

UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA

Facultat de Dret

Departament de Dret Privat

Programa de Doctorat d'Estudis Jurídics Europeus Avançats

UNIVERSITÉ TOULOUSE I – SCIENCES SOCIALES

Faculté de Droit

École Doctorale de Sciences Juridiques et Politiques

Institut de Recherche en Droit Européen, International et Comparé

**L'ABUS DE DROIT EN DROIT
COMMUNAUTAIRE**

**THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT
(Cotutelle)**

Présentée et soutenue publiquement le 16 janvier 2009 par

Raluca Nicoleta IONESCU (née MOÏSE)

« L'Université Toulouse I – Sciences Sociales n'entend ni approuver, ni désapprouver les opinions particulières du candidat. »

REMERCIEMENTS

Je remercie MM. Les Professeurs Joël Molinier et Miquel Gardeñes Santiago pour leur soutien et pour les conseils précieux qu'ils m'ont donné dans l'encadrement du mon travail de recherche doctorale.

Merci à tous les membres de l'Àrea de Dret Internacional Privat de l'Universitat Autònoma de Barcelona pour leur bon accueil et leur amitié. Merci à tous mes amis de Tarragone et de Toulouse pour les moments inoubliables que j'ai passé à leur côté.

Je remercie à mon mari pour son soutien continu et à ma famille qui, en se trouvant en Roumanie, a compris les efforts que supposent la recherche doctorale et la vie dans un pays étranger.

Pour la poursuite de la recherche doctorale, j'ai bénéficié d'une bourse de quatre années offerte par le Ministère Espagnol de l'Éducation et de la Science, *Programa Nacional de Formación de Profesorado Universitario* (AP-2004-3876).

À mon mari, Mihai

SOMMAIRE

Abréviations

Introduction

Première Partie. Les manifestations de l'abus de droit en droit communautaire

Premier Titre. L'abus de droit dans les domaines régis par la reconnaissance mutuelle (ou fraude au droit national)

Chapitre I. Le contexte de la manifestation de l'abus de droit

Chapitre II. L'abus de droit et la libre prestation de services

Chapitre III. L'abus de droit et le droit d'établissement

Chapitre IV. L'abus de droit et la fiscalité directe

Chapitre V. L'abus de droit et la protection sociale

Chapitre VI. L'abus de droit et la citoyenneté de l'Union européenne

Titre Second. L'abus de droit dans les domaines harmonisés (ou abus du droit communautaire)

Chapitre I. L'abus de droit et le droit des sociétés

Chapitre II. L'abus de droit et la politique agricole commune

Chapitre III. L'abus de droit et la fiscalité indirecte

Chapitre IV. L'abus de droit et le droit international privé communautaire

Deuxième Partie. Les techniques juridiques de lutte contre l'abus de droit en droit communautaire

Premier Titre. L'abus de droit : délimitation du champ d'application du droit communautaire ou exception à son application ?

Chapitre I. La réduction de l'abus de droit à un simple critère de délimitation du champ d'application des libertés communautaires

Chapitre II. La recherche des substituts nationaux

Chapitre III. La recherche d'un instrument juridique supérieur

Titre Second. La construction progressive d'un principe général d'interdiction de l'abus de droit

Chapitre I. L'étape inductive

Chapitre II. L'étape déductive

Conclusion

Bibliographie

Table de jurisprudence

Index alphabétique

Résumé de la thèse

Resumen de la tesis

Table des matières

ABRÉVIATIONS

| | |
|-----------------------|--|
| AEDIPr | Anuario Español de Derecho Internacional Privado |
| Aff. | Affaire |
| Aff. Jtes. | Affaires jointes |
| AJDA | Actualité Juridique de Droit Administratif |
| Art. | Article |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| CDE | Cahiers de Droit Européen |
| CE | Traité instituant la Communauté Européenne |
| CEDH | Cour Européenne des Droits de l'Homme |
| CJCE | Cour de Justice des Communautés Européennes |
| CJEL | Columbia Journal of European Law |
| CLJ | Cambridge Law Journal |
| CMLR | Common Market Law Review |
| CYELS | Cambridge Yearbook of European Legal Studies |
| DF | Droit Fiscal |
| DGRN | Dirección General de los Registros y del Notariado |
| Dir. Com. Int. | Diritto del Commercio Internazionale |
| Dir. Com. Scamb. Int. | Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionale |
| DS | Droit Social |
| EBLR | European Business Law Review |
| ECLR | European Competition Law Review |
| EJLE | European Journal of Law and Economics |
| EJML | European Journal of Migration and Law |
| ELJ | European Law Journal |
| ELR | European Law Review |
| EPL | European Public Law |
| FEDIA | Revue Fiscalité Européenne et Droit International des Affaires |
| Gaz. Pal. | Gazette du Palais |
| GJCE | Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia |

| | |
|------------|---|
| GJUE | Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia |
| ICLQ | International and Comparative Law Quarterly |
| ILJ | Industrial Law Journal |
| JBL | Journal of Business Law |
| JCMS | Journal of Common Market Studies |
| JCP ed. G | Jurisclasseur périodique. Édition générale |
| JCP ed. E | Jurisclasseur périodique. Édition entreprise |
| JCP ed. S | Jurisclasseur périodique. Édition sociale |
| JDE | Journal de Droit Européen |
| JDI | Journal du Droit International |
| JOCE | Journal Officiel des Communautés Européennes |
| JORF | Journal Officiel de la République Française |
| JOUE | Journal Officiel de l'Union Européenne |
| JT | Journal des Tribunaux |
| JTDE | Journal des Tribunaux. Droit Européen |
| La Ley | La Ley (Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía) |
| LGDJ | Librairie générale de droit et de jurisprudence |
| LIEI | Legal Issues of European Integration |
| LPA | Les Petites Affiches |
| NUE | Noticias de la Unión Europea |
| PUF | Presses Universitaires de France |
| RAE | Revue des Affaires Européennes |
| RBSS | Revue Belge de Sécurité Sociale |
| RCJB | Revue Critique de Jurisprudence Belge |
| RcrDIPr | Revue Critique de Droit International Privé |
| RDCE | Revista de Derecho Comunitario Europeo |
| RDE | Revue du Droit des Étrangers |
| RDM | Revista de Derecho Mercantil |
| RDSS | Revue de Droit Sanitaire et Social |
| RDUE | Revue du Droit de l'Union Européenne |
| Rec. | Recueil de Jurisprudence |
| Rec. Lebon | Recueil des arrêts du Conseil d'État |

| | |
|--------------------|---|
| Rép. Communautaire | Encyclopédie Dalloz communautaire |
| REDI | Revista Española de Derecho Internacional |
| RHDI | Revue Hellénique de Droit International |
| Riv. Dir. Int. | Rivista di Diritto Internazionale |
| RIDC | Revue Internationale de Droit Comparé |
| RIE | Revista de Instituciones Europeas |
| RJC | Revista Jurídica de Cataluña |
| RJCom. | Revue de Jurisprudence Commerciale |
| RJS | Revue de Jurisprudence Sociale |
| RMC | Revue du Marché Commun |
| RMCUE | Revue du Marché Commun de l'Union Européenne |
| RMUE | Revue du Marché Unique Européen |
| RRDC | Revista Română de Drept Comunitar |
| RTDC | Revue Trimestrielle de Droit Civil |
| RTDCDE | Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique |
| RTDE | Revue Trimestrielle de Droit Européen |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| TVA | Taxe sur la valeur ajoutée |
| UE | Union Européenne |

Introduction

« ...Il est des vérités éternelles, des idées-force, ou, pour parler le langage anglo-saxon, des „standards” fondamentaux qui, bien que représentant l’armature de toutes les législations à toute époque et dans tout pays, se trouvent périodiquement ou constamment sujets à contestation, à régression, voir même à négation... »

(Louis JOSSERAND, *De l’esprit des droits et de leur relativité: Théorie dite de l’abus des droits*, Dalloz, Paris, 1939).

Toute règle de droit est le produit des circonstances socio-économiques, du contexte dans lequel elle a été adoptée. En ce sens, chaque norme reflète sa propre téléologie, car, en réglementant une certaine situation juridique, elle met en évidence les objectifs qu’elle poursuit. Cependant, l’interaction avec le contexte socio-économique qui l’a créée peut déterminer une interprétation de la norme en cause qui s’avèrerait contraire à une simple interprétation littérale, mais cette « *conversion* » est nécessaire pour garder le contact avec la réalité. Les normes communautaires, à la base du processus d’intégration et par leur ambition d’harmonisation législative, ne peuvent pas échapper à une interprétation téléologique. Leur contact avec les objectifs qu’elles poursuivent doit être permanent. La tâche d’assurer cette corrélation est revenue au juge, qu’il soit national ou communautaire.

La reconnaissance de l’effet direct de certaines dispositions communautaires et l’invocation par les particuliers des droits qu’ils tirent de celles-ci a donné à la Cour de Justice des Communautés Européennes l’impulsion nécessaire pour construire un actif jurisprudentiel, au-delà d’une simple lecture des Traités. Ainsi, la Cour a graduellement accepté de condamner non seulement les traitements discriminatoires, mais toute entrave à la libre circulation. Pour compenser l’atteinte à la souveraineté des États membres, la théorie des raisons impérieuses d’intérêt général est apparue¹. Cette théorie a permis donc aux États membres de justifier les restrictions qu’ils apportaient à la libre circulation.

* La citation des références doctrinales se fera par ordre alphabétique des auteurs.

¹ Sur la théorie des raisons impérieuses d’intérêt général, voir D. MARTIN, « "Discriminations", "entraves" et "raisons impérieuses" dans le Traité CE : trois concepts en quête d’identité », *CDE*, 1998, n° 4, pp. 261 – 318, et n° 5, pp. 561 – 637 ; J. MOLINIER, N. DE GROVE – VALDEYRON, *Droit du marché intérieur européen*, LGDJ, Paris, 2008, pp. 184 – 192.

Si, au début du processus d'intégration, la Cour s'est penchée seulement sur l'analyse des comportements des États membres, c'est récemment, même si des cas singuliers existent depuis plus de trente ans, qu'elle a commencé à se préoccuper du fait des particuliers d'invoquer le droit communautaire pour remplir d'autres fonctions que celles que lui avaient été allouées. Par voie de conséquence, l'apparition, dans la terminologie de la Cour, des mots comme « contournement », « abus de droit », « fraude »², a mis en exergue sa volonté d'examiner ces situations et d'en trouver une solution.

Notre recherche aura comme objectif d'analyser la jurisprudence communautaire, en vue de déchiffrer la manifestation de l'abus de droit en droit communautaire et, dans le cas où il s'agirait d'un phénomène répréhensible, les techniques pour le combattre et sanctionner. Il s'agit d'analyser les modalités utilisées par les particuliers qui, pour échapper à l'emprise d'une législation nationale qu'ils considèrent défavorable, invoquent le droit communautaire. En effet, la Cour de Justice avait statué dans les années 1990 que les particuliers « ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir du droit communautaire »³. L'abus de droit ne se limite qu'au contournement des droits nationaux, mais inclut aussi la forme de l'abus direct du droit communautaire, qui se manifeste dans des domaines caractérisés par une harmonisation législative poussée et où il n'y a pas d'intérêt à éluder une législation nationale donnée.

L'actualité du sujet est doublement justifiée. D'une part, à partir de l'année 2000, la question de l'abus a été réitérée plusieurs fois dans les affaires soumises à la Cour de Justice et, en profitant de ces occasions, elle a essayé de construire une position cohérente sur le sujet. D'autre part, dans la doctrine, le thème de l'abus de droit a aussi attiré l'attention. Déjà en 1994, L. Neville Brown⁴ publiait le premier article sur le sujet et s'interrogeait sur l'existence d'un tel principe en droit communautaire. Cette interrogation a reçu, dans un premier temps, des réponses sectorielles consistant dans l'analyse de la notion dans des domaines comme la libre circulation des marchandises et des personnes⁵, le droit international privé⁶, la prestation des services audiovisuels⁷, la fiscalité⁸ et le droit des

² Sur la terminologie confuse utilisée par la Cour de Justice, voir le développement fait dans la Deuxième Partie, p. 378.

³ Arrêt CJCE, *Brennet AG c. Vittorio Paletta*, 2 mai 1996, Aff. C-206/94, Rec., p. I-2357, point 24.

⁴ L. NEVILLE BROWN, « Is there a general principle of abuse of rights in European Community law », in *Essays in Honour of H. G. Schermers. Institutional dynamics of European Integration*, Dordrecht Boston, London, Hijhoff, 1994, vol. II, pp. 511 – 525.

⁵ M. FALLON, « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes », in J. VERHOEVEN (sous la direction de), *La loyauté. Mélanges offerts à Étienne Cereche*, Bruxelles, Larcier, 1997, pp. 165 – 189.

⁶ A. NUYS, « Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *Global Jurist Advances*, 2003, vol. 3, n° 1, pp. 1 – 33.

⁷ L. H. HANSEN, « The development of the circumvention principle in the area of broadcasting », *LJIEI*, 1998, n° 2, pp. 111 – 138.

sociétés⁹. En 2003, M. Gestri publiait, en Italie, un ouvrage important intitulé « *L'abus de droit et la fraude à la loi dans l'ordre communautaire* »¹⁰, et en 2004 une thèse sur « *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire* » était présentée à l'Université de Rouen¹¹. Il s'agit des premiers essais d'approche transversale de l'abus de droit en droit communautaire. D. Triantafyllou¹², D. Simon et A. Rigaux¹³ ont aussi souligné l'importance du sujet en droit communautaire et ont été les visionnaires de la future consécration du principe d'interdiction de l'abus de droit en droit communautaire. A. Kjellgren¹⁴, F. Lagonet¹⁵ et D. Waelbroeck¹⁶ ont cependant adopté une position plus réservée. Une importante évolution de la jurisprudence communautaire dans la période 2006 – 2008, a déclenché une nouvelle vague des contributions dans la doctrine¹⁷. L'affluence de ces articles ne fait que démontrer l'actualité de notre sujet de recherche. L'abus de droit a soulevé dès le début des interrogations tant sur les manifestations qui présente en droit communautaire que sur l'impact de la consécration d'un principe général du droit communautaire. Au-delà de la prise en compte de la jurisprudence la plus récente sur la matière, notre recherche aura comme objectif d'assurer une analyse transversale tant de ce qu'il faut comprendre par abus de droit en droit communautaire que des différentes techniques utilisées, au niveau national ou communautaire, de nature législative ou jurisprudentielle, pour combattre ce phénomène.

⁸ P. HARRIS, « The notion of *abus de droit* and its potential application in fiscal matters within the EU legal order », *The EC Tax Journal*, 2001, vol. 5, pp. 187 – 201.

⁹ D. ANAGNOSTOPOULOU, « Do Francovitch and the principle of proportionality weaken Simmenthal (II) and confirm abuse of rights? », *CMLR*, 2001, vol. 38, pp. 767 – 780 ; C. NIZZO, « L'abuso dei "diritti comunitari": un quesito non risolto », *Dir. Com. Int.*, 1997, n° 11.3, pp. 766 – 773.

¹⁰ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milan, 2003.

¹¹ A. NOBLET, *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire*, thèse, Université de Rouen, 2004.

¹² D. TRYANTAFYLLOU, « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *CDE*, 2002, n° 5, pp. 611 – 632.

¹³ D. SIMON, A. RIGAUX, « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », in M. BLANQUET (sous la direction de), *Mélanges en hommages à Guy Isaac*, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2004, pp. 557 - 585.

¹⁴ A. KJELLGREN, « On the border of abuse : the jurisprudence of the European Court of Justice on circumvention, fraud and abuses of Community law », in M. ANDENAS, W.-H. ROTH (sous la direction de), *Services and free movement in EU law*, Oxford University Press, 2002, pp. 245 – 277.

¹⁵ F. LAGONDET, « L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire », *JTDE*, 2003, n° 95, pp. 8 – 11.

¹⁶ D. WAELBROECK, « La notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire », in *Mélanges en hommages à J. – V. Louis*, Institut d'Études Européennes, Éditions de l'Université Libre de Bruxelles, 2003, vol. I, pp. 595 – 616.

¹⁷ É. CORNUT, « Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé », *JDI*, 2007, n° 1, pp. 27 – 55 ; R. DE LA FERIA, « Prohibition of abuse of (Community) law : the creation of a new general principle of EC law through tax », *CMLR*, vol. 45, pp. 395 – 441 ; K. ENGSIG SØRENSEN, « Abuse of rights in Community law : a principle of substance or merely rhetoric ? », *CMLR*, 2006, vol. 43, pp. 423 – 459 ; P. LÉGER, É. GINTER, C. COMOLET – TIRMAN, L. VALÉE, M. AUJEAN, « Libertés communautaires et abus de droit », *Droit Fiscal*, 22 novembre 2007, n° 47, pp. 978 et s. ; A. NUYTS, « The enforcement of jurisdiction agreements further to Gasser and the Community principle of abuse of right », in P. DE VAREILLES – SOMMIÈRES, *Forum shopping in the European Judicial Area*, Hart Publishing, 2007, pp. 55 – 73 ; P. SCHAMMO, « Arbitrage and abuse of rights in the EC legal system », *ELJ*, 2008, n° 3, pp. 351 – 376 ; S. VRELLIS, « "Abus" et "fraude" dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum Hélène Gaudemet – Tallon*, Dalloz-Sirey, 2008, pp. 633 – 646.

Il s'agit donc d'offrir une analyse complète de la notion d'abus de droit qui prendra en compte les plus récents développements dans la jurisprudence communautaire. À la différence des articles de doctrine mentionnés, l'analyse de la jurisprudence communautaire sera plus complète, en couvrant une période de plus de trente années. L'avantage d'une telle étude est de faciliter la compréhension du raisonnement juridique qui se trouve à la base du développement jurisprudentiel. Nonobstant les contributions importantes de la doctrine des dernières années, il convient cependant de considérer qu'une ample étude sur l'abus de droit en droit communautaire n'est pas inopportune dès lors qu'elle permet d'avancer dans la compréhension de la notion. Les deux ouvrages importants, précités, ne permettent pas la compréhension complète de la situation actuelle de cette notion en droit communautaire. D'une part, A. Noblet se limite seulement au contournement des droits nationaux en excluant l'analyse des progrès importants réalisés par la Cour de Justice en ce qui concerne l'abus de droit dans les domaines harmonisés. D'autre part, M. Gestri, même si son analyse est transversale, n'effectue pas, pour des limites temporelles évidentes, une étude des dernières avancées que la Cour de Justice a réalisées dans la période 2004 – 2008.

Quant à la méthodologie utilisée, la recherche se basera principalement sur la jurisprudence communautaire. La Cour de Justice a eu un rôle primordial dans l'appréciation de l'abus de droit en droit communautaire. En revanche, les références à l'abus de droit dans la législation communautaire ne présentent aucun caractère systématique. Cependant, chaque fois qu'une législation sectorielle contiendrait des dispositions pertinentes pour notre étude, elles seront analysées.

Une fois démontré l'intérêt de notre sujet de recherche et précisée la méthodologie qu'on utilisera, il convient de délimiter l'objet de notre étude. La notion d'abus de droit peut s'avérer, comme on verra par la suite, assez trompeuse en droit communautaire, en raison de la spécificité de cet ordre juridique. Dans ce contexte, il est important d'éliminer tout d'abord les éléments qui ne seront pas analysés. Il s'agit principalement des domaines qui, malgré la parenté terminologique avec l'abus de droit, présentent des caractéristiques matérielles qui les excluent de notre champ de recherche.

Une recherche par mots-clé dans la jurisprudence de la Cour de Justice et du Tribunal de Première Instance ne donne pas des résultats exacts quant à la notion qui nous intéresse. Seulement douze arrêts contiennent, dans leur titre¹⁸, l'expression « *abus de droit* ». 104 arrêts contiennent cette expression dans leur texte. Au contraire, le simple mot « *abus* » apparaît dans le titre des 100 arrêts et dans le texte de 1336 arrêts. Une lecture de ces arrêts met cependant en évidence que pas toutes ces affaires sont pertinentes pour notre thème de recherche.

¹⁸ La base de données Eur-Lex inclut dans le titre des affaires quelques mots-clés.

D'autre part, des arrêts relevant pour la matière ne sont pas inclus dans les résultats donnés par la recherche dans la base de données, pour le simple motif que le mot « *abus* » n'apparaît ni dans leurs titres ni dans leurs textes.

Premièrement, il faut exclure un grand nombre d'arrêts qui concernent l'abus de position dominante. Selon l'article 82 CE, l'abus de position dominante représente « *le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci* ». La même disposition le déclare incompatible avec le marché commun et l'interdit. Pour la compréhension de la notion, le Traité CE donne aussi quelques exemples, non exhaustifs, d'abus de position dominante. Ces « *pratiques abusives* » peuvent consister à « *imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables* ». Si certains auteurs, comme L. Neville Brown¹⁹, ont inclus l'article 82 CE dans la notion d'abus de droit, d'autres auteurs, comme M. Gestri²⁰ ou D. Tryantafyllou²¹ l'ont exclu. Nous avons écarté l'abus de position dominante de l'objet d'étude pour plusieurs raisons. S'il est vrai que la position dominante n'est pas en soi condamnée et que seul l'abus de cette position est interdit, il ne s'agit pas d'un véritable abus de droit. Dans le contexte de l'article 82 CE, l'abus n'a pas comme objet un droit subjectif mais le « *market power* »²², c'est-à-dire « *une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs* »²³. Il s'agit donc d'une notion avec une autonomie conceptuelle et une procédure de sanction propre, ce qui a permis le développement d'une jurisprudence parallèle à celle sur l'abus de droit. Il n'est pas étonnant que la Cour de Justice

¹⁹ L. NEVILLE BROWN, « Is there a general principle of abuse of rights in European Community law », *op. cit.*, p. 519.

²⁰ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, *op. cit.*, pp. 10 – 11.

²¹ D. TRYANTAFYLLOU, « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *op. cit.*, p. 612.

²² A. JONES, B. SUFRIN, *EC Competition Law*, Oxford University Press, 2004, p. 253.

²³ Arrêt CJCE, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes (Bananes Chiquita)*, 14 février 1978, Aff. 27/76, Rec., p. 207, point 65.

La doctrine souligne pourtant qu'il y a des cas où l'abus de position dominante n'est pas un abus de situation mais a comme objet un vrai droit subjectif (D. SIMON, A. RIGAUX, « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », *op. cit.*, p. 568 ; D. TRYANTAFYLLOU, « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *op. cit.*, pp. 614 – 615). Il s'agit de l'abus des droits de propriété intellectuelle. La Cour sanctionne ce type d'abus dans le cas où il détermine le cloisonnement du marché. Le schéma de fonctionnement de ce type d'abus est pourtant différent : le particulier invoque un droit issu d'une disposition nationale (car finalement les droits de propriété intellectuelle ont leur source dans les ordres juridiques nationales) pour restreindre la libre concurrence. Il ne s'agit pas de l'invocation abusive d'une disposition communautaire. Sur la matière voir I. GOVAERE, *The use and abuse of intellectual property rights in EC law*, Sweet&Maxwell, Londres, 1996.

n'ait jamais inclus, dans sa « *jurisprudence constante* » sur l'abus de droit, des arrêts sur l'abus de position dominante²⁴.

En deuxième lieu, il convient d'exclure du champ de notre analyse la question des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, telle qu'elle est réglementée par la directive n° 93/13/CEE²⁵. Cet acte normatif a comme objectif d'harmoniser les législations nationales en ce qui concerne les clauses abusives introduites dans des contrats conclus entre un professionnel et un consommateur. L'article 3 prévoit qu'une clause contractuelle est considérée comme abusive dès lors qu'elle n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle et, en dépit de l'exigence de bonne foi, qu'elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. L'objectif de cette réglementation est donc de limiter la liberté contractuelle des parties. Même si les droits nationaux ont généralement inclus la notion des clauses abusives, en tant que résultat de la transposition de la directive ou même avant, dans la théorie de l'abus de droit²⁶, ce n'est pas le cas pour le droit communautaire. La notion d'abus de droit, telle qu'elle s'est développée dans cet ordre juridique, ne vise que des droits tirés du droit communautaire. Dans le cadre de la directive n° 93/13/CEE, l'abus concerne des droits contractuels, qui ne sont pas issus du droit communautaire²⁷.

D. Simon et A. Rigaux ont considéré que l'abus d'un droit processuel représente, à côté de l'abus d'un droit substantiel, l'une des deux formes de manifestation de l'abus de droit

²⁴ De la même il convient d'exclure de notre objet d'étude les abus de marché, tels qu'ils sont réglementés par la directive n° 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché), JOUE n° L 96, 12.04.2003, pp. 16–25. En considérant que les abus de marché « nuisent à l'intégrité des marchés financiers et ébranlent la confiance du public dans les valeurs mobilières et les instruments dérivés » (considérant n° 2) parce qu'ils empêchent « une transparence intégrale et adéquate du marché », la directive encadre la lutte des États membres contre tels comportements. Pour comprendre la différence de ces figures juridiques avec l'abus de droit, il est utile de donner la définition de ce que la directive comprend par manipulation du marché, une des formes d'abus du marché. Il s'agit par exemple du fait d'effectuer des opérations ou d'émettre des ordres qui donnent ou sont susceptibles de donner des indications fausses ou trompeuses en ce qui concerne l'offre, la demande ou le cours d'instruments financiers [article 1 (2)].

²⁵ Directive n° 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE n° L 95, 21.04.1993, pp. 29–34.

²⁶ Pour la situation en droit français voir A. KARIMI, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, LGDJ, Paris, 2001.

²⁷ De la même façon il convient d'exclure de l'objet de notre recherche les abus commis par les employeurs vis-à-vis des employés. Il s'agit par exemple de l'utilisation abusive des contrats à durée déterminée, consistant à renouveler ces contrats pour une durée inhabituellement longue (arrêts CJCE, *Konstantinos Adeneler et autres contre Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, 4 juillet 2006, Aff. C-212/04, Rec., p. I-6057 ; *Impact contre Minister for Agriculture and Food et autres*, 15 avril 2008, Aff. C-268/06, non encore publié). La directive n° 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée (JOCE n° L 175, 10.7.1999, pp. 43-48) institue une interdiction de discrimination des travailleurs à durée déterminée. S'ils tirent donc des droits issus des dispositions communautaires, l'abus est cependant commis par l'employeur et a comme objet un droit contractuel qui trouve sa source dans le droit national et non dans le droit communautaire. Par voie de conséquence, ce type d'abus ne présente pas les mêmes caractéristiques avec les autres comportements qui entrent dans l'objet d'étude.

en droit communautaire²⁸. Ils ont soutenu que, même si le droit au juge ou le droit à un recours juridictionnel effectif²⁹ est un principe général du droit communautaire, et que la Cour de Justice a adopté une position assez prudente vis-à-vis de la possibilité d'admettre que ce droit peut être exercé de manière abusive, le risque de l'abus dans l'introduction d'actions en justice a été néanmoins reconnu dans des situations particulières et « *à travers certaines prises de position récurrentes du juge communautaire, qui, sans user formellement du terme d'abus, en consacraient pourtant la substance* »³⁰. Nous avons cependant préféré l'analyse de l'abus de droit substantiel. La justification se trouve dans la nature spécifique de l'abus de droit processuel. La même position a été adoptée par la Cour, car elle ne « *mélange* » pas les deux types d'abus³¹.

Par ailleurs, il convient d'exclure le détournement de pouvoir par les institutions communautaires. Celui-ci suppose le fait d'exercer ses compétences en poursuivant d'autres fins que celles au vu desquelles elles ont été octroyées. Institution typique du droit administratif, le détournement de pouvoir présente des caractéristiques différentes et ne peut pas entrer dans l'objet de notre recherche³².

Il convient aussi d'exclure la fraude aux intérêts financiers de l'Union européenne. La réglementation spécifique de la matière³³ lui offre un caractère autonome et, par conséquent, un régime juridique propre. C. Flaesch – Mougin³⁴ soulignait que « *cette criminalité présente des caractéristiques qui lui sont spécifiques (mécanismes, durées, intérêt recherché, délinquants)* ». L'article 1^{er} de

²⁸ D. SIMON, A. RIGAUX, « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », *op. cit.*, pp. 568 – 574. F. Lagondet parle aussi de l'abus de procédure communautaire (F. LAGONDET, « L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire », *op. cit.*, p. 11.

²⁹ En tant qu'« exigence inhérente à la primauté du droit communautaire », le droit au juge suppose que les justiciables ne soient pas privés, par le jeu de règles procédurales internes, du droit de faire valoir par la voie juridictionnelle des droits qui leur sont reconnus par le droit communautaire. Voir D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, Paris, 2001, pp. 418 – 420.

³⁰ D. SIMON, A. RIGAUX, « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », *op. cit.*, p. 569.

³¹ Pour l'abus de droit procédural dans les droits nationaux et dans le droit communautaire, voir M. TARUFFO (sous la direction de), *Abuse of procedural rights : Comparative standards of procedural fairness*, Kluwer Law International, The Hague. London. Boston, 1999.

³² Sur la différence entre l'abus de droit et le détournement de pouvoir commis par les institutions communautaires, voir développement fait dans la Deuxième Partie, Titre Second, Chapitre II, p. 381.

³³ Par exemple, la directive n° 2008/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2008 modifiant la directive n° 2005/60/CE relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, en ce qui concerne les compétences d'exécution conférées à la Commission, JOUE n° L 76, 19.03.2008, pp. 46–47 ; la décision 1999/352/CE, CECA, Euratom de la Commission, du 28 avril 1999, instituant l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), JOCE n° L 136, 31.05.1999, pp. 20–22 ; le règlement (Euratom, CE) n° 2185/96 du Conseil du 11 novembre 1996 relatif aux contrôles et vérifications sur place effectués par la Commission pour la protection des intérêts financiers des Communautés européennes contre les fraudes et autres irrégularités, JOCE n° L 292, 15.11.1996, pp. 2–5 ; le Règlement (CE, Euratom) n° 2988/95 du Conseil, du 18 décembre 1995, relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, JOCE n° L 312, 23.12.1995, pp. 1–4.

³⁴ C. FLAESCH – MOUGIN, « La CEE et la lutte contre les fraudes au détriment du budget communautaire », *CDE*, 1983, n° 4, p. 394.

la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes³⁵ donne une définition de la fraude. Il s'agit, en matière de dépenses, de tout acte ou omission intentionnel relatif à l'utilisation ou à la présentation de déclarations ou de documents faux, inexacts ou incomplets, ayant pour effet la perception ou la rétention indue de fonds provenant du budget général des Communautés européennes ou des budgets gérés par les Communautés européennes ou pour leur compte, de la non-communication d'une information en violation d'une obligation spécifique, ayant le même effet, du détournement de tels fonds à d'autres fins que celles pour lesquelles ils ont initialement été octroyés. En matière de recettes, il s'agit de tout acte ou omission intentionnel relatif à l'utilisation ou à la présentation de déclarations ou de documents faux, inexacts ou incomplets, ayant pour effet la diminution illégale de ressources du budget général des Communautés européennes ou des budgets gérés par les Communautés européennes ou pour leur compte, de la non-communication d'une information en violation d'une obligation spécifique, ayant le même effet, du détournement d'un avantage légalement obtenu, ayant le même effet. La commission de la fraude engage la responsabilité pénale de l'auteur³⁶, ce qui différencie fondamentalement cette notion de celle de l'abus de droit³⁷.

Une autre exclusion du champ de notre recherche vise l'abus dans les restrictions aux droits fondamentaux. Il s'agit d'une catégorie juridique qui ne présente pas des éléments communs avec l'abus du droit tel que manifesté en droit communautaire. L'article 54³⁸ de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne, reprend exactement les dispositions de l'article 17 de la Convention Européenne des droits de l'Homme, lui-même inspiré de l'article 30 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, de l'article 5 du Pacte

³⁵ Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, JOCE n° C 316, 27.11.1995, pp. 49–57.

³⁶ L'article 2 de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés Européennes impose aux États membres l'obligation de prévoir des sanctions pénales pour les comportements visés à l'article 1^{er}.

Sur les sanctions communautaires en cas de fraude aux intérêts financiers des Communautés Européennes, voir A. NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo*, Praxis, Barcelona, 1996, pp. 57 – 238. Sur l'Office européen de lutte antifraude, voir S. COMBEAUD, « L'Olaf et les autorités judiciaires : quelle répression contre la fraude communautaire ? », *RMCUE*, 2001, n° 453, pp. 695 – 702.

³⁷ Parmi les vastes possibilités de fraude au budget communautaire, on retrouve les « *escroqueries* » visant à minimiser les droits de douane et les prélèvements agricoles ou l'obtention de subventions indues provenant des Fonds communautaires (Sur ce type de fraude, voir J. VALLS PRIETO, *El fraude de subvenciones de la Unión Europea. La necesidad de un espacio europeo de normas penales*, Dykinson S.L., Madrid, 2005). Le schéma suivi est le même et consiste dans le glissement d'un produit de sa position normale vers une autre plus avantageuse, la création, ensuite, d'une origine ou d'une destination fictive du produit plus rémunératrice que celle qui résulterait de la prise en compte de sa situation réelle et, enfin, les manipulations sur la valeur des marchandises, leur poids, leur quantité ou sur la date des opérations (C. FLAESCH – MOUGIN, « La CEE et la lutte contre les fraudes au détriment du budget communautaire », *CDE*, 1983, n° 4, p. 396). Il s'agit par exemple de l'importation, en tant que produits originaires de l'UE, des produits provenant des États tiers, grâce à des faux documents.

³⁸ « Aucune des dispositions de la présente charte ne doit être interprétée comme impliquant un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente charte ou à des limitations plus amples des droits et libertés que celles qui sont prévues par la présente charte. »

international relatif aux droits civils et politiques et de l'article 5 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels³⁹. Cet article interdit à un État membre d'imposer à un droit protégé des restrictions plus amples que celles prévues par la Charte⁴⁰.

Il convient d'exclure enfin l'abus de droit tel qu'il se manifeste en droit international public. L'abus de droit conduit dans ce cadre à un contrôle sur l'exercice des compétences étatiques⁴¹, et donc il n'entre pas dans le champ de notre recherche. Il ne s'agit non plus du principe de bonne foi en droit international et de sa réception, dans l'article 10 CE, en droit communautaire. Le principe de bonne foi est appelé à intervenir à l'occasion de l'application ou de l'exécution de toute obligation internationale par les États⁴².

Le rôle de la Cour de Justice dans la lutte contre l'abus de droit est essentiel. Cependant, au-delà de ses efforts pour construire une notion autonome de l'abus de droit en droit communautaire, il convient de souligner le manque de précision de la Cour dans l'analyse de la notion, le caractère fragmentaire, et parfois contradictoire, de la jurisprudence et la variété des cas analysés, intervenant dans des domaines très variés. En prenant en compte ces aspects, il convient de s'interroger sur les critères que la Cour utilise pour apprécier le caractère abusif d'un comportement. Étant donné que « *le droit communautaire assure la continuité essentielle des droits internes, dont il constitue le prolongement naturel* »⁴³, le recours aux conceptions nationales sur l'abus de droit est inévitable. Il convient aussi de se demander si la lutte contre l'abus se réalisera au niveau communautaire ou bien au niveau des juges nationaux, ce qui nous amènera à nous demander sur les compétences respectives des deux niveaux de juridiction.

L'objet de notre recherche sera ainsi constitué par l'exercice abusif des droits par les particuliers dans le cadre du droit communautaire. Il s'agit, en premier lieu, des droits issus du droit communautaire. En second lieu, et plus précisément, il s'agit de deux formes principales

³⁹ Voir court commentaire de cet article par G. BRAIBANT, *La charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, Éditions du Seuil, 2001, pp. 270 – 271.

⁴⁰ C'est l'interprétation que l'article 17 de la Convention Européenne des droits de l'Homme a reçu. Étant donné que l'article 54 de la Charte a été copié de l'article 17 de la Convention, il est logique que le premier reçoive la même interprétation. Sur une analyse de l'article 17 de la Convention voir J. – F. FLAUSS, « L'abus de droit dans le cadre de la Convention Européenne des droits de l'Homme » in P. WIDMER, B. COTTIER (sous la direction de), *Abus de droit et bonne foi*, Éditions Universitaires, Fribourg, Suisse, 1994, pp. 271 – 287. Voir aussi A. ROVIRA VIÑAS, *El abuso de los derechos fundamentales*, Ediciones Península, Barcelona, 1983.

⁴¹ A. – C. KISS, *L'abus de droit en droit international*, LGDJ, Paris, 1952, p. 10. Voir aussi M. GESTRI, « Considerazioni sulla teoria dell'abuso del diritto alla luce della prassi internazionale », *Riv. Dir. Int.*, 1994, n° 1, pp. 5 – 57.

⁴² Voir développement dans la Deuxième Partie, Titre Second, Chapitre I, p. 393.

⁴³ H. WAGNER, « Réminiscences du droit romain dans le droit de la Communauté Européenne » in Actes du Colloque « Droit romain et identité européenne » organisé du 12 au 14 mai 1992 par l'Institut des Hautes Études de Belgique, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, Supplément au tome XLI, 1994, p. 227.

d'abus. D'une part, les particuliers invoquent les libertés de circulation pour échapper à une législation nationale et pour leur faire appliquer une autre, plus favorable à leur intérêt. D'autre part, dans les domaines harmonisés, il s'agit de la tentation de bénéficier indûment des avantages tirés du droit communautaire par un accomplissement formel des conditions de son application. Cette dichotomie sera construite sur la base de l'étude de la jurisprudence communautaire et supposera un effort de systématisation des comportements compatibles avec le droit communautaire face à ceux qui seront considérés comme abusifs.

Une fois établie la typologie de l'abus de droit, nous essayerons de mettre en évidence les moyens juridiques utilisés par la Cour pour lutter contre l'abus. L'analyse de la jurisprudence nous permettra d'identifier les différentes étapes de la création d'un principe communautaire d'interdiction de l'abus de droit. D'un simple critère de détermination du champ d'application du droit communautaire, l'interdiction de l'abus de droit a été érigée au rang de raison impérieuse d'intérêt général. Finalement, dans la jurisprudence récente, l'acquisition du statut de principe général du droit communautaire ne peut plus être contestée.

Première Partie. Les manifestations de l'abus de droit en droit communautaire

Premier Titre. L'abus de droit dans les domaines régis par la reconnaissance mutuelle (ou fraude au droit national)

Titre Second. L'abus de droit dans les domaines harmonisés (ou abus du droit communautaire)

Deuxième Partie. Les techniques juridiques de lutte contre l'abus de droit en droit communautaire

Premier Titre. L'abus de droit : délimitation du champ d'application du droit communautaire ou exception à son application ?

Titre Second. La construction progressive d'un principe général d'interdiction de l'abus de droit

**Première Partie. Les manifestations de l'abus
de droit en droit communautaire**

La recherche des techniques juridiques de lutte contre l'abus de droit nécessite inévitablement une analyse préalable des situations qui entrent dans le champ d'application de cette notion. C'est une notion inédite, différente des ses homologues dans les droits nationaux, dont l'objectif est d'assurer l'effet utile du droit communautaire. L'approche analytique permettra l'étude approfondie de la jurisprudence communautaire, à la recherche de typifier la notion. La deuxième étape, une fois comptabilisées les manifestations de l'abus en droit communautaire, aura pour objectif de trouver les méthodes les plus efficaces pour lutter contre ces comportements.

Au-delà des confusions terminologiques présentes dans la jurisprudence, qui mettent pourtant en évidence la diversité des comportements abusifs, ceux-ci peuvent être encadrés dans une typologie binaire. Dans ses conclusions du 7 avril 2005 sur l'affaire *Halifax*⁴⁴, l'Avocat Général Poiares Maduro mettait en évidence que l'abus de droit suppose deux formes principales. D'une part, il s'agit du cas où les dispositions de droit communautaire sont invoquées de manière abusive dans le but de contourner le droit national. D'autre part, il s'agit de l'hypothèse dans laquelle ces dispositions sont invoquées de manière abusive pour en tirer des avantages d'une manière qui se heurte aux finalités et aux buts de ces mêmes dispositions⁴⁵.

L'analyse de la jurisprudence communautaire permettra d'observer que cette dichotomie trouve son fondement dans le degré de l'harmonisation réalisé dans les différents domaines où l'abus s'est manifesté. Ainsi, dans des domaines où l'harmonisation est limitée et la reconnaissance mutuelle régit, il s'agit d'une fraude au droit national greffée sur une invocation abusive du droit communautaire (Premier Titre). Au contraire, dans les cas où l'harmonisation est plus poussée, il s'agit d'un abus du droit communautaire (Titre Second).

⁴⁴ Arrêt CJCE, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd et County Wide Property Investments Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, 21 février 2006, Aff. C-255/02, Rec., p. I-1609.

⁴⁵ Point 63 des conclusions.

Premier Titre. L'abus de droit dans les domaines régis par la reconnaissance mutuelle (ou la fraude au droit national)

Entre l'abus de droit et les libertés de circulation il y apparaît une opposition structurelle. Initialement, la Cour de Justice s'est intéressée peu à la notion, étant donné que jusqu'il y a peu de temps le droit communautaire était un droit orienté vers l'intégration et, essentiellement, le libre échange, et donc des freines, comme la sanction de l'abus, à la libre circulation n'étaient pas bien reçues. Donc, dans ce contexte, il est compréhensible que l'abus de droit n'ait acquis que très récemment une place particulière dans l'ordre communautaire.

Toutefois, l'utilisation, à côté de la technique de l'harmonisation, de celle de la reconnaissance mutuelle et donc l'autorisation d'une certaine concurrence entre les systèmes légaux des États membres a permis l'apparition d'un certain comportement abusif ou frauduleux du particulier vis-à-vis des dispositions communautaires. À cet égard, face à la menace de perte d'autorité du droit communautaire qu'ainsi permettait aux particuliers de manipuler les droits nationaux de la manière que leur était plus favorable, la Cour de Justice a dû intervenir. Elle a essayé ainsi de créer un mécanisme propre au droit communautaire qui devait encadrer le comportement abusif des particuliers.

Parallèlement à ce phénomène de compétition entre les systèmes réglementaires, la tendance de la Cour à interpréter de manière extensive le champ d'application du droit communautaire, en réduisant la notion de situation interne, à côté de la question délicate des discriminations à rebours, est un autre élément qui doit être pris en considération pour apprécier l'apparition des situations à rattachement artificiel au droit communautaire, donc frauduleuses.

Après nous appuyer sur l'analyse du contexte de manifestations de ces comportements abusifs (Chapitre I), il convient d'essayer de construire une typologie de l'abus de droit en fonction du domaine où il se manifeste : la libre prestation des services (Chapitre II), le droit d'établissement (Chapitre III), la fiscalité directe (Chapitre IV), la protection sociale (Chapitre V) et la citoyenneté de l'Union européenne (Chapitre VI).

Chapitre I. *Le contexte de la manifestation de l'abus de droit*

L'apparition des comportements abusifs peut s'expliquer par deux types de raisons. Il s'agit, d'une part, du contexte général de concurrence entre les systèmes réglementaires des États membres. Le fait que le particulier peut choisir la loi nationale plus favorable peut, dans certains cas, impliquer une invocation abusive du droit communautaire (Section I). Parallèlement, l'imminence des discriminations à rebours peut aussi encourager tels comportements (Section II).

Section I. La concurrence entre les systèmes réglementaires : un cadre favorable à la manifestation de l'abus de droit

La forte augmentation de la compétition entre les systèmes réglementaires des États membres a eu parmi ses causes tant la nouvelle approche en matière d'harmonisation et le principe de reconnaissance mutuelle, que le principe de subsidiarité. En effet, la compétition entre systèmes réglementaires est le revers de l'harmonisation : s'il n'y a pas harmonisation, la compétition entre systèmes réglementaires est possible⁴⁶. Sans être une fin en soi et représentant seulement un moyen en vue de la réalisation des objectifs cités à l'article 2 du Traité CE, l'harmonisation permet l'élimination des entraves à l'exercice des libertés fondamentales. L'étendue de l'harmonisation s'est réduite avec l'apparition et le développement du principe de reconnaissance mutuelle. Consacré par la jurisprudence « *Cassis de Dijon* »⁴⁷, ce principe suppose que tout État membre est tenu d'accepter les produits légalement fabriqués et/ou commercialisés dans les autres États membres de la Communauté, dans la mesure où ces produits répondent de manière équivalente à l'objectif légitime visé par sa réglementation. Il s'agit de l'acceptation du principe de « *home country control* », ou du principe de l'État d'origine. Limitée au début à la seule liberté des marchandises, le principe de reconnaissance mutuelle s'est progressivement étendu aux autres libertés de circulation⁴⁸.

Avec son Livre blanc de 1985 sur l'achèvement du marché intérieur, la Commission a développé une nouvelle approche en matière d'harmonisation. Le Marché Unique ne doit pas

⁴⁶ C. D. EHLERMANN, « Compétition entre systèmes réglementaires », *RMCUE*, 1995, n° 387, p. 220.

⁴⁷ Arrêt CJCE, *Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 20 février 1979, Aff. 120/78, Rec., p. 649.

⁴⁸ A. MATTERA, « Le principe de la reconnaissance mutuelle : instrument de préservation des traditions et des diversités nationales, régionales et locales », *RMUE*, 1998, n° 2, p. 8. Voir aussi Communication interprétative de la Commission — *Faciliter l'accès de produits au marché d'un autre État membre: l'application pratique de la reconnaissance mutuelle*, JOUE n° C 265, 4.11.2003, pp. 2-16.

déboucher sur un « *melting-pot* » dans lequel se noieraient les particularités et les traditions de chaque État membre. Au contraire, ces particularités nationales et régionales doivent être sauvegardées⁴⁹. Ainsi on se limitera à harmoniser les paramètres fondamentaux, laissant tout le reste ressortir de la reconnaissance mutuelle. D'un autre côté, l'harmonisation sera nécessaire seulement dans les cas où il y a un obstacle à la libre circulation des marchandises, justifié réellement par un des motifs énumérés dans l'article 30 CE ou par une « *exigence impérative* » dans le sens de la jurisprudence « *Cassis de Dijon* »⁵⁰. Parfois certains auteurs insistent sur la nécessité d'une certaine intensité dans l'harmonisation prescrite par l'article 95 (3) et l'article 44 (2) (g), ce qui permettra d'éviter l'effet « *Delaware* », c'est-à-dire la migration vers des législations plus avantageuses⁵¹.

Comme il a été expliqué précédemment, la reconnaissance mutuelle a ouvert la voie à la compétition entre systèmes réglementaires. Plus la reconnaissance mutuelle sera étendue, plus il y aura de place pour une concurrence entre des règles différentes⁵². La concurrence entre les systèmes juridiques détermine « *the alteration of national regulation in response to the actual or expected impact of internationally mobile goods, services or factors on national economic activity* »⁵³. Dans cette généralisation de la compétition entre les systèmes réglementaires, quel serait le comportement des particuliers ? Comment fonctionnerait la libre circulation ? En effet, le particulier pourrait adopter des comportements différents. Ainsi, face à un marché d'un autre État membre qui impose des restrictions et au fait que l'« *exportation* » supposerait des coûts excessifs, le particulier peut choisir de ne pas bénéficier ni de la libre circulation ni, par voie de conséquence, de la reconnaissance mutuelle. Ou il peut utiliser ce que la doctrine appelle « *Court track* » (encourager son gouvernement à introduire un recours contre l'État auteur de la mesure restrictive devant les institutions communautaires). Le résultat serait soit celui de la condamnation de l'État défendeur, et ainsi la modification de sa législation restrictive, soit celui de la confirmation de la validité de ladite législation, ce qu'implique le devoir du Conseil de l'UE de chercher l'harmonisation. Enfin, on aura une directive adoptée sur la base de l'article 95 du Traité CE et qui impliquera l'harmonisation des législations nationales.

Le comportement du particulier pourrait aussi se manifester par le choix d'un système législatif plus favorable. Dans ce cas, les États avec des législations moins favorables

⁴⁹ *Idem*, p. 10.

⁵⁰ M. GARDEÑES SANTIAGO, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Colección Estudios Internacionales, Ed. Eurolex, Madrid, 1999, p. 60. Voir aussi L. DUBOUIS, C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, Paris, 4^{ème} édition, 2006, p. 271.

⁵¹ C. D. EHLERMANN, « Compétition entre systèmes réglementaires », *op. cit.*, p. 223.

⁵² *Idem*, p. 221.

⁵³ J. – M. SUN, J. PELKMANS, « Regulatory Competition in the Single Market », *JCMS*, 1995, vol. 33, n° 1, p. 68.

essaieront de l'adapter au niveau le plus bas, ce qui implique la manifestation de ce qu'on appelle « *race to bottom* », et finalement un rapprochement des législations. Dans ce sens, A. Noblet considère que la mise en application du principe de subsidiarité et donc les actions unilatérales de la part des États membres dans la régulation, est susceptible de déterminer une concurrence dommageable, source de contournements. Le même auteur considère que la compétition entre systèmes réglementaires détermine ce qu'il appelle une « *harmonisation spontanée* », ce qui implique un alignement vers le bas. Au contraire, une « *harmonisation négociée* » faite par la Communauté européenne privilégierait des standards élevés de protection et empêcherait la fraude aux droits nationaux⁵⁴.

Nous voyons très clairement qu'en cas de concurrence entre systèmes réglementaires le particulier joue un rôle très important⁵⁵. Par voie de conséquence, l'impact de la compétition entre systèmes réglementaires sur la libre circulation ne peut pas être apprécié de manière absolue, car le comportement du particulier ne peut pas être généralisé. Ainsi, comme le présentent J.-M. Sun et J. Pelkmans, ni les intérêts économiques de chaque particulier, ni le comportement des États ne peuvent pas être anticipés, et il y a des cas où la concurrence entre systèmes réglementaires ne pourra pas fonctionner telle que décrite antérieurement⁵⁶. Cependant, en termes généraux et approximatifs, la diversité des législations nationales tend à favoriser la migration des agents économiques, soit personnes physiques, soit personnes morales, vers les pays avec une législation plus avantageuse.

La doctrine analysant la relation entre harmonisation et reconnaissance mutuelle va dans le sens que la seconde n'est pas un substitut de la première, et qu'elles doivent être complémentaires⁵⁷. Le résultat de la compétition entre systèmes réglementaires est l'harmonisation par le marché au lieu d'une harmonisation administrative et bureaucratique. Les avantages de ce modèle sont divers : possibilité accrue de choisir entre les systèmes légaux, empêchement de la possibilité pour le législateur d'adopter des réglementations injustifiées, disproportionnées ou arbitraires, une meilleure flexibilité, adaptabilité et capacité d'innovation normative. Cependant, la compétition entre systèmes réglementaires présente aussi des possibles inconvénients, comme ceux d'ordre linguistique ou culturel qui empêcheront les agents économiques de migrer vers des systèmes légaux plus favorables, ou alignement des législations vers le niveau le plus bas de protection⁵⁸.

⁵⁴ A. NOBLET, *op. cit.*, p. 286.

⁵⁵ J. – M. SUN, J. PELKMANS, *op. cit.*, pp. 73 – 76.

⁵⁶ *Idem*, pp. 78 – 82.

⁵⁷ M. GARDEÑES SANTIAGO, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, *op.cit.*, pp. 238 – 240.

⁵⁸ *Idem*, pp. 231 – 238. M. Gardesñes Santiago soutient que l'ultime réserve faite à la compétition entre systèmes réglementaires, de l'alignement vers le bas, ne doit pas être exagérée, parce que l'application du principe de reconnaissance mutuelle ne se fait pas de manière absolue, et au contraire elle connaît des limites telles que

Un autre désavantage important de la concurrence entre les systèmes réglementaires est l'apparition des discriminations à rebours :

« *The so called competition between legal orders as created by the opening of markets may lead to a reverse discrimination of nationals and henceforth to a distortion of competition, that is a form of competition which does not comply with the ideas of market economy* »⁵⁹.

Ainsi nous entrons dans une nouvelle problématique : l'étendue du champ d'application du principe de non-discrimination et son influence dans l'apparition de la fraude au droit national par un abus du droit communautaire.

Section II. L'abus de droit et le principe de non-discrimination

L'abus de droit et le principe de libre circulation se trouvent en pleine contradiction. L'interdiction de l'abus de droit permet en effet d'entraver la libre circulation et elle correspond à une réserve de compétence nationale. Dans les premières années de mise en place des Communautés, le problème de l'abus ne se posait d'aucune manière. Le juge communautaire, moteur de l'intégration, construisait un champ d'application très large des libertés de circulation et ainsi se refusait à reconnaître une exception fondée sur l'interdiction de l'abus de droit. Par la suite, le juge communautaire a cependant admis la possibilité d'invoquer l'interdiction de l'abus en tant que possible justification d'une entrave aux libertés de circulation et c'est dans l'ultime décennie qu'il prend de plus en plus en compte cette notion.

La marge d'action de la notion d'abus de droit est donc en étroite relation non seulement avec le phénomène de concurrence entre les systèmes réglementaires des États membres, mais aussi avec les libertés de circulation et plus précisément avec le champ d'application de celles-ci. La dichotomie situation purement interne – situation intracommunautaire soulève beaucoup d'intérêt quant à la tentation pour le particulier de frauder la loi nationale par une invocation du droit communautaire.

consacrées par la jurisprudence de la CJCE. Ainsi la législation du pays d'origine sera prise en considération seulement dans la mesure où elle garantit un niveau de protection équivalent à celui du pays de destination. L'État de destination n'est pas obligé à accepter des biens ou des services élaborés conformément à une législation d'origine dont le niveau de protection est anormalement bas. De plus, le niveau de protection garantie par les législations des pays membres de l'Union Européenne est relativement hétérogène. Dans le même sens, voir A. MATTERA, « The principle of mutual recognition and respect for national, regional and local identities and traditions », in F. K. PADOA SCHIOPPA (sous la direction de), *The principle of mutual recognition in the european integration process*, Palgrave Macmillan, Hampshire/New York, 2005, pp. 17 – 18. Pour une analyse de l'efficacité de la règle de reconnaissance mutuelle et ses désavantages voir J. PELKMANS, « Mutual recognition in goods and services : an economic perspective », in F. K. PADOA SCHIOPPA (sous la direction de), *op. cit.*, pp. 102 – 107.

⁵⁹ U. EVERLING, ancien juge de la CJCE, cité par N. REICH, « Competition between legal orders : a new paradigm of EC law ? », *CMLR*, 1992, vol. 29, p. 862.

Dans le fonctionnement des libertés de circulation, création du droit communautaire, le principe de non-discrimination⁶⁰ joue un rôle très important, en tant que règle supérieure du droit consacrée par l'article 12 CE : « Dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de nationalité »⁶¹. Progressivement la jurisprudence de la CJCE a précisé la mise en application de ce principe⁶². Ainsi, dans l'arrêt *Sotgiu*⁶³, la Cour déclare que le principe d'égalité de traitement tel qu'énoncé par l'article 12 CE, prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par l'application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat. De plus, le principe de non-discrimination se retrouve expressément inscrit dans différents articles du Traité CE, comme les articles 39, 43, 49 ou 141 qui représentent une mise en application du principe de non-discrimination dans des domaines spécifiques⁶⁴.

⁶⁰ La relation entre égalité et non-discrimination en droit communautaire n'est pas facile à décrire. Si la plupart des auteurs (voir par exemple S. ROBIN – OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, pp. 17 et s.) considèrent que ces deux expressions sont interchangeable, il y a une partie de la doctrine, qui analysant minutieusement la terminologie utilisée dans la jurisprudence communautaire, met en évidence qu'il doit y avoir des différences entre les deux (voir le développement fait par D. MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Collection du Centre des Droits de l'Homme de l'Université Catholique de Louvain, Bruylant, 2006, p. 4 et s., p. 127 et s., p. 587 et s.). Pour une opinion portant sur la différence entre les deux concepts, voir R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, Paris, 2003, pp. 18 et s. : « Égalité et non-discrimination sont des notions distinctes dès lors que le juge les utilise séparément en les plaçant dans deux univers différents du travail juridictionnel ».

⁶¹ Progressivement le principe de non-discrimination a couvert d'autres domaines que la nationalité, comme le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle (art. 13 (1) CE introduit par le Traité d'Amsterdam). Dépourvue d'effet direct, cette disposition doit être mise en œuvre par l'adoption des directives.

⁶² Sur le principe de non-discrimination voir D. MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste, op. cit.*. Dès le début de son ouvrage, D. Martin met en exergue que le principe de non-discrimination a été progressivement construit par la Cour de Justice. Le principe a une importance variable selon le domaine du droit communautaire dans lequel il est appliqué. Il s'agit donc d'une application à géométrie variable (p. 17). Cependant, l'auteur retrouve les étapes importantes dans l'évolution de ce principe. Il s'agit de l'étape de la jurisprudence traditionnelle (1955 - 1986) où la Cour dessine les contours du principe de non-discrimination, selon des règles non uniformes pour tous les domaines du droit communautaire (p. 48 et s.). Les premières ruptures apparaissent avec l'introduction de la notion d'exigence impérative dans la libre circulation des marchandises et son extension aux autres libertés de circulation (p. 69 et s.). La jurisprudence du 4 décembre 1986 (l'arrêt CJCE, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne* (connu comme l'arrêt « Pétillant de raisins »), 4 décembre 1986, Aff. 179/85, Rec., p. 3879 ; et les arrêts « Coassurances », *Commission des Communautés européennes contre République française*, 4 décembre 1986, Aff. 220/83, Rec., p. 3663; *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Danemark*, 4 décembre 1986, Aff. 252/83, Rec., p. 3713; *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, 4 décembre 1986, Aff. 205/84, Rec., p. 3755; *Commission des Communautés européennes contre Irlande*, 4 décembre 1986, Aff. 206/84, Rec., p. 3817) marque une nouvelle étape dans l'application du principe de non-discrimination par l'introduction de la notion d'entrave (p. 93 et s.)

⁶³ Arrêt CJCE, *Giovanni Maria Sotgiu contre Deutsche Bundespost*, 12 février 1974, Aff. 152/73, Rec., p. 153.

⁶⁴ Cependant, la jurisprudence communautaire a mis en évidence que ces articles ne se limitent pas à interdire seulement les discriminations. Par exemple, en ce qui concerne la libre circulation des travailleurs, la Cour a statué que l'article 39 CE prohibe également les entraves non discriminatoires (voir l'arrêt CJCE, *Dieter Kraus contre Land Baden-Württemberg*, 31 mars 1993, Aff. C-19/92, Rec., p. I-1663).

En ce qui concerne la libre prestation de services, voir les arrêts CJCE, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda et autres contre Commissariaat voor de Media*, 25 juillet 1991, Aff. C-288/89, Rec., p. I-4007 ; *Manfred Säger contre Dennemeyer & Co. Ltd*, 25 juillet 1991, Aff. C-76/90, Rec., p. I-4221.

Mais le bénéfice du principe de non-discrimination et de l'exercice de la libre circulation ne peut être octroyé qu'aux particuliers qui se trouvent dans une situation intracommunautaire, définie par la Cour de manière négative : il ne doit pas s'agir d'une situation purement interne. L'étude de cette dernière notion nous permet de tracer les contours du champ d'application des libertés de circulation. Il n'entre pas dans notre tâche de réaliser une présentation exhaustive de cette notion, étant donné qu'elle a fait l'objet de nombreuses analyses doctrinales⁶⁵. Nous nous limiterons à exposer de manière succincte les différents traits, pour ainsi avancer sur l'étude de la possible explication de l'émergence de la notion d'abus de droit sous la forme de fraude à la loi nationale.

Dans la définition de la notion de situation purement interne, la jurisprudence de la Cour de Justice a joué un rôle très important. Ainsi, conformément à l'arrêt *Petit*⁶⁶, les situations internes sont celles dont « tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État ». Il s'agit de toute situation qui ne présente pas un lien de rattachement quelconque avec les situations envisagées par le droit communautaire⁶⁷. Le terme « interne » n'a pas un contenu identique dans les différentes branches du droit de la libre circulation. Ainsi, en matière de libre circulation des personnes, le juge communautaire exclut l'invocation du droit à la circulation par toute personne qui veut occuper un emploi ou exercer une activité, salariée ou non, dans son État d'origine sans avoir établi un lien quelconque avec un autre État membre⁶⁸. Par contre, la Cour de Justice a admis plusieurs fois qu'un ressortissant d'un État

En ce qui concerne l'égalité de traitement entre travailleurs masculins et féminins, l'article 141 CE dispose que chaque État membre assure l'application du principe d'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail. Cependant plusieurs directives ont progressivement étendu le champ d'application du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes (voir par exemple la directive n° 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, JOUE n° L 373, 21.12.2004, pp. 37–43). Il est intéressant de mentionner le fait que les définitions prétoriennes de la discrimination directe ou indirecte ont été incorporées dans les textes législatifs (voir la directive n° 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), JOUE n° L 204, 26.07.2006, pp. 23–36).

⁶⁵ Voir par exemple J. DE BEYS, « Le droit européen est-il applicable aux situations purement internes ? », *JTDE* juin 2001, n° 80, pp. 137 – 144 ; R. – E. PAPADOPOULOU, « Situations purement internes et droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant ? », *CDE*, 2002, n° 1 – 2, pp. 106 – 113 ; M. GARDEÑES SANTIAGO, « Reconocimiento mutuo y discriminación a la inversa », in *La Unión Europea ante el siglo XXI : Los retos de Niza*, Actas de las XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, 2003, pp. 223 – 229.

⁶⁶ Arrêt CJCE, *Camille Petit contre Office national des pensions*, 22 septembre 1992, Aff. C-153/91, Rec., p. I-4973.

⁶⁷ S. Cals souligne donc que les deux conditions principales nécessaires à l'existence d'une situation purement interne sont le domaine spatial limité de la situation et son corollaire, l'absence de rattachement au champ d'application matériel du droit communautaire (S. CALS, *La discrimination à rebours et le droit communautaire*, Thèse, Université de Toulouse I Sciences Sociales, 2001, p. 84). Le domaine spatial limité est déterminé par le critère personnel, territorial et économique. Le rattachement au champ d'application matériel du droit communautaire est donné par le caractère transnational de la situation (par exemple, dans le cas de la libre circulation des personnes, il faut un déplacement ou un séjour de la personne qui invoque le droit communautaire).

⁶⁸ S. Cals met en évidence que relèvera d'une situation purement interne, une personne physique ayant un lien personnel ou lien de nationalité avec l'État membre d'origine et n'ayant aucun lien économique avec le territoire

membre peut se prévaloir des dispositions communautaires à l'encontre de son État d'origine, lorsque sa situation est assimilée à celle d'un non-national, sur la base d'un seul élément tel que l'obtention d'un diplôme ou l'exercice antérieur d'une activité professionnelle dans un autre État membre et puis l'établissement dans son État d'origine⁶⁹.

En matière de libre circulation des marchandises, la jurisprudence communautaire est plus nuancée. Nous remarquons une application de plus en plus extensive du droit communautaire, et parallèlement une interprétation très restreinte de la notion de situation purement interne. Dans la célèbre affaire *Pistre*⁷⁰, la Cour de Justice a souligné que l'application de l'article 28 (ex – article 30) CE « ne peut [...] pas être écartée pour la seule raison que, dans le cas concret soumis à la juridiction nationale, tous les éléments sont cantonnés à l'intérieur d'un seul État membre ». Les particuliers se sont ainsi vu reconnaître le droit d'invoquer l'article 28 TCE, même lorsqu'il n'y a aucun rattachement de la situation au droit communautaire, à la seule condition que la réglementation nationale qui empêche ou rend plus difficile ou plus onéreuse la circulation de la marchandise « soit susceptible d'être appliquée aux produits importés d'autres États membres »⁷¹.

Par la suite, dans l'affaire *Guimont*⁷², le juge communautaire ajoute des nouvelles nuances. Cet arrêt apporte la distinction entre le cas où la réglementation nationale contient des mesures discriminatoires à l'encontre des produits importés et le cas où elle contient des

communautaire (S. CALS, *op. cit.*, p. 84). En ce qui concerne les personnes morales, pour pouvoir invoquer le droit communautaire il faut démontrer un rattachement juridique et économique à plus d'un État membre (S. CALS, *op. cit.*, p. 92 et s.)

⁶⁹ Voir les arrêts CJCE, *J. Knoors contre Staatssecretaris van Economische Zaken*, 7 février 1979, Aff. 115/78, Rec., 1979, p. 399 ; *Kraus*, précité.

⁷⁰ Arrêt CJCE, *Procédures pénales contre Pistre e.a.*, 7 mai 1997, Aff. Jtes. C-321/94 à C-324/94, Rec., 1997, p. I-2343. Voir commentaires de cet arrêt par : C. J. BERR, « Produits de montagne. – Protection des indications géographiques et des appellations d'origine. – Conditions d'utilisation. – Réglementation discriminatoire », *JDI*, 1998, n° 2, pp. 498 – 499 ; M. – A. HERMITTE, « Dénomination montagne. – Droit de propriété industrielle (non). – Réglementation obligeant à utiliser des matières premières locales donc françaises. – Mesure d'effet équivalent (inadmissibilité) », *JDI*, 1998, n° 2, pp. 555 – 556.

Dans la jurisprudence antérieure à cet arrêt, la Cour de Justice avait mis en évidence que le principe selon lequel « un traitement défavorable des produits de fabrication nationale par rapport aux produits importés, opéré par un État membre dans un secteur non soumis à une réglementation communautaire ou à une harmonisation des législations nationales, ne relève pas du champ d'application du droit communautaire » trouve son fondement dans le fait que les échanges intracommunautaires ne sont pas affectés par les conséquences d'une telle mesure (arrêt CJCE, *M. Driancourt, commissaire de police de Thouars, remplissant les fonctions de ministre public, contre Michel Cognet*, 23 octobre 1986, Aff. 355/85, Rec., p. 3231, point 11). Ainsi les discriminations à rebours opérant dans un contexte purement interne n'ont pas la qualité de mesures d'effet équivalent au sens de l'article 28 CE.

⁷¹ Selon S. Cals, la réitération de la solution de l'arrêt *Pistre* dans la jurisprudence communautaire postérieure a donné naissance à « un bloc jurisprudentiel construit autour de la "réduction" de la notion de "situation purement interne" dans le domaine des entraves non pécuniaires aux échanges » (S. CALS, *op. cit.*, p. 186).

⁷² Arrêt CJCE, *Procédure pénale contre Jean-Pierre Guimont*, 5 décembre 2000, Aff. 448/98, Rec., 2000, p. I-10663. Voir commentaire sur cet arrêt par C. J. BERR, « Dénomination du fromage "emmental". – Réglementation française réservant la dénomination "emmental" à un fromage à croûte. – Absence de justification », *JDI*, 2001, n° 2, pp. 616 – 617 ; D. POUCHARD, « Une réglementation nationale qui prohibe la commercialisation d'un fromage dépourvu de croûte sous la dénomination "emmental" est une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative », *JCP ed. G*, n° 25, 20 juin 2001, II, p. 10551 et s.

mesures indistinctement applicable aux produits nationaux et aux ceux importés. Ainsi, le fait qu'une mesure nationale ne soit pas purement interne, parce qu'elle vise tant les produits nationaux qu'importés, ne suffit pas pour déclencher l'application du droit communautaire. Il faut encore que la mesure nationale crée une discrimination directe à l'encontre des produits importés. Dans ce cas là, le particulier peut invoquer le droit communautaire, même si la situation est purement interne. Par contre, dans le cas d'une mesure nationale indistinctement applicable, le particulier ne peut invoquer le droit communautaire que si sa situation présente un élément d'extranéité.

Une application élargie de la notion de « *situation purement interne* » peut conduire à une situation désavantageuse pour les nationaux qui ne bénéficient pas du traitement favorable octroyé aux non-nationaux. Ces discriminations à rebours semblent être le corollaire de la non application du droit communautaire aux situations purement internes et « *un élément incontournable de la logique qui sous-tend le fonctionnement du marché unique* »⁷³. Par voie de conséquence, en matière de libre circulation des personnes où la Cour fait une application rigoureuse de la notion de situation purement interne, les cas de discrimination à rebours seraient plus évidents. Dès lors qu'une personne se trouve dans une situation dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État, elle est privée de la possibilité d'invoquer le droit communautaire. Par contre, en matière de liberté de circulation des marchandises, les choses sont plus nuancées, conformément à la jurisprudence *Guimont*, précitée. Ainsi nous distinguons plusieurs cas⁷⁴ :

a) les marchandises nationales se trouvant dans une situation purement interne sont exclues du champ d'application du droit communautaire, lorsque la réglementation nationale qui régit leur fabrication, composition, présentation etc. est elle-même purement interne et n'est pas susceptible d'être appliquée à des produits importés. Dans ce cas, les produits nationaux peuvent faire l'objet d'une discrimination à rebours, étant donné que l'État membre peut leur imposer des conditions plus strictes.

b) lorsque la réglementation nationale peut aussi concerner les marchandises non-nationales, il faut distinguer entre deux situations : i) la réglementation nationale crée une discrimination à l'encontre des produits non-nationaux. Dans ce cas, les produits nationaux échappent à la discrimination à rebours et bénéficient de la tutelle du droit communautaire ; ii) la réglementation nationale est indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits non-nationaux. Dans ce cas, en l'absence d'un rattachement quelconque avec le

⁷³ R. – E. PAPADOPOULOU, « Situations purement internes et droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant ? », *op. cit.*, p. 114.

⁷⁴ *Idem.*, p. 116.

commerce intracommunautaire, les producteurs nationaux ne pourraient pas invoquer le droit communautaire.

Étant donné que l'exercice de la liberté de circulation entraîne l'application du droit communautaire, le particulier est tenté de faire usage de manière artificielle de cette liberté pour échapper à une discrimination à rebours. Il s'agit ainsi d'un rattachement artificiel au droit communautaire pour échapper à l'emprise du droit national et donc une fraude au droit national.

La possibilité orthodoxe d'échapper à la discrimination à rebours se trouve dans les mains du législateur national. Lui seul peut décider d'étendre aux nationaux les bénéfices octroyés à ceux qui font usage des libertés de circulations. Cette procédure présente le désavantage de l'alignement vers le bas, ce que permet, par exemple, la baisse du niveau de protection. Pourtant, toutes les discriminations à rebours ne sont pas mauvaises. Ainsi, à long terme, l'imposition à l'industrie locale de règles plus strictes peut devenir un avantage consistant en une bonne réputation de ses produits et services, ce qui peut répercuter de manière favorable sur la commercialisation⁷⁵.

⁷⁵ M. GARDEÑES SANTIAGO, « Reconocimiento mutuo y discriminación a la inversa », *op. cit.*, p. 229.

Chapitre II. *L'abus de droit et la libre prestation des services*

La libre prestation des services est un autre domaine préféré de manifestation de l'abus des dispositions communautaires pour ainsi frauder le droit national imposant de conditions plus restrictives. L'analyse commence avec l'arrêt *Van Binsbergen*, le premier arrêt prenant en considération la question de l'abus et soulignant les premiers traits de la notion (Section I). L'analyse se penchera par la suite sur le domaine sensible des prestations des émissions de radiotélévision (Section II), pour arriver à la question du détachement transnational des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services (Section III). Finalement, nous analyserons la jurisprudence *Agip Petroli*, singulière par sa spécificité mais très importante du point de vue des nouveaux éléments qu'elle apporte au régime de la notion d'abus du droit (Section IV).

Section I. L'arrêt Van Binsbergen⁷⁶ : première manifestation de l'abus de droit en droit communautaire

Il s'agit du premier cas où la notion d'abus de droit est prise en considération par la Cour de Justice des Communautés Européennes. C'est une affaire très connue mais nous présenterons toutefois son contexte, dans l'intérêt de mettre en évidence les différentes formes que peut revêtir l'abus de droit en droit communautaire. M. Van Binsbergen avait donné mandat à M. Kortmann, alors domicilié aux Pays-Bas, de le représenter dans un litige devant les juridictions néerlandaises. Au cours de la procédure, M. Kortmann a transféré son domicile à Belgique. Il s'est vu ainsi opposer la législation néerlandaise qui lui interdisait de représenter, en qualité de mandataire ou de conseil, son client devant la *Centrale Raad van Beroep*, juridiction néerlandaise, faute d'être établi aux Pays-Bas. Considérant que cette législation enfreint la libre prestation de services, M. Kortmann l'a contestée. La question préjudicielle soulevée par la *Centrale Raad van Beroep* avait un caractère général et portait sur l'interprétation à donner aux articles 59 et 60 (actuels articles 49 et 50) du Traité CE.

Dans son arrêt, la Cour de Justice a premièrement statué que :

⁷⁶ Arrêt CJCE, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, 3 décembre 1974, Aff. 33/74, Rec., p. 1299. Voir commentaires sur cet arrêt: Y. LOUSSOUARN, « Droit d'établissement », *RTDE*, 1975, pp. 518 – 531 ; Y. LOUSSOUARN, « Du 3 décembre 1974. – Cour de Justice des Communautés européennes (Aff. 33/74). – MM. Lecourt, prés. ; Pescatore, rapp. ; Mayras, av. gén. », *RcrDIPr*, 1975, pp. 696 – 708 ; O. E. MAC GILLAVRY, « Après l'arrêt Reyners, l'arrêt *Van Binsbergen*. Conséquences », *JT*, 1975, pp. 100 – 103 ; M. H. NEVILLE, « Nationality discrimination », *JBL*, 1975, pp. 168 – 169.

« L'exigence, pour le prestataire, d'une résidence permanente sur le territoire de l'État où la prestation doit être fournie peut, selon les circonstances, avoir pour conséquence d'enlever tout effet utile à l'article 59 dont l'objet est, précisément, d'éliminer les restrictions à la libre prestation de services de la part de personnes non établies dans l'État sur le territoire duquel la prestation doit être fournie »⁷⁷.

Cependant, l'État membre, compte tenu de la nature particulière des prestations de services, pourra imposer au prestataire des exigences spécifiques « qui seraient motivées par l'application de règles professionnelles justifiées par l'intérêt général – notamment les règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité », incombant à toute personne établie sur le territoire de cet État, dans la mesure où le prestataire échapperait à ces conditions par la circonstance d'être établi dans un autre État membre⁷⁸. Ainsi,

« on ne saurait nier à un État membre le droit de prendre des dispositions destinées à empêcher que la liberté garantie par l'article 59 soit utilisée par un prestataire dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée vers son territoire, en vue de se soustraire aux règles professionnelles qui lui seraient applicables au cas où il serait établi sur le territoire de cet État, une telle situation pouvant être justiciable du chapitre relatif au droit d'établissement et non de celui des prestations de service »⁷⁹.

Par voie de conséquence, la Cour conclut qu'il ne serait pas incompatible avec le droit communautaire l'exigence imposée d'un établissement professionnel stable dans l'État membre en cause si cette exigence est objectivement nécessaire en vue de garantir l'observation des règles professionnelles⁸⁰. Dans cet arrêt la Cour de Justice se penche tant sur le comportement abusif du particulier que sur les mesures nationales adoptées par l'État membre. Cependant, l'analyse n'est pas très développée dans aucun des cas. En ce qui concerne l'abus, il doit s'agir d'une activité entièrement ou principalement tournée vers le territoire d'un autre État que celui où le prestataire s'établit. Cumulativement, l'objectif de l'agent économique doit être « de se soustraire aux règles professionnelles ». Il s'agit donc d'invoquer la libre prestation des services, droit octroyé par une disposition communautaire, avec le but d'échapper à des normes nationales gênantes ou pas favorables. Dans ce premier arrêt qui prend en compte la question de l'abus de droit dans le cadre communautaire⁸¹, nous

⁷⁷ Point 11 de l'arrêt *Van Binsbergen*.

⁷⁸ Point 12 de l'arrêt *Van Binsbergen*.

⁷⁹ Point 13 de l'arrêt *Van Binsbergen*.

⁸⁰ Point 14 de l'arrêt *Van Binsbergen*.

⁸¹ L'Avocat Général H. Mayras dans ses conclusions présentées le 13 novembre 1974 sur l'affaire *Van Binsbergen* n'avait pas abordé la question de l'abus de droit. Après souligné que tant la libre prestation de services comme le droit d'établissement mettent en œuvre la règle générale de l'égalité de traitement, l'Avocat Général insiste sur la nécessité de faire la distinction entre les deux libertés. Le ressortissant d'un État membre, établi sur le territoire d'un autre État membre, est soumis à la loi du pays d'accueil qui peut lui imposer des conditions, les mêmes que

retrouvons une illustration de la forme typique de l'abus. Dans la jurisprudence suivante, dans le domaine de la libre prestation de services, l'arrêt *Van Binsbergen* sera invoqué de manière constante, pour sanctionner les comportements abusifs. Il est intéressant de mentionner que, à l'époque de l'arrêt *Van Binsbergen*, la doctrine n'avait pas trop insisté sur l'aspect de l'abus de droit et avait plutôt mis en évidence la consécration de l'applicabilité directe des articles 49(1) et 50(3) CE. Il est seulement par le moyen de la jurisprudence plus récente qui, en reproduisant ce que la Cour avait décidé dans cet arrêt, qu'il reprend toute sa force. Ainsi, l'arrêt *Van Binsbergen* est encore une référence indispensable s'agissant du sujet de l'abus de droit.

Section II. Le développement de la notion d'abus de droit en matière de libre prestation des émissions de radiotélévision

Le domaine de la libre prestation des émissions de radiotélévision a donné lieu à plusieurs manifestations du phénomène qui nous intéresse. De l'arrêt *Veronica* jusqu'à l'arrêt *De Agostini*, la notion d'abus du droit a été l'objet d'une intéressante évolution. Avant de commencer l'analyse de la jurisprudence communautaire en la matière, il est utile de présenter de manière succincte les dispositions pertinentes du cadre législatif. L'adoption en 1989 d'une législation communautaire sur les émissions télévisuelles a soulevé une nouvelle question quant au statut et au régime de l'abus du droit. Il faut ainsi analyser le rapport abus du droit – harmonisation et déterminer le rôle qui revient au premier.

& I. La directive « *Télévision sans frontière* » et l'abus du droit

Le 30 juillet 1997 a été adoptée la directive n° 97/36/CEE⁸² modifiant la directive 89/552/CEE⁸³, qui établit le cadre légal pour la diffusion télévisuelle dans le marché unique.

pour ses nationaux, pour l'accès à son activité et pour son exercice. Au contraire, dans le cas d'un prestataire de services, il ne doit pas se soumettre à la loi nationale et au contrôle exercé par les autorités nationales du pays où il fournit les prestations. Cependant, il faut protéger les particuliers, destinataires des prestations, et donc il faut accepter « *les nécessaires moyens de contrôle que les autorités nationales doivent pouvoir mettre en œuvre dans ce but* ».

Dans ce cadre, l'Avocat Général Mayras analyse la mesure nationale imposant l'obligation de résidence en termes de discrimination déguisée et conclut que « *l'inégalité de traitement qui résulte objectivement de ce texte est contraire aux articles 59 et 60, dernier alinéa, du traité* ». Des mesures moins contraignantes pourraient avoir été adoptées, comme, par exemple, la possibilité du recours au système de l'élection de domicile au cabinet d'un avocat ou d'un conseil juridique résidant dans le ressort de la juridiction.

⁸² Directive 97/36/CE du Parlement Européen et du Conseil du 30 juin 1997 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JO n° L 202, 30.07.1997, pp. 60 – 70. La dernière modification a été faite en 2007 par la directive n° 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres

Le considérant n° 14 de la directive 1997 explique un des motifs qui ont déterminé la modification de la directive « *Télévision sans frontières* » :

« (14) considérant que, conformément à une jurisprudence constante de la Cour de justice, un État membre conserve le droit de prendre des mesures à l'encontre d'un organisme de radiodiffusion télévisuelle établi dans un autre État membre, mais dont l'activité est entièrement ou principalement tournée vers le territoire du premier État membre, lorsque cet établissement a eu lieu en vue de se soustraire aux règles qui seraient applicables à cet organisme s'il était établi sur le territoire du premier État membre ».

À son tour, le considérant n° 19 dispose que :

« (19) considérant qu'il convient de prendre des dispositions, dans un cadre communautaire, afin d'éviter les risques d'insécurité juridique et de distorsion de marché et de concilier la libre circulation des services télévisés et la nécessité d'empêcher que soient éventuellement tournées des mesures nationales destinées à protéger un intérêt général légitime ».

Les modifications apportées par la directive de 1997 étaient déjà incluses dans une proposition de la Commission de 31 mai 1995⁸⁴. Dans la proposition même il n'y avait aucune disposition concernant la fraude à la loi. Cependant, dans l'annexe on trouvait dans l'article 2 (a) la consécration expresse du droit des États membres de prendre des mesures anti-contournement. Le 8 juillet 1996 le Conseil a adopté une Position commune concernant la modification de la directive « *Télévision sans frontières* »⁸⁵. Le considérant n° 12 gardait la même formulation que l'actuel considérant n° 14 de la directive. Nous voyons donc que dans les travaux de modification de la directive « *Télévision sans frontières* » la question de la fraude à la loi a été une question récurrente. Même si la forme finale de la directive, datant de 1997, ne

relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JOUE n° L 332, 8.12.2007, pp. 27 – 45. Voir une analyse de modifications dans J. – C. BARBATO, « La directive 'services de médias audiovisuels' (SMA) : vers un renouvellement du modèle audiovisuel européen », *RMCUE*, 2008, n° 514, pp. 53 – 62 ; A. BLANDIN – OBERNESSER, « La fourniture des services de médias audiovisuels : modification du cadre réglementaire face à la diversification de l'offre », *JDE*, 2008, n° 149, pp. 143 – 145 ; E. DERIEUX, « Directive TSF07 : perspectives de réformes de la directive "Télévision sans frontières" », *Communication – Commerce électronique*, 2007, n° 6, pp. 13 – 18. Les modifications visent principalement l'adaptation de la législation communautaire à l'évolution des technologies de transmission de services de médias audiovisuels.

⁸³ Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JOCE n° L 298, 17.10.1989, pp. 23 – 30.

⁸⁴ Proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, COM/95/86FINAL - COD 95/0074, JOCE n° C 185, 19.07.1995, p. 4.

⁸⁵ Position Commune (CE) n° 49/96 arrêtée par le Conseil le 8 juillet 1996 en vue de l'adoption de la directive 96/.../CE du Parlement européen et du Conseil, du ..., modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JOCE n° C 264, 11.09.1996, p. 52.

contient aucune disposition expresse sur la fraude, le législateur communautaire reconnaît que la notion de fraude à la loi opère parallèlement aux mesures d'harmonisation⁸⁶.

La dernière modification de la directive, datant de 2007, réforme l'article 3 dans le sens de la sanction de l'abus de droit⁸⁷. Si les États membres disposaient déjà de la possibilité de prévoir des règles plus détaillées ou plus strictes pour les fournisseurs de services de médias qui relèvent de leur compétence⁸⁸, la réforme introduit des mécanismes de coopération entre les États membres. Ainsi, au cas où un État membre estime qu'un organisme de radiodiffusion télévisuelle relevant de la compétence d'un autre État membre fournit une émission télévisée destinée entièrement ou principalement à son territoire, il peut s'adresser à l'État membre compétent « *en vue de parvenir à une solution mutuellement satisfaisante aux problèmes rencontrés* ». Ce dernier État membre demandera à l'organisme en question de se conformer aux règles d'intérêt général émises par le premier pays. Dans le cas où la coopération n'aboutit pas à des résultats satisfaisants et le premier État estime que le comportement de l'organisme est abusif⁸⁹, il peut adopter des « *mesures appropriées* » qui doivent être objectivement nécessaires, appliquées de manière non discriminatoire et proportionnées au regard des objectifs poursuivis et en respectant une procédure dont le point central est la Commission européenne⁹⁰.

Avant l'adoption de la directive « *Télévision sans frontières* », les activités d'émission télévisuelle étaient régies, depuis peu de temps, par la Convention sur la Télévision Transfrontalière adoptée par le Conseil de l'Europe le 5 mai 1989⁹¹. Elle a continué à s'appliquer même après l'adoption de la directive « *Télévision sans frontières* ». Il y avait des similitudes considérables entre les deux actes. Cependant, bien que la directive ne contenait

⁸⁶ L. H. HANSEN, « The development of the circumvention principle in the area of broadcasting », *op. cit.*, p. 115.

⁸⁷ La version finale de la directive ne parle pas expressément de l'abus de droit, à différence de la proposition de directive (COM (2005)646 final): « *Un État membre peut, afin de prévenir l'abus ou le comportement frauduleux, adopter des mesures appropriées à l'encontre d'un fournisseur de service de média établi dans un autre État membre et dont l'activité est orientée en totalité ou en quasi-totalité vers le territoire du premier État membre* » (art. 1(7)).

⁸⁸ Cependant, en pratique, les États membres ne peuvent pas, sous risque de leur délocalisation, faire peser sur leurs nationaux des contraintes beaucoup plus lourdes que celle qui s'imposent aux programmes en provenance d'autres États membres.

⁸⁹ « *L'organisme de radiodiffusion télévisuelle en question s'est établi sur le territoire de l'État membre compétent afin de contourner les règles plus strictes, dans les domaines coordonnés par la présente directive, qui lui seraient applicables s'il était installé dans le premier État membre* ».

⁹⁰ « *4. Un État membre ne peut prendre des mesures en application du paragraphe 3 que si toutes les conditions ci-après sont remplies:*

a) il a notifié à la Commission et à l'État membre dans lequel l'organisme de radiodiffusion télévisuelle est établi son intention de prendre de telles mesures, en justifiant les motifs sur lesquels il fonde son évaluation, et

b) la Commission a décidé que ces mesures sont compatibles avec le droit communautaire et, en particulier, que l'évaluation faite par l'État membre prenant ces mesures conformément aux paragraphes 2 et 3 est correctement fondée.

5. La Commission statue sur la compatibilité avec le droit communautaire des mesures envisagées dans les trois mois qui suivent la notification visée au paragraphe 4, point a). Si la Commission décide qu'elles sont incompatibles avec le droit communautaire, l'État membre concerné s'abstient de prendre les mesures envisagées.

⁹¹ Modifiée par le Protocole portant amendement à la Convention européenne sur la télévision transfrontalière de 1.10.1998, entré en vigueur le 1.03.2002.

aucune disposition sur la fraude, cette question était réglementée directement par les articles 16⁹² et 24bis⁹³ de la Convention. Cette dissonance entre les deux réglementations a soulevé des doutes quant au respect de la sécurité juridique et à la valeur à donner au principe de fraude ou de contournement du droit national. Cette insécurité a été éliminée, dans une certaine mesure, avec l'adoption des modifications de 1997⁹⁴.

À côté des dispositions qui concernent directement la question du contournement du droit national, il convient de mentionner d'autres dispositions importantes de la directive en question, qui peuvent influencer sur la marge d'action de la notion d'abus de droit. Il s'agit principalement de l'article 2 (1) établissant le principe de l'application du droit de l'État membre d'origine, de l'article 2 (2) qui consacre la libre circulation des programmes et la reconnaissance mutuelle, ainsi que les articles 3, 8 et 19 permettant les discriminations à rebours.

Dans notre opinion, la version modifiée de la directive « *Télévision sans frontières* » adoptant la formule consacrée par la jurisprudence communautaire, réalise ainsi un premier pas vers la codification d'un principe général du droit communautaire d'interdiction de l'abus de droit.

Les conditions de l'abus de droit seraient :

- a) un organisme de radiodiffusion s'établit dans un État membre ;

⁹² « Article 16 : Publicité et télé-achat s'adressant spécifiquement à une seule Partie

1. Afin d'éviter des distorsions de concurrence et la mise en péril du système télévisuel d'une Partie, la publicité et le télé-achat dirigés spécifiquement et fréquemment vers l'audience d'une seule Partie autre que la Partie de transmission ne doivent pas contourner les règles relatives à la publicité télévisée et au télé-achat dans cette Partie.

2. Les dispositions du paragraphe précédent ne s'appliquent pas lorsque :

a. les règles concernées établissent une discrimination entre les messages publicitaires ou le télé-achat transmis par des radio diffuseurs relevant de la compétence de cette Partie et la publicité ou le télé-achat transmis par un radiodiffuseur ou d'autres personnes physiques ou morales relevant de la compétence d'une autre Partie ; ou

b. les Parties concernées ont conclu des accords bi- ou multilatéraux en ce domaine ».

⁹³ « Article 24bis – Abus allégués des droits octroyés par la présente Convention

1. Lorsque le service de programmes d'un radiodiffuseur est entièrement ou principalement tourné vers le territoire d'une Partie autre que celle qui est compétente à l'égard de ce radiodiffuseur (la "Partie de réception"), et que ce radiodiffuseur s'est établi en vue de se soustraire aux lois dans les domaines couverts par la Convention qui lui seraient applicables s'il était établi sur le territoire de cette autre Partie, cela constitue un abus de droit.

2. Lorsqu'un abus de droit est allégué par une Partie, la procédure suivante s'applique:

a) les Parties concernées s'efforcent de parvenir à un règlement amiable;

b) si elles n'y parviennent pas dans un délai de trois mois, la Partie de réception porte la question devant le Comité permanent;

c) après avoir entendu les Parties concernées, et dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle il a été saisi, le Comité permanent émet un avis sur la question de savoir si un abus de droit a été ou non commis et le notifie aux Parties concernées.

3. Si le Comité permanent conclut à un abus de droit, la Partie considérée comme ayant compétence à l'égard du radiodiffuseur prend les mesures appropriées pour remédier à l'abus des droits et informe le Comité permanent de ces mesures.

4. Si la Partie compétente à l'égard du radiodiffuseur n'a pas pris les mesures évoquées au paragraphe 3 dans un délai de six mois, les Parties concernées se soumettent à la procédure d'arbitrage indiquée à l'article 26, paragraphe 2, et dans l'annexe à la Convention.

5. Une Partie de réception ne peut prendre de mesures à l'encontre d'un service de programmes avant la fin de la procédure d'arbitrage.

6. Toutes les mesures proposées ou prises en vertu du présent article doivent être conformes à l'article 10 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. »

⁹⁴ L. H. HANSEN, *op. cit.*, p. 116.

b) son activité est entièrement ou principalement tournée vers le territoire d'un autre État membre ;

c) le choix de cet établissement a eu lieu en vue de se soustraire aux règles qui seraient applicables à cet organisme s'il était établi sur le territoire de l'État membre de réception.

& II. L'arrêt *Veronica*⁹⁵

Par une ordonnance du 27 mai 1991, une juridiction néerlandaise saisit la Cour de Justice de plusieurs questions préjudicielles relatives à l'interprétation des dispositions du Traité CE concernant la libre prestation des services et les mouvements des capitaux en vue d'apprécier la compatibilité avec le droit communautaire d'une réglementation nationale imposant des restrictions aux activités d'organismes de radiodiffusion.

Le litige opposait l'association de droit néerlandais *Veronica Omroep Organisatie*, organisme non commercial de radiodiffusion établi aux Pays-Bas, à l'institution chargée de la surveillance de l'exploitation de la radiodiffusion, le *Commissariaat voor de Media*. Les dispositions néerlandaises en cause, la *Mediawet*, visaient l'interdiction imposée aux organismes de radiodiffusion ayant reçu un temps d'antenne, d'exercer d'autres activités que celles prévues par la loi ou autorisées par le *Commissariaat*. En contribuant à l'installation au Luxembourg d'un émetteur commercial de radiodiffusion destiné à atteindre les Pays-Bas et en lui apportant un soutien effectif⁹⁶, *Veronica* a violé les dispositions citées. Cependant, la juridiction nationale se demande si ces interdictions sont compatibles avec le droit

⁹⁵ Arrêt CJCE, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media*, 3 février 1993, Aff. C-148/91, Rec., p. I-487. Voir commentaires de cet arrêt par : C. BOLZE, « Règles de concurrence », Droit communautaire de l'entreprise, *RTDCDE*, 1993, pp. 436 – 439 ; W. HINS, « Case C-148/91, Vereniging Veronica Omroep Organisatie v. Commissariaat voor de Media, Judgement of 3 February 1993 », *CMLR*, 1994, vol. 31, pp. 901 – 911 ; J. – G. HUGLO, « Libre prestation des services », *Gaz. Pal.*, Jurisprudence, 1995, n° 344 – 346, p. 641 ; P. LAPORTE, « Affaire Vereniging Veronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media », *LPA*, 1994, n° 70, pp. 8 – 10. Nous mentionnons qu'antérieurement à l'arrêt *Veronica*, la Cour avait adopté, en matière de libre prestation des services d'assurance, l'arrêt CJCE, *Commission des Communautés européennes c. République Fédérale d'Allemagne*, 4 décembre 1986, Aff. 205/84, Rec., p. 3755 où on reprend la formule de l'arrêt *Van Binsbergen*, en donnant ainsi l'impression qu'il s'agirait d'un norme à application généralisée. Voir commentaires sur cet arrêt par C. J. BEER, H. GROUDEL, « Droit européen des assurances : liberté de prestation de services et coassurance », *RTDE*, 1987, pp. 83 – 104 ; D. EDWARD, « Establishment and Services : an analysis of the Insurance Cases », *ELR*, 1987, pp. 231 – 256 ; R. W. HODGIN, « Case 220/83, Commission v. France ; Case 252/83, Commission v. Denmark ; Case 205/84, Commission v. Federal Republic of Germany and Case 206/84, Commission v. Ireland, Judgements of the Court of Justice of 4 December 1986. An analysis of the insurance cases from a United Kingdom perspective », *CMLR*, 1987, vol. 24, pp. 273 – 289 ; J. STEENBERGEN, « La libre prestation des services dans le secteur de l'assurance », *CDE*, 1987, pp. 542 – 557 ; U. STÜRMER, « Freedom of insurance business in the EEC », *Journal of Business law*, 1988, pp. 92 – 98. La même formule avait été utilisée par la Cour dans l'arrêt CJCE, *Robert-Gerardus Coenen et autres c. Sociaal-Economische Raad*, 26 novembre 1975, Aff. 39/75, Rec., p. 1547.

⁹⁶ *Veronica* a participé au capital de la société de radiodiffusion établie au Luxembourg, a fourni à celle-ci une garantie bancaire, a élaboré un « *businessplan* » et lui a donné des conseils juridiques.

communautaire et en cas de réponse négative, si elles peuvent être justifiées par des objectifs tendant au maintien d'un cadre audiovisuel pluraliste et non commercial.

La Cour commence son raisonnement par un rappel de sa jurisprudence en matière d'émission de radiotélévision⁹⁷ pour souligner que la législation néerlandaise, la *Mediawet*, « vise à mettre en place un système de radiodiffusion et de télévision à caractère pluraliste et non commercial et s'insère ainsi dans une politique culturelle qui a pour but de sauvegarder, dans le secteur audiovisuel, la liberté d'expression des différentes composantes, notamment sociales, culturelles, religieuses ou philosophiques existant aux Pays-Bas »⁹⁸.

Ensuite, la Cour rappelle les principes affirmés dans l'arrêt *Van Binsbergen* pour ainsi considérer que

« [...] en interdisant aux organismes nationaux de radiodiffusion d'aider à la création de sociétés commerciales de radio et de télévision à l'étranger, dans le but d'y prêter des services à destination des Pays-Bas, la législation néerlandaise en cause dans l'affaire au principal aboutit précisément à empêcher que, à la faveur de l'exercice des libertés garanties par le traité, ces organismes puissent se soustraire abusivement aux obligations découlant de la législation nationale, relatives au contenu pluraliste et non commercial des programmes »⁹⁹.

Par voie de conséquence, l'exigence que les organismes nationaux de radiodiffusion n'exercent pas d'autres activités que celles prévues par la loi ou autorisées par le *Commissariaat voor de Media* n'est pas incompatible avec le droit communautaire. Les expressions utilisées dans le point 13 de l'arrêt *Veronica*, « dans le but d'y prêter des services à destination des Pays-Bas... » et « puissent se soustraire abusivement aux obligations » nous font penser au raisonnement de l'arrêt *Van Binsbergen* où l'accent est mis sur l'élément intentionnel. Cependant, à différence de cet arrêt où les mesures prises par un État membre pour empêcher le contournement de son droit national s'avèrent compatibles avec le droit communautaire sans nécessité d'activer le mécanisme des raisons impérieuses d'intérêt général, la Cour statue, dans l'affaire *Veronica*, que ce type de mesures sont compatibles avec le droit communautaire, mais continue en analysant l'existence des objectifs légitimes pouvant justifier les mesures : « lorsque [...] ces interdictions sont nécessaires pour garantir le caractère pluraliste et non commercial du système audiovisuel »¹⁰⁰.

⁹⁷ Il s'agit des arrêts CJCE, *Commission c. Pays-Bas*, 25 juillet 1991, Aff. C-353/89, Rec., p. I-4069 et *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, 25 juillet 1991, Aff. C-288/89, Rec., p. I-4007. Voir commentaires de ces arrêts par : B. EDELMAN, « Note sur l'arrêt GOUDA », *Recueil Dalloz Sirey*, Jurisprudence, 1992, pp. 537 – 540 ; J. FEENSTRA, « Case C-288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda and others v. Commissariaat voor de Media, Judgement of 25 July 1991, [1991] ECR, I-4007 ; Case C-353/89, Commission of the European Communities v. Kingdom of the Netherlands, Judgement of 25 July 1991, [1991] ECR, I-4069 », *CMLR*, 1993, vol. 30, pp. 424 – 432 ; F. JONGEN, « La législation audiovisuelle néerlandaise au regard du Traité CEE », *CDE*, 1992, n° 5-6, pp. 644 – 652.

⁹⁸ Point 9 de l'arrêt *Veronica*.

⁹⁹ Point 13 de l'arrêt *Veronica*.

¹⁰⁰ Point 15 de l'arrêt *Veronica*.

Il n'est plus évident si une prohibition, pour ne pas constituer une restriction à la libre prestation des services, doit poursuivre un objectif d'intérêt général ou s'il est suffisant qu'il s'agisse de prévenir le contournement du droit national¹⁰¹.

Il convient de souligner aussi qu'en espèce, la législation n'était pas discriminatoire et qu'elle ne contraignait que les organismes nationaux de radiodiffusion. Ainsi Veronica et les autres associations du même type souffraient une discrimination à rebours qui les incitait à changer leur situation par une assimilation à des sociétés étrangères pour ainsi échapper aux règles plus strictes du droit national.

L'Avocat Général Tesauro, dans ses conclusions présentées le 18 novembre 1992 sur l'affaire *Veronica*, avait considéré que l'interdiction générale de toute prestation de services, dans un domaine déterminé, ne saurait être justifiée par l'existence d'un risque de fraude¹⁰², des prohibitions ou des conditions spécifiques pouvant cependant être déclarées compatibles avec l'article 49 du Traité CE sur le fondement de cette réserve de fraude. La jurisprudence *Van Binsbergen* s'appliquerait à des « *cas individuels d'abus* » mais ne pourrait pas exclure une catégorie d'opérateurs d'une manière générale¹⁰³. Dans l'arrêt *Veronica*, il ne s'agissait pas d'une exclusion générale de la libre prestation de services, mais d'un cas particulier d'abus et pour cette raison il a été admis par la Cour de Justice¹⁰⁴.

Par l'arrêt *Veronica*, la Cour ouvre la possibilité d'élargir la philosophie *Van Binsbergen* : la Cour reconnaît explicitement le droit d'un État membre de prendre des mesures pour combattre l'usage des libertés de circulation pour échapper à la législation nationale. Certains auteurs, comme W. Hins¹⁰⁵, font une analogie avec l'arrêt *Groppera*¹⁰⁶ de la Cour Européenne

¹⁰¹ L. H. HANSEN, *op. cit.*, p. 122.

¹⁰² Arrêt CJCE, *Commission des Communautés Européennes c. Royaume de Belgique*, 16 décembre 1992, Aff. C-211/91, Rec., p. I-6757. Voir commentaires de cet arrêt par : M. – C. BOUTARD – LABARDE, « Services – Télédistribution – Condition relative à la langue des programmes », *JDI*, 1993, pp. 429 – 430 ; C. FAYAT, « Note sur l'arrêt Commission c. Belgique, 16.12.1992 », *LPA*, 1995, n° 6, pp. 20 – 22. Il présente un intérêt particulier le point 12 de l'arrêt : « *S'il est vrai que l'État destinataire peut prendre des dispositions destinées à empêcher que la liberté garantie par l'article 59 soit utilisée par un prestataire dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée vers son territoire, en vue de se soustraire aux règles professionnelles qui lui seraient applicables au cas où il serait établi sur le territoire de cet État, il n'en résulte par pour autant qu'il soit loisible à un État membre d'exclure de façon générale que certains services puissent être fournis par des opérateurs établis dans d'autres États membres, ce qui reviendrait à supprimer la liberté de prestation des services* ».

¹⁰³ Voir aussi les conclusions de l'Avocat Général Tesauro sur l'affaire *Commission des Communautés Européennes c. Royaume de Belgique*, précitée, présentées le 24 novembre 1992, point 4.

¹⁰⁴ J. – G. HUGLO, « Droit d'établissement et libre prestation des services », *RTDE*, 1993, n° 4, p. 665. L'Avocat Général Tesauro avait conclu que les mesures nationales en cause ne restreignent pas la libre prestation de services, mais qu'il est obligé d'analyser les possibles justifications pour le cas où la Cour de Justice constaterait qu'il s'agit des restrictions. Ensuite l'Avocat Général observe que la circonstance qu'un organisme de radiodiffusion national contribue à la création d'une société de télévision installée à l'étranger, mais qui émet principalement à destination des Pays-Bas a pour conséquence que cet organisme ait un temps d'antenne supérieur à celui qui lui a été assigné et qui est concédé en fonction du nombre des membres de chaque organisme. Par voie de conséquence le pluralisme que la loi a entendu préserver sera affecté.

¹⁰⁵ W. HINS, *op. cit.*, pp. 909 – 910.

des Droits de l'Homme. Le gouvernement suisse avait interdit la retransmission par câble de programmes radio commerciales diffusés à partir de l'Italie par Groppera, une société de droit italien mais contrôlée par des Suisses. Face à l'argument des demandeurs que l'interdiction est contraire aux dispositions de l'article 10 de la Convention européenne pour la sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, la Cour a répondu que :

« Enfin et surtout, le procédé choisi pouvait sembler s'imposer pour déjouer une fraude à la loi; il ne constituait pas une forme de censure dirigée contre le contenu ou l'orientation des programmes en question, mais une mesure prise contre une station que les autorités de l'État défendeur pouvaient raisonnablement considérer comme une véritable station suisse opérant de l'autre côté de la frontière afin d'échapper au système légal de télécommunications en vigueur dans la Confédération »¹⁰⁷.

L'analogie entre la jurisprudence de deux Cours est intéressante et peut constituer un argument pour soutenir que l'interdiction du contournement du droit national par l'invocation des normes supranationales a une portée générale au-delà du droit communautaire.

& III. L'arrêt *TV10*¹⁰⁸

Un organisme commercial de radiodiffusion établi au Luxembourg, diffusant ses programmes par l'intermédiaire du satellite, TV10, a été poursuivi pour infraction à la loi néerlandaise réglementant les activités de radiotélévision, la *Mediawet*. Le *Commissariaat voor de Media* a estimé que TV10 s'était installée au Luxembourg dans l'intention manifeste de se soustraire à la *Mediawet* et qu'elle ne pouvait pas être regardée comme un organisme de radiodiffusion étranger au sens de ce texte. Par deux questions préjudicielles, la Cour de Justice est invitée à se prononcer, d'une part, sur l'applicabilité de l'article 49 du Traité dans des cas comme celui de l'espèce où le particulier présente l'intention manifeste, inférée de circonstances objectives, de se soustraire au droit national, et, d'autre part, sur la compatibilité

¹⁰⁶ Arrêt CEDH, *Groppera Radio Ag et autres c. Suisse*, 28 mars 1990, Requête n°10890/84.

¹⁰⁷ Point 73 de l'arrêt *Groppera*.

¹⁰⁸ Arrêt CJCE, *TV10 SA c. Commissariaat voor de Media*, 5 octobre 1994, Aff. C-23/93, Rec., p. I-4795. Voir commentaires de cet arrêt par : M. – C. BOUTARD – LABARDE, « Fraude à la loi. Jurisprudence anticcontournement. Préservation du caractère pluraliste et non commercial du système audiovisuel. Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP ed. G*, 1995, n° I. 3831, pp. 126 – 127 ; A. GRATANI, E. ADOBATI, « Mantenimento di un sistema radiotelevisivo pluralistico e non commerciale », *Dir. Com. Scamb. Int.*, 1995, pp. 334 – 336 ; L. IDOT, « Libre prestation de services. – Notion. – Emission de messages télévisés. – Exercice de la liberté. – Limite. – Fraude. », *Revue Europe*, décembre 1994, pp. 12 – 13 ; G. STRAEMANS, C. GOEMANS, « TV10 », *CJEL*, 1995, n° 2, pp. 319 – 331 ; P. WATTEL, « Case C-23/93, *TV10 SA v. Commissariaat voor de Media*, Judgement of 5 October 1994 ; Circumvention of national law ; Abuse of Community law ? », *CMLR*, 1995, vol. 32, pp. 1257 – 1270.

des restrictions imposées par l'État membre avec les articles 10 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Premièrement, il convient de souligner que les conclusions de l'Avocat Général Lenz présentées le 16 juin 1994 apportent une précision importante, confirmée par la jurisprudence postérieure : la constatation de l'existence de l'abus relève de la seule compétence de la juridiction de l'État membre. Cependant, la Cour de Justice a la compétence d'établir les conditions de cette appréciation, c'est-à-dire la prise en compte seulement des critères objectifs ou aussi subjectifs tels que l'intention ou les motifs, même si ces derniers peuvent s'avérer difficiles à prouver dans le cas d'une personne morale¹⁰⁹.

Après un panorama de la jurisprudence communautaire en matière d'abus de droit¹¹⁰, l'Avocat Général Lenz contribue substantiellement à la construction d'une théorie générale de la notion en droit communautaire. La question principale était de savoir si l'abus de droit doit être apprécié sur des critères objectifs ou subjectifs, ou s'il faut les prendre cumulativement. Selon lui, l'élément intentionnel a une importance particulière dans l'appréciation du comportement des personnes physiques. C'était le cas dans les arrêts *Van Binsbergen*, *Knoors* ou *Van Bijl*, précités. Toutefois, ce critère perd son importance dans le cas d'une personne morale. La personne morale n'est pas susceptible d'avoir des comportements subjectifs. Une inclusion uniforme, valable pour tous les États membres dans le cadre du droit communautaire, des actes des personnes physiques dans le domaine de la responsabilité de la personne morale ne saurait être établie que dans le cadre d'une étude de droit comparé. En l'absence de la constatation préalable d'une telle situation juridique communautaire, l'utilisation des critères subjectifs pour l'appréciation du comportement d'une personne morale apparaît problématique. Par voie de conséquence, l'Avocat Général considère qu'il faut utiliser seulement des critères objectifs dans l'appréciation du contournement de la législation, s'agissant d'une personne morale¹¹¹.

L'Avocat Général exclut le critère de la nationalité des fondateurs, des gérants et des employés de la personne morale en cause, car tant l'article 48 CE comme la jurisprudence communautaire empêchent l'utilisation de ce critère en vue de déterminer le rattachement d'une société à l'ordre juridique d'un État membre. De plus, la création d'une personne morale peut constituer la première phase de manœuvre du contournement¹¹². Au contraire,

¹⁰⁹ Point 22 des conclusions.

¹¹⁰ L'Avocat Général invoque des arrêts célèbres en matière de libre circulation des marchandises, des travailleurs, du droit d'établissement, ainsi que la jurisprudence antérieure en matière de libre prestation des services, pour conclure dans un premier temps que : « Un État membre est autorisé à prendre des mesures destinées à empêcher un prestataire de services dont l'activité est entièrement ou principalement tournée vers cet État membre d'invoquer la libre prestation de services afin de se soustraire à la réglementation applicable à cette activité professionnelle » (point 53).

¹¹¹ Point 61 des conclusions.

¹¹² Point 64 des conclusions.

l'appréciation de l'abus de droit pourrait se faire sur d'autres critères objectifs comme la date de la mise en œuvre, le contenu et l'objet de l'activité de la société. Même si la Cour de Justice ne peut pas statuer sur le litige source des questions préjudicielles, elle peut, selon l'Avocat Général, au moins indiquer que les éléments de fait portés à la connaissance de la Cour relèvent des indices de contournement, tels que l'impossibilité objective d'émettre sur le territoire néerlandais dans la forme choisie par TV10, le contenu et la destination des programmes et l'arrêt complet de l'activité d'émission après l'interdiction d'intégration des programmes dans le réseau câblé néerlandais¹¹³. L'Avocat Général conclut que, si des éléments objectifs font la preuve que la législation d'un État membre a fait l'objet d'un contournement, l'appartenance d'une personne morale à l'ordre juridique d'un autre État membre, déterminée par son siège social, ne saurait faire obstacle aux mesures que l'État membre prend pour s'y opposer, y compris le fait de la traiter comme une personne morale nationale n'ayant pas un statut d'organisme étranger de diffusion¹¹⁴. En conclusion, l'application indistincte des règles régissant les organismes nationaux est autorisée sous réserve que l'activité soit totalement ou de façon prépondérante dirigée vers le territoire de cet État membre et que le prestataire utilise la libre prestation des services pour se soustraire aux dispositions qui lui seraient applicables s'il était domicilié sur le territoire de cet État membre¹¹⁵.

En ce qui concerne l'applicabilité des règles relatives aux prestations de services, la Cour rappelle que l'émission de messages télévisés relève, en tant que telle, des règles du Traité relatives aux prestations de services. Ensuite, la Cour souligne que

« La circonstance que [...] TV10 se soit établie au grand-duché de Luxembourg dans le but d'échapper à la législation néerlandaise n'exclut pas que ses émissions puissent être considérées comme des services au sens du Traité. En effet, cette question est distincte de celle de savoir quelles sont les mesures qu'un État est autorisé à prendre pour empêcher le prestataire des services établi dans un autre État membre de contourner sa législation interne »¹¹⁶.

Par voie de conséquence, il s'agit d'une prestation transfrontalière, donc pas d'une situation interne et le principe de la libre prestation des services est applicable. La possible fraude n'enlève pas le caractère intracommunautaire de l'affaire et elle peut seulement légitimer une limitation de la libre prestation des services. Quant à la légitimité des restrictions apportées par l'État membre à la libre prestation des services, la Cour a suivi son

¹¹³ Point 67 des conclusions.

¹¹⁴ Point 68 des conclusions.

¹¹⁵ Point 90 des conclusions.

¹¹⁶ Point 15 de l'arrêt TV10.

raisonnement de l'arrêt *Veronica*, en deux étapes. En premier lieu, la Cour rappelle que la *Medianet* vise à mettre en place un système de radiodiffusion et de télévision à caractère pluraliste et non commercial et s'insère ainsi dans une politique culturelle qui a pour but de sauvegarder la liberté d'expression des différentes composantes, notamment sociales, culturelles, religieuses ou philosophiques existant au Pays-Bas¹¹⁷. De tels objectifs de politique culturelle sont des objectifs d'intérêt général qu'un État membre peut légitimement poursuivre en élaborant le statut de ses propres organismes de radiodiffusion¹¹⁸.

En deuxième lieu, la Cour rappelle l'arrêt *Van Binsbergen*¹¹⁹ pour ainsi estimer qu'un État membre peut considérer comme un organisme national de radiodiffusion un organisme qui s'installe dans un autre État membre pour contourner le droit national du premier État membre, évidemment plus restrictif. Cette faculté accordée à l'État membre a pour objet « d'empêcher que, à la faveur de l'exercice des libertés garanties par le Traité, les organismes qui s'établissent dans un autre État membre puissent se soustraire abusivement aux obligations découlant de la législation nationale, en l'espèce celles visant à garantir le contenu pluraliste et non commercial de programmes »¹²⁰. Il convient de rappeler que dans le cas de la société TV10, le siège réel et le siège social coïncidaient au Luxembourg. Seulement les émissions télévisuelles étaient dirigées vers un autre pays membre. Dans ce contexte, il paraissait logique que la *lex originis* était la loi luxembourgeoise et que la loi du pays de destination, la loi hollandaise, n'était applicable que pour des raisons impérieuses d'intérêt général¹²¹. Au contraire, la Cour de Justice établit que la *lex originis* était la loi du pays de destination des services¹²², ce qui paraît une solution contraire à ce qu'elle avait décidé dans la jurisprudence *Centros*. Pourtant la justification d'une telle contradiction aurait comme fondement la différence entre le régime juridique de l'établissement principal, d'une part, et celui de l'établissement secondaire ou de la prestation de services, d'autre part. La loi du pays de l'établissement principal sera compétente pour régir les conditions de constitution et de contrôle de l'activité de la société. La loi du pays de destination de la prestation de services ou du lieu de l'établissement secondaire sera applicable dans les limites du respect du principe de la reconnaissance mutuelle. Dans ce contexte, le fait de considérer un organisme établi à l'étranger comme un organisme national ne signifie pas qu'il sera considéré comme ayant son établissement principal dans le pays de destination des

¹¹⁷ Point 18 de l'arrêt *TV10*.

¹¹⁸ Point 19 de l'arrêt *TV10*.

¹¹⁹ Point 20 de l'arrêt *TV10*.

¹²⁰ Point 21 de l'arrêt *TV10*.

¹²¹ S. SÁNCHEZ LORENZO, « El Derecho europeo de sociedades y la sentencia *Centros* : la relevancia de la 'sede real' en el ámbito comunitario », *op. cit.*, p. 154.

¹²² *Ibidem*.

prestations de services. C'est une « *fiction* » juridique permettant à l'État de destination d'appliquer ses normes nationales à l'organisme établi à l'étranger¹²³.

L. Idot voit dans l'affaire *TV10* le premier cas où la Cour sanctionne la fraude à la loi. Cette sanction serait l'assimilation d'un organisme étranger à un organisme national dès lors que ses activités sont entièrement ou principalement tournées vers l'État membre concerné. Cependant, L. Idot reste prudente et se demande si l'audace dont fait preuve cet arrêt a été déterminée par la spécificité de l'audiovisuel ou par une tendance à interpréter de manière restrictive la libre prestation des services¹²⁴. Avec la réforme de 2007 de la directive « *Télévision sans frontières* », ce type de sanction directe de l'abus de droit serait substitué par une procédure administrative se trouvant sous le contrôle de la Commission européenne, ce qui en pratique suppose une nouvelle limitation des compétences des États membres.

& IV. L'arrêt *VT4*¹²⁵

Dans cette affaire la Cour est invitée à se prononcer sur l'interprétation à donner à l'article 2 de la directive « *Télévision sans frontières* »¹²⁶ portant sur les critères pour déterminer les organismes de radiodiffusion télévisuelle qui relèvent de la compétence d'un État membre. La protagoniste est maintenant la société de droit anglais, VT4, ayant son siège à Londres. Le programme diffusé par VT4 s'adresse, en langue néerlandaise, aux téléspectateurs flamands. En 1995, le Ministre flamand de la Culture et des Affaires bruxelloises a adopté une décision interdisant la retransmission du programme de VT4 par les câblodistributeurs en Flandre. Le Ministre soutenait que VT4 doit être considérée comme étant un organisme flamand de radiodiffusion télévisuelle qui s'était établi dans un autre État membre dans le seul but de contourner la législation de la Communauté flamande. Même admettant que VT4 serait un organisme établi au Royaume-Uni, la législation flamande autoriserait un seul organisme de

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ L. IDOT, « Libre prestation de services. – Notion. – Emission de messages télévisés. – Exercice de la liberté. – Limite. – Fraude. », *op. cit.*, p. 13.

¹²⁵ Arrêt CJCE, *VT4 Ltd c. Vlaamse Gemeenschap*, 5 juin 1997, Aff. C- 56/96, Rec., p. I-3143. Voir commentaires de cet arrêt par : B. EDELMAN, « Note sur l'arrêt VT4 », *Recueil Dalloz Sirey*, 1999, Jurisprudence, pp. 192 – 194 ; J. – G. HUGLO, « Libre prestation des services et liberté d'établissement », *RTDE*, juillet – septembre 1997, pp. 454 – 458 ; M. LUBY, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de Justice des Communautés Européennes. Libre circulation des personnes et des services », *JDI*, 1998, pp. 522 – 524.

¹²⁶ « 1. Chaque État veille à ce que toutes les émissions de radiodiffusion télévisuelle transmises :

- par des organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de sa compétence

ou

- [...]

respectent le droit applicable aux émissions destinées au public dans cet État membre.

2. Les États membres assurent la liberté de réception et n'entravent pas la retransmission sur leur territoire d'émissions de radiodiffusion télévisuelle en provenance d'autres États membres pour des raisons que relèvent des domaines coordonnés par la présente directive. [...] ».

radiodiffusion télévisuelle privé, à savoir VTM. VT4 ne pourrait pas être autorisée parce qu'elle ne remplissait pas les conditions imposées par le Décret du 4 mai 1994, et en particulier celle voulant qu'elle soit soumise au contrôle effectif de l'autre État membre, c'est-à-dire le Royaume-Uni.

L'Avocat Général Lenz, dans ses Conclusions sur l'affaire présentées le 6 février 1997, ne perd pas l'occasion de faire quelques précisions sur la question de l'abus de droit¹²⁷. L'Avocat Général se demande si la jurisprudence communautaire sur l'abus de droit en matière de libre prestation des émissions radiotélévisuelles continue à être applicable après l'adoption de la directive « *Télévision sans frontières* ». En réitérant ses conclusions présentées dans l'affaire *Commission c. Belgique* de 10 novembre 1996¹²⁸, l'Avocat Général répond de manière affirmative à cette question. Cependant, « *cette jurisprudence n'est applicable que lorsque l'organisme de radiodiffusion télévisuelle en question agit de manière abusive, ce qu'il faut vérifier avec rigueur* »¹²⁹.

L'Avocat Général refuse de voir un abus de droit dans la présente affaire pour plusieurs raisons. En premier lieu, celui qui exerce la liberté d'établissement ne commet pas un abus pour ce seul fait. En deuxième lieu, il faut que soient en cause des dispositions nationales qui assurent la protection des valeurs importantes, comme c'était le cas dans l'affaire *TV10*, mais ce n'est pas le cas dans l'affaire *VT4*. En troisième lieu, dans l'affaire *TV10*, l'organisme de radiodiffusion télévisuelle avait la possibilité d'émettre ses programmes à partir de Luxembourg pour autant qu'il remplissait les conditions de la législation néerlandaise. Cependant, dans l'affaire *VT4*, cela n'était pas possible en raison du monopole de VTM¹³⁰.

La Cour de Justice constate que l'article 2 de la directive « *Télévision sans frontières* » doit être interprété dans le sens qu'un organisme de radiodiffusion télévisuelle relève de la compétence de l'État membre dans lequel il est établi. Lorsqu'il existent plusieurs établissements d'un même organisme, l'État membre compétent est celui dans lequel cet organisme a le centre de ses activités¹³¹. Le seul fait que toutes les émissions et tous les

¹²⁷ Points 35 à 38 des conclusions.

¹²⁸ Arrêt CJCE, *Commission c. Belgique*, 10 novembre 1996, Aff. C-11/95, Rec., p. I-4115. Voir commentaires de cet arrêt par : R. – M. BORGES, « La directive "télévision sans frontières" : quelques précisions sur des notions fondamentales », *LPA*, 1997, n° 122, pp. 22-25 ; C. DOUTRELEPONT, « Le secteur audiovisuel et la libre prestation des services dans l'Union européenne. Analyse de l'affaire *Commission c/ Belgique*, 11/95 », in C. DOUTRELEPONT, M. WAELBROECK (sous la direction de), *Questions de droit de l'audiovisuel européen*, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 145 – 166 ; M. LUBY, « Libre prestations des services », *JDI*, 1997, pp. 569 – 571.

¹²⁹ Point 37 des conclusions.

¹³⁰ Point 38 des conclusions.

¹³¹ Point 19 de l'arrêt *VT4*.

messages publicitaires soient exclusivement destinés au public flamand ne démontre pas que VT4 ne soit pas établie au Royaume-Uni¹³².

Au delà de l'interprétation donnée à l'article 2 de la directive, nous observons le mutisme de la Cour quant à une éventuelle exception de fraude, alors que l'objectif de la société VT4 était évidemment celui de contourner la rigueur de la législation flamande et profiter des dispositions communautaires. Cependant aucune question préjudicielle ne portait sur ce point. Mais la Cour avait déjà adopté une attitude prudente à propos de la réserve de la fraude, en indiquant que la crainte que les libertés garanties par le Traité soient utilisées dans le seul but de contourner le droit national ne suffit pas « à autoriser un État à exclure de façon générale que certains services puissent être fournis par des opérateurs établis dans d'autres États membres, car cela reviendrait à supprimer la libre prestation de services »¹³³. Dans l'arrêt VT4, la Cour paraît admettre que le principe mentionné ne trouverait pas application en présence d'un texte d'harmonisation. Cela reviendrait à dire que la directive est contraire au Traité, et en particulier à l'article 59 qui, conformément à la jurisprudence communautaire, incorpore la réserve de fraude. Il résulte que l'État de réception ne pourra réaliser aucun contrôle parce qu'il n'a pas la compétence au sens de l'article 2 de la directive¹³⁴. Dans le même sens se prononce J. – G. Huglo¹³⁵ qui doute que la solution de la jurisprudence *Veronica* soit encore valable. Il ne serait pas évident que la réserve de la fraude puisse encore trouver son effectivité après l'adoption de la directive « *Télévision sans frontières* ». Pour argumenter son opinion, M. Huglo invoque la jurisprudence en matière de libre circulation des marchandises selon laquelle le recours aux exceptions de l'article 36 du Traité ou aux exigences impératives n'est plus permis aux États membres en cas d'harmonisation exhaustive¹³⁶. Toutes les exceptions à la libre circulation doivent se faire dans les conditions prévues par la directive. Dans ces circonstances, il serait souhaitable que le législateur communautaire organise les émissions de télédiffusion en délimitant les pouvoirs de contrôle respectifs de l'État membre d'origine et de l'État membre de réception pour éliminer toute nécessité du mécanisme de réserve de la fraude.

Il est regrettable que la Cour n'ait pas développé un raisonnement sur la question du contournement du droit national et sur les différences entre cette affaire et la jurisprudence *TV10*. Dans l'opinion de M. Gardeñes Santiago, l'arrêt VT4 indique le fait que la notion de fraude, par son pouvoir de limiter l'application des libertés de circulation, doit recevoir une

¹³² Point 22 de l'arrêt VT4.

¹³³ Point 65 de l'arrêt *Commission c. Belgique*, 10 novembre 1996, précité.

¹³⁴ M. LUBY, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de Justice des Communautés Européennes. Libre circulation des personnes et des services », *op. cit.*, p. 524.

¹³⁵ J. – G. HUGLO, « Libre prestation des services et liberté d'établissement », *op. cit.*, p. 458.

¹³⁶ Arrêt CJCE, *Carlo Tedeschi contre Denkavit Commerciale s.r.l.*, 5 octobre 1977, Aff. 5/77, Rec., p. 1555.

interprétation limitative¹³⁷. L'arrêt *VT4* ouvre le débat sur la pertinence de la notion d'abus de droit dans le cas où il y a une harmonisation du domaine en cause. Il convient de s'interroger si le principe d'abus opère de manière indépendante de la directive ou, au contraire, s'il ne trouve aucune application.

& V. Les conclusions de l'Avocat Général Jacobs sur l'affaire *De Agostini*¹³⁸

La question préjudicielle qui fait l'objet de cette affaire visait la compatibilité avec le droit communautaire des règles nationales relatives à la publicité télévisée. De Agostini est une société suédoise appartenant à un groupe italien. TV3 est une société domiciliée au Royaume-Uni qui diffuse des programmes télévisés à partir de cet État vers le Danemark, la Suède et la Norvège. TV3 a transmis en Suède une publicité de De Agostini sur le magazine pour enfants « *Tout sur les dinosaures* ». En considérant qu'il s'agit de la publicité trompeuse, l'Ombudsman des consommateurs a décidé d'interdire la transmission de cette publicité. Cependant, De Agostini considère que la législation suédoise est contraire aux articles 30 et 59 du Traité et à la directive « *Télévision sans frontières* ».

Bien que la Cour reste muette sur la question d'une possible fraude à la loi, l'Avocat Général Jacobs analyse¹³⁹ en détail le troisième argument invoqué par l'Ombudsman des consommateurs selon lequel la directive ne serait pas applicable en l'espèce parce qu'elle ne concerne pas les publicités diffusées au cours d'émissions télévisées visant spécifiquement l'État de réception et destinées uniquement à ce dernier. L'Ombudsman s'appuie principalement sur la jurisprudence *Van Binsbergen*.

Après avoir rappelé les principales conclusions tirées des arrêts *Veronica* et *TV10*, l'Avocat Général Jacobs affirme de manière univoque :

¹³⁷ M. GARDEÑES SANTIAGO, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, op. cit., p. 98.

¹³⁸ Arrêt CJCE, *Konsumentombudsmannen (KO) c. De Agostini (Svenska) Färlog AB et TV-Shop i Sverige AB*, 9 juillet 1997, Aff. Jtes. C-34/95, C-35/95, C-36/95, Rec., p. I-3843. Voir commentaires de cet arrêt par : A. CRISCUOLO, « The 'TV without frontiers' Directive and the legal regulation of publicity in the European Community », *ELR*, 1998, pp. 357 – 363; M. LUBY, « Libre prestation de services. – Directive n° 89/550 du 3 octobre 1989. – Article 59 du Traité. – Publicité télévisée diffusée à partir d'un État membre. – Interdiction de la publicité trompeuse. – Interdiction de la publicité visant les enfants », *JDI*, 1998, pp. 525 – 526 ; M. PULLEN, « Advocate General reinforces the principles of country of origin control under the Television without frontiers Directive », *ECLR*, 1996, pp. 453 – 461 ; J. SNELL, « De Agostini and the Regulation of Television Broadcasting », *EBLR*, October 1997, pp. 222 – 227 ; J. STUYCK, « Joined Cases C-34/95, C-35/95 and C-36/95, Konsumentombudsmannen (KO) v. De Agostini (Svenska) Färlog AB and Konsumentombudsmannen (KO) v. TV-Shop i Sverige AB, Judgement of 9 July 1997 », *CMLR*, 1997, vol. 34, pp. 1445 – 1468 ; A. VERHOEVEN, « De Agostini & TV-Shop », *CJEL*, 1997/1998, n° 3, pp. 479 - 491.

¹³⁹ Conclusions présentées le 17 septembre 1996.

« On peut voir dans le principe de l'arrêt *Van Binsbergen* une simple application du principe général de l'abus des droits¹⁴⁰, reconnu dans la plupart des systèmes juridiques. En tant que tel, on pourrait s'attendre à ce qu'il demeure susceptible d'application dans le secteur de la diffusion télévisuelle en dépit de la mise en œuvre de la directive télévision »¹⁴¹.

L'Avocat Général met ainsi fin à la controverse ouverte par l'arrêt *VT4* quant à l'application de la notion d'abus dans un domaine harmonisé, mais pas totalement¹⁴². De plus, l'élévation de l'abus de droit en tant que principe général du droit communautaire que l'Avocat Général met en évidence ne fait peut-être qu'anticiper une future attitude de la part de la Cour de Justice dans le même sens.

Au delà de cette tolérance à propos de la notion d'abus, l'Avocat Général attire l'attention sur le fait que, en tant qu'exception aux libertés de circulation, cette notion doit faire l'objet d'une interprétation restrictive. En tout cas, le principe de l'abus de droit ne permet pas à un État membre d'exclure de façon générale que certains services puissent être fournis par des opérateurs établis dans d'autres États membres, car cela reviendrait à supprimer la libre prestation des services¹⁴³.

L'Avocat Général exclut l'application du principe d'abus de droit dans l'affaire *De Agostini* pour plusieurs raisons. En premier lieu, étant donné que « les intérêts protégés par les règles dont on prétend qu'elles sont contournées entrent dans le champ d'application de la directive », l'application du principe d'abus de droit violerait « fondamentalement » le principe de l'État de transmission, « qui constitue lui-même l'expression première de l'objectif de la directive, qui est d'abolir les obstacles à la libre circulation des services en vue de l'instauration du marché intérieur »¹⁴⁴. C'est pour cette raison que la directive « *Télévision sans frontières* » ne contient aucune disposition similaire à l'article 16 de la Convention européenne sur la télévision transfrontalière du 5 mai 1989¹⁴⁵. En deuxième lieu, on ne peut pas déduire du simple fait qu'un organisme de radiodiffusion télévisuelle établi

¹⁴⁰ Il convient de mettre en évidence la terminologie utilisée par l'Avocat Général Jacobs. Il utilise l'expression « *abus des droits* » et non « *abus de droit* ». Il ne faut pas chercher des justifications juridiques de cette différence. Il s'agit plutôt d'une traduction défectueuse de l'anglais (« *abuse of rights* »), la langue à partir de laquelle la traduction a été faite.

¹⁴¹ Point 45 des conclusions.

¹⁴² « L'exception de la fraude à la loi pourra être invoquée dans des domaines harmonisés mais qui ne sont pas complètement harmonisés et dans lesquels les États disposent d'une marge de manœuvre, de telle façon qu'un opérateur économique trouve un intérêt à tirer parti des disparités de protection. Toutefois, dans l'utilisation de la marge de manœuvre qui leur serait laissée par la directive, les États ne peuvent édicter des conditions qui seraient formellement ou matériellement discriminatoires ou qui s'avèreraient contraires à la directive » (C. DOUTRELEPONT, *op. cit.*, p. 163). Comme expliqué déjà, la question de si l'abus de droit se manifeste que dans des domaines non harmonisés ou harmonisés de manière incomplète a reçu déjà une réponse dans la jurisprudence communautaire. L'abus de droit se manifeste aussi dans des domaines harmonisés mais de manière différente, en présentant des manifestations particulières.

¹⁴³ Point 45 des conclusions.

¹⁴⁴ Point 46 des conclusions.

¹⁴⁵ Nous saisissons ici le manque de cohérence dont fait preuve l'Avocat Général. Après avoir admis que le principe de l'abus de droit s'applique en dépit de la mise en œuvre de la directive, il considère maintenant que ce principe serait contraire au principe de l'État de transmission, tel que consacré par la directive.

dans un État membre diffuse des émissions destinées à être reçues dans un autre État membre que l'organisme en question cherche à éluder la législation applicable dans l'État membre de réception. « *Le radiodiffuseur doit avoir agi 'wrongfully ou improperly'*¹⁴⁶ pour que le principe de l'arrêt *Van Binsbergen s'applique* »¹⁴⁷. En troisième lieu, l'activité de TV3 n'était pas entièrement ou principalement dirigée vers l'État membre dont la législation elle cherche à éluder¹⁴⁸.

Finalement, l'Avocat Général apporte un autre élément nouveau à la théorie de l'abus de droit en droit communautaire. Si les notions d'abus ou de fraude sont intimement, même si non exclusivement, liées à la concurrence entre les systèmes réglementaires des États membres, « *il ne serait ni souhaitable ni praticable [...] d'établir une règle générale quant au degré de similitude requis, du point de vue juridique [entre les systèmes législatifs], pour exclure ou pour déclencher l'application du principe* »¹⁴⁹. En tout cas, même s'il est accepté, le principe de l'abus de droit ne serait pas de quelque secours en l'espèce. À différence de la jurisprudence *Veronica* et *TV10*, le principe doit être invoqué non contre TV3, le prestataire des services, mais contre l'annonceur, De Agostini. Cela signifierait, selon l'Avocat Général, une extension non acceptable du champ d'application de l'abus de droit¹⁵⁰.

La principale conclusion à laquelle arrive l'Avocat Général Jacobs consiste dans la reconnaissance de l'autorité juridique de l'abus de droit en tant que principe général¹⁵¹. Il existe et il s'applique même si une directive a été adoptée dans le domaine visé. Ce qu'il faut reprocher à l'Avocat Général est le fait de n'avoir pas développé la théorie de l'abus de droit quant à ses éléments constitutifs.

Section III. Le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services transnationale

Un autre domaine de manifestation de l'abus de droit dans le cadre de la libre prestation des services est le détachement des travailleurs. Il s'agit principalement de la tendance des entreprises à s'établir dans des pays à législation moins contraignante et, par le

¹⁴⁶ Bien qu'en français le terme « *de manière abusive* » est plus fort, étant donné qu'il n'y avait pas d'adverbe équivalent en néerlandais, qui était la langue de la procédure, on a utilisé la terminologie anglaise.

¹⁴⁷ Point 47 des conclusions.

¹⁴⁸ Point 48 des conclusions.

¹⁴⁹ Point 50 des conclusions.

¹⁵⁰ Point 52 des conclusions.

¹⁵¹ L'affaire *De Agostini* permet de corriger l'arrêt *Forbrukerombudet v. Mattel Scandinavia A/S and Lego Norge A/S*, de la Cour AELE, de 16 juin 1995, Aff. Jtes. E-8/94 et E-9/94. Invitée à se prononcer sur l'interprétation de la directive « *Télévision sans frontières* », la Cour de l'AELE analyse la question de l'abus. La Cour ne reconnaît la notion d'abus ni en tant que principe général ni en tant qu'application de l'article 16 de la Convention européenne sur la télévision transfrontalière.

moyen du détachement de ses travailleurs, prester des services dans d'autres pays communautaires. L'établissement de l'entreprise dans un pays autre que celui où, par le détachement de travailleurs, prête des services, vise à éluder la législation nationale de l'État d'accueil en matière de droit du travail (& II), de droit de l'immigration (& III) ou de sécurité sociale (& III). Pourtant il convient de commencer notre analyse par l'arrêt *Rush Portuguesa* en mettant en évidence ses principaux apports quant à la manifestation de l'abus de droit (& I).

& I. La libre prestation de services contre la libre circulation des travailleurs : où se trouve l'abus ?

C'est dans l'arrêt *Rush Portuguesa*¹⁵² du 27 mars 1990 que la Cour de Justice a été amenée à se prononcer sur l'éventualité du contournement des dispositions communautaires sur la libre circulation des travailleurs par une invocation de celles visant la libre prestation de services. L'affaire visait le détachement en France, un « ancien » État membre de l'Union, des travailleurs portugais, dans le contexte de la limitation provisoire de la libre circulation des travailleurs provenant de Portugal conformément à son Acte d'adhésion. Les services de l'inspection du travail français ont considéré que *Rush Portuguesa*, l'entreprise qui a détaché les travailleurs sur ses chantiers en France, était coupable de ne pas avoir respecté la réglementation française concernant l'autorisation du travail. Au contraire, *Rush Portuguesa* soutenait qu'elle ne pouvait pas être sanctionnée dès lors qu'elle ne fait qu'exercer son droit à la libre prestation de services. Les questions préjudicielles adressées par la juridiction de renvoi soulèvent le problème de la relation entre la libre prestation de services telle que garantie par le Traité CE et les dérogations à la libre circulation des travailleurs prévues par l'Acte d'Adhésion.

L'Avocat Général Van Gerven, dans ses conclusions présentées sur l'affaire le 7 mars 1990, souligne que la limitation de la libre circulation de travailleurs ne doit pas affecter le droit à la libre prestation de services à tel point qu'il « perdrait son effet utile par une réduction excessive du dynamisme de l'entreprise du fournisseur de services ».¹⁵³ La crainte des « anciens » États membres d'une arrivée massive des chercheurs d'emploi portugais pouvant ainsi entraîner des perturbations sur leurs marchés du travail n'est pas justifié dans le cas où l'entreprise

¹⁵² Arrêt CJCE, *Rush Portuguesa Lda contre Office national d'immigration*, 27 mars 1990, Aff. C-113/89, Rec., p. I-1417. Voir commentaires de cet arrêt par : M. – C. BOUTARD LABARDE, « Libre prestation des services et libre circulation des travailleurs. Acte d'adhésion du Portugal. Articles 48 et 59 », *JDI*, 1991, n°2, pp. 471 – 473 ; P. POCHET, « L'inconditionnalité de la liberté de prestation de services au regard des limites imposées à la liberté de circulation des travailleurs », *LPA*, 31 juillet 1992, n° 92, pp. 25 – 37 ; P. RODIÈRE, « Arrêt du 27 mars 1990. Société *Rush Portuguesa Lda* et Office national d'immigration », *RTDE*, 1990, n° 3, pp. 635 – 640.

¹⁵³ Point 18 des conclusions.

prestataire de services fait appel au détachement « *du personnel investi d'une fonction dirigeante ou lié à l'entreprise par des relations de confiance et des travailleurs qui disposent de qualifications particulières qui sont essentielles pour le service à fournir et qui ne sont pas aisément disponibles sur le marché du travail local* »¹⁵⁴. L'Avocat Général limite substantiellement la possibilité du recours à des travailleurs détachés. Tous les travailleurs qui ne correspondent pas aux conditions citées devront donc se soumettre à la législation française sur l'autorisation de travail.

Pourtant la Cour de Justice adopte une position beaucoup plus ouverte et encourage la libre prestation de services par le détachement des travailleurs. Elle admet ainsi que l'article 49 CE s'oppose à ce qu'un État membre interdise à un prestataire de services établi dans un autre État membre de se déplacer librement sur son territoire avec l'ensemble de son personnel. La même disposition s'oppose aussi à la soumission du détachement du personnel à des conditions restrictives comme la condition d'embauche sur place ou l'obligation d'autorisation de travail¹⁵⁵. Il s'agirait ainsi d'une discrimination du prestataire par rapport à ses concurrents établis dans l'État d'accueil et pouvant se servir librement de son propre personnel¹⁵⁶. Pratiquement la Cour de Justice paraît encourager les entreprises établies dans des pays où le niveau des salaires est plus bas que dans les autres États membres. De plus, les entreprises établies dans les « *anciens* » États membres seront incitées à créer un établissement sur le territoire des ces nouveaux États membres ou des futurs États membres, et, à partir de là, déplacer leur personnel sur le territoire communautaire, « *arrachant les marchés plus facilement que d'autres entreprises* »¹⁵⁷.

Les autorités de l'État d'accueil ont cependant un double instrument pour s'assurer contre le contournement des dispositions de l'Acte d'Adhésion. En premier lieu, l'État d'accueil a la possibilité de vérifier si, sous couvert d'une prestation de services, l'entreprise ne tourne pas les dispositions de l'Acte d'Adhésion¹⁵⁸. Malheureusement, la Cour de Justice manque cette occasion de développer les conditions de la constatation d'un abus de droit. Elle ne cite non plus sa jurisprudence antérieure sur le sujet. Nous pouvons seulement déduire une approche « *téléologique* » de la notion d'abus de droit (« *dans un autre but* »),

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ Cependant les travailleurs portugais ne peuvent pas revendiquer le bénéfice de dispositions communautaires sur la libre circulation des travailleurs. Ils ne peuvent pas prétendre accéder librement à un emploi autre que celui pour lequel ils ont été déplacés. S'ils veulent accéder à un tel emploi, ils devront respecter la législation française d'immigration.

¹⁵⁶ Point 12 de l'arrêt *Rush Portuguesa*. Au contraire, l'Avocat Général Van Gerven avait considéré qu'il ne s'agit pas d'une discrimination du prestataire de services car la législation française s'applique indistinctement aux employeurs, qu'ils soient établis en France ou pas, dès lors qu'ils embauchent des ressortissants des pays tiers (point 8 des conclusions).

¹⁵⁷ P. POCHET, *op. cit.*, p. 29.

¹⁵⁸ « *Toutefois, les États membres doivent, en ce cas, pouvoir vérifier si une entreprise portugaise engagée dans des travaux de construction ou des travaux publics ne se sert pas de la liberté de prestation de services dans un autre but, par exemple celui de faire venir son personnel aux fins de placement ou de mise à la disposition de travailleurs en violation de l'article 216 de l'acte d'adhésion* » (point 17).

confirmée par la jurisprudence postérieure. La compétence des autorités nationales est cependant soigneusement limitée car

« De tels contrôles doivent cependant respecter les limites que pose le droit communautaire, et notamment celles découlant de la liberté de prestation de services qui ne peut être rendue illusoire et dont l'exercice ne peut être soumis à la discrétion de l'administration »¹⁵⁹.

Même si la Cour de Justice ne le dit pas expressément, le contrôle opéré par les autorités nationales doit nécessairement passer le test de nécessité et de proportionnalité, en tant que raisons impérieuses d'intérêt général. La libre prestation de services étant un principe fondamental du droit communautaire, il n'est admissible de la limiter que dans la mesure nécessaire à la protection de l'intérêt général, et les conditions imposées ne doivent pas faire double emploi avec celles déjà requises par l'État d'établissement du prestataire de services¹⁶⁰. L'appel à des raisons impérieuses d'intérêt général est donc l'unique possibilité d'instaurer des instruments de lutte contre le contournement des dispositions nationales en matière d'immigration.

En deuxième lieu, la Cour de Justice rappelle que le droit communautaire permet aux États membres d'étendre leur législation, ou les conventions collectives de travail conclues avec les partenaires sociaux, « à toute personne effectuant un travail salarié, même de caractère temporaire, sur leur territoire, quel que soit le pays d'établissement de l'employeur »¹⁶¹. Les États membres peuvent imposer le respect de ces règles par les moyens appropriés. Cette règle sera reprise dans la jurisprudence postérieure et souleva, dans la doctrine, un long débat sur la mise en cause des lois nationales de police.

& II. La mise en cause des lois nationales de police et le risque de « *dumping social* »

Le régime du détachement des travailleurs salariés est une construction jurisprudentielle à laquelle se sont ajoutées les précisions apportées par la directive du 16 décembre 1996¹⁶². Cette dualité normative a fait déjà l'objet des études¹⁶³ qui ont mis en évidence le rôle prééminent du juge communautaire par rapport au législateur. Si la directive de 1996 reconnaît des droits aux salariés, l'article 49 CE consacre une liberté de l'employeur,

¹⁵⁹ Point 17 de l'arrêt *Rush Portuguesa*.

¹⁶⁰ Arrêt CJCE, *Procédure pénale contre Alfred John Webb*, 17 décembre 1981, Aff. 279/80, Rec., p. 3305, point 20.

¹⁶¹ Point 18 de l'arrêt *Rush Portuguesa*. La Cour de Justice a repris ce qu'elle avait statué dans l'arrêt CJCE, *Société anonyme de droit français Seco et Société anonyme de droit français Desquenne & Giral contre Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité*, 3 février 1982, Aff. Jtes. 62 et 63/81, Re., p. 223, point 14.

¹⁶² Directive n° 96/71/CE du Parlement Européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JO n° L 18, 21.01.1997, pp. 1–6.

¹⁶³ J. CAVALLINI, « Le détachement des salariés au sein de l'Union européenne ou la prééminence du juge », *JCP ed. S*, 2 octobre 2007, n° 40, pp. 9 – 15.

ce qui fait qu'elle ne substitue pas le régime jurisprudentiel développé depuis l'arrêt *Rush Portuguesa*. Notre approche prendra en compte cette dualité dans l'essai d'encadrer le risque de dumping social dans le processus constant de mise en cause, par le juge communautaire, des lois nationales de police.

A) *La directive n° 96/71 sur le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services*¹⁶⁴

Suite à la brèche que la jurisprudence *Rush Portuguesa* ouvrait à l'application de la législation du pays d'accueil aux travailleurs détachés, la Communauté européenne s'est rendue compte de la nécessité de créer un cadre communautaire qui assurerait la coordination des législations nationales par la création d'un « noyau dur » de règles impératives de protection minimale qui devraient être respectées par les prestataires de services. L'objectif de la directive serait ainsi de déterminer le noyau commun des lois de police de travail applicables aux travailleurs détachés. Dans ce sens, l'article 3 de la directive établit une liste non exhaustive des lois de police, en n'empêchant pas l'application d'autres lois de police conformément à l'article 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles¹⁶⁵. En optant pour l'application de la loi la plus favorable pour les travailleurs¹⁶⁶, la directive considère comme lois de police, applicables indépendamment de la loi applicable au contrat, celles qui concernent les périodes maximales de travail et les périodes minimales de repos, la durée minimale des congés annuels payés, les taux de salaire minimal, les conditions de mise à disposition des travailleurs, notamment par des entreprises de travail intérimaire, la sécurité, la santé et l'hygiène au travail, les mesures protectrices applicables aux conditions de travail et d'emploi des femmes enceintes et des femmes venant à accoucher, des enfants et des jeunes, l'égalité de traitement entre hommes et femmes, ainsi que d'autres dispositions en matière de non discrimination.

En ce qui concerne le champ d'application personnel, il convient de souligner que la directive s'applique à tout travailleur indépendamment de sa nationalité. Comme la Cour avait

¹⁶⁴ Pour un court commentaire de la directive voir M. GARDEÑES SANTIAGO, « Normas materiales imperativas o leyes de policía en materia de trabajo : sus problemas de aplicación en el espacio intracomunitario de relaciones laborales » in MIRANDA J., DE LIMA PINHEIRO L., MOURA VICENTE D. (sous la direction de), *Estudos em memória do professor Doutor António Marques Dos Santos*, Edições Almedina, Coimbra, 2005, pp. 405 - 413. Pour une analyse plus détaillée de la directive, y inclut de sa transposition par la législation espagnole, voir E. CASAS BAAMONDE, S. DEL REY GUANTER, *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002.

¹⁶⁵ La Convention de Rome a été remplacé par le règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JOUE n° L 177, 4.7.2008, pp. 6-16. Actuellement il s'agit de l'article 9 du règlement Rome I.

¹⁶⁶ L'article 3 de la directive n'est pas incompatible avec l'article 8 du règlement Rome I, car elle vise que des lois de police qui serait de toute façon applicables conformément à l'article 9 du même règlement.

souligné dans l'arrêt *Vander Elst*¹⁶⁷, c'est l'entreprise qui exerce le droit à la circulation et non le travailleur, ce qui prohibe toute exigence d'autorisation de travail pour accéder au marché du travail de l'État d'accueil. L'article 2 (2) souligne que la qualification en tant que travailleur se fait selon le droit de l'État sur le territoire duquel le travailleur est détaché. Il s'agit ainsi d'éviter que, dans le cas où l'État d'établissement ne considère pas les personnes détachées comme travailleurs salariés, il soit possible d'éviter l'application de la directive¹⁶⁸.

L'article 2 (1) insiste sur le caractère temporaire du détachement, condition qui sera appréciée au cas par cas. Il sera considéré comme temporaire le détachement prévu, dès le début, pour une période déterminée ou pour une mission déterminée¹⁶⁹. Au contraire, si le détachement implique une intégration dans le marché du travail de l'État d'accueil, la directive n'est pas applicable.

Nous observons que la directive a repris les avancées de la jurisprudence de la Cour de Justice, en essayant d'assurer une coordination des législations nationales dans l'intérêt d'une meilleure protection du travailleur détaché. Cependant cet effort de codification n'empêche pas l'évolution de la jurisprudence communautaire en la matière, comme on verra par la suite.

B) L'arrêt *Arblade*¹⁷⁰

Mis à part le fait d'avoir donné une définition des lois de police en droit communautaire, l'arrêt *Arblade* est plus important pour avoir montré l'impact que le droit communautaire a sur les lois de police des États membres. En l'espèce, le litige portait sur deux procédures pénales intentées contre M. Arblade et M. Leloup par les autorités belges pour ne pas avoir respectés, en ce qui concerne les travailleurs qu'ils ont détaché dans ce pays, plusieurs obligations sociales prévues par la législation belge et sanctionnées par des lois belges de police et de sûreté. MM. Arblade et Leloup soutenaient, évidemment, la

¹⁶⁷ Arrêt CJCE, *Raymond Vander Elst contre Office des migrations internationales*, 9 août 1994, Aff. C-43/93, Rec., p. I-3803.

¹⁶⁸ M. GARDEÑES SANTIAGO, « Normas materiales imperativas o leyes de policía en materia de trabajo : sus problemas de aplicación en el espacio intracomunitario de relaciones laborales », *op. cit.*, p. 408.

¹⁶⁹ *Idem*, p. 409.

¹⁷⁰ Arrêt CJCE, *Procédures pénales contre Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL (C-369/96) et Bernard Leloup, Serge Leloup et Sofrage SARL (C-376/96)*, 23 novembre 1999, Aff. Jtes. C-369/96 et C-376/96, Rec., p. I-8453. Voir commentaires de cet arrêt par : P. DAVIES, « The posted workers and the EC Treaty », *ILJ*, 2002, n° 3, pp. 298 – 306 ; M. FALLON, « Du 23 novembre 1999. – Cour de Justice des Communautés Européennes. – MM. Rodríguez Iglesias, prés., Edward, rapp., Ruiz-Jarabo Colomer, av. gén. », *RerDIPr*, 2000, n° 4, pp. 728 – 737 ; S. FRANCO, « Observations sur l'arrêt Arblade », *RDE*, 1999, n° 106, pp. 789 – 792 ; M. GARDEÑES SANTIAGO, « Aplicabilidad de las leyes de policía laboral y libre prestación de servicios en la Unión Europea », *La Ley*, 2001, pp. 4 – 7.

contradiction de cette législation avec les articles 49 et 50 CE¹⁷¹. La Cour de Justice, saisie par des questions préjudicielles, a eu l'occasion de se prononcer sur le rôle des lois de police dans le droit communautaire.

La question du dumping social n'est mentionnée par la Cour que de manière secondaire, en donnant l'impression que la constatation d'un comportement abusif excluait l'application du droit communautaire :

*« il est constant [...] que leurs activités ne sont pas entièrement ou principalement tournées vers ce dernier État en vue de se soustraire aux règles qui leur seraient applicables au cas où ils seraient établis sur le territoire de cet État »*¹⁷².

La Cour reprend la formule consacrée dans la jurisprudence *Van Binsbergen*, sans pourtant la citer. La justification d'une telle omission se trouve dans le fait que, en l'espèce, le caractère non abusif du comportement était évident. MM. Arblade et Leloup, établis en France, se sont déplacés dans un autre État membre pour y exercer des activités à caractère temporaire.

En rappelant à la définition donnée par Ph. Franceskakis¹⁷³, la Cour de Justice souligne que les lois de polices sont

*« des dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État membre concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet État membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci »*¹⁷⁴.

Toutefois les lois de police ne peuvent pas se soustraire « au respect des dispositions du Traité, sous peine de méconnaître la primauté et l'application uniforme du droit communautaire ». Les motifs qui se trouvent à la base de telles normes nationales « ne peuvent être pris en considération par le droit communautaire qu'au titre des exceptions aux libertés communautaires expressément prévues par

¹⁷¹ La directive n° 96/71 n'était pas en vigueur au moment des faits du litige.

¹⁷² Point 32 de l'arrêt *Arblade*.

¹⁷³ Voir *infra* p. 267.

¹⁷⁴ Point 30 de l'arrêt *Arblade*. M. Gardeñes Santiago (« Aplicabilidad de las leyes de policia laboral y libre prestación de servicios en la Unión Europea », *op. cit.*, p. 5) souligne deux éléments importants de la définition. En premier lieu, la définition met en évidence que la qualification d'une norme nationale en tant que loi de police dépend de l'ordre juridique auquel appartient la norme. En deuxième lieu, il s'agit de la relation nécessaire entre la qualification en tant que loi de police et l'objectif que la norme poursuit. Cependant, pour le droit communautaire, il est important le résultat obtenu par la mise en œuvre d'une loi de police plus que la qualification en soi, le juge communautaire s'attachant avant tout à repérer les cas d'applicabilité excessive au regard du droit communautaire (M. FALLON, « Du 23 novembre 1999. – Cour de Justice des Communautés Européennes. – MM. Rodríguez Iglesias, prés., Edward, rapp., Ruiz-Jarabo Colomer, av. gén. », *op. cit.*, p. 733).

Il faut souligner que cette définition a été reprise dans l'article 9 du règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JOUE n° L 177, 4.07.2008, pp. 6–16. Voir commentaire de cette réforme par F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, « El reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980? », *La Ley Digital*, 30 mai 2008, n° 6957.

La définition a été aussi confirmée par la jurisprudence postérieure (arrêt CJCE, *Commission des Communautés européennes contre Grand-Duché de Luxembourg*, 19 juin 2008, Aff. C-319/06, non encore publié).

le *Traité* et, le cas échéant, au titre des raisons impérieuses d'intérêt général»¹⁷⁵. Donc, les lois de police ne peuvent pas surmonter le principe de libre circulation que sous le respect des conditions strictes que la jurisprudence communautaire a établies. Dans le cas contraire, l'effet utile des normes communautaires relatives au marché intérieur serait gravement affecté car pratiquement toutes les entraves aux échanges prennent la forme des normes nationales qui, dans le droit interne, reçoivent la qualification d'ordre public ou de lois de police¹⁷⁶.

La soumission de la loi de police au contrôle du droit communautaire suppose l'analyse de l'objectif d'intérêt général que la loi poursuit et la proportionnalité du contenu de la loi par rapport à cet objectif¹⁷⁷. La Cour de Justice reconnaît que la protection des travailleurs, et particulièrement la protection sociale des travailleurs du secteur de la construction, figure parmi les raisons impérieuses d'intérêt général qui peuvent justifier des entraves à la libre prestation de services¹⁷⁸. Il faut donc que l'objectif d'intérêt général poursuivi par le législateur national dans la production des lois de police coïncide avec une raison impérieuse qui pourrait justifier une restriction à la libre circulation. M. Fallon souligne que, de cette façon, « *l'approche communautaire de la loi de police a le mérite, sous l'angle du droit international privé, d'éclairer le critère 'finaliste'* » consistant dans une comparaison entre l'objectif poursuivi par la règle matérielle et celui poursuivi par la règle de rattachement¹⁷⁹.

En ce qui concerne la proportionnalité des lois de police en cause, la Cour de Justice fait une distinction entre les normes visant la rémunération minimale et celles visant la cotisation sociale, la tenue et la conservation des documents sociaux. En ce qui concerne les dernières, la Cour utilise le test de la double charge consacrée dans la jurisprudence *Webb*. Ainsi, le fait pour le prestataire d'avoir déjà accompli ces obligations dans le pays

¹⁷⁵ Point 31 de l'arrêt *Arblade*.

¹⁷⁶ M. FALLON, « Du 23 novembre 1999. – Cour de Justice des Communautés Européennes. – MM. Rodríguez Iglesias, prés., Edward, rapp., Ruiz-Jarabo Colomer, av. gén. », *op. cit.*, p. 729. Il convient pourtant de souligner que la Cour de Justice ne se réfère pas à la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, laissant l'impression que la jurisprudence communautaire, le droit communautaire dérivé et le droit international privé communautaire s'appliquent de manière individualisée au détriment d'une interaction entre les différents blocs normatifs (A. QUIÑONES ESCÁMEZ, « Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE sobre desplazamiento de trabajadoras (del asunto *Arblade* al Portuguesa) », *RDCE*, 2002, n° 12, p. 440).

¹⁷⁷ Le Groupe Européen de Droit International Privé avait proposé une modification de l'article 7 de la Convention de Rome par l'introduction d'un troisième paragraphe qui devait prendre en compte l'évolution jurisprudentielle : « 3. *Il ne peut être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un Etat membre que dans la mesure où leur application ne constitue pas une entrave injustifiée aux libertés de circulation instituées par le traité.* » (*Proposition de modification des articles 3, 5 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, et de l'article 15 de la Proposition de la Proposition de Règlement 'Bruxelles I'*, Dixième réunion, Rome, 15 – 17 septembre 2000, disponible au site Internet <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-10pf.html>).

¹⁷⁸ Les mesures nationales doivent viser que la protection des travailleurs et non des entreprises nationales. Il est dans ce sens que la Cour de Justice s'est prononcée dans l'arrêt CJCE, *Portugaia Construções Lda*, 24 janvier 2002, Aff. C-164/99, Rec., p. I-787. Le fait de protéger le marché national de l'emploi contre le dumping social dû à l'afflux de main d'œuvre travaillant à bon marché est un objectif de nature économique qui ne peut pas constituer une raison impérieuse d'intérêt général (point 26).

¹⁷⁹ M. FALLON, « Du 23 novembre 1999. – Cour de Justice des Communautés Européennes. – MM. Rodríguez Iglesias, prés., Edward, rapp., Ruiz-Jarabo Colomer, av. gén. », *op. cit.*, p. 734.

d'établissement convertit l'application de la loi de police de l'État d'accueil en une restriction à la libre prestation de services, qui ne respecterait pas le principe de proportionnalité. L'arrêt *Arblade* impose une comparaison des obligations imposées respectivement par l'État d'établissement et l'État d'accueil, et dans le cas où l'intérêt que l'un et l'autre entendent protéger est sauvegardé de façon équivalente dans le premier pays, le second ne peut plus imposer sa législation. C'est le principe de reconnaissance mutuelle qui s'applique et qui joue au bénéfice de la loi d'origine. Cependant ce principe n'oblige pas les États membres à modifier le contenu matériel de leurs lois de police sinon de limiter leur champ d'application dans le cas où les libertés de circulation sont mises en cause. Par voie de conséquence, le caractère impératif des lois de police ne se maintiendra complet que dans les situations internes, ce qui peut conduire à une discrimination à rebours¹⁸⁰.

En ce qui concerne les normes nationales relatives à la rémunération minimale, la Cour rappelle la jurisprudence *Rush Portuguesa* pour décider qu'elles sont applicables dès lors qu'elles soient « *suffisamment précises et accessibles pour ne pas rendre, en pratique, impossible ou excessivement difficile la détermination, par un tel employeur, des obligations qu'il devrait respecter* »¹⁸¹. La Cour ne fait pas appel au même test de la double charge qui aurait pu conduire à l'application de la loi du pays d'établissement. L'extension de l'application de la loi du pays d'accueil répondrait ainsi à la crainte d'un dumping social. L'Avocat Général Ruiz-Jarabo Colomer, dans ses conclusions sur l'affaire *Arblade* présentées le 25 juin 1998, avait opté pour le test d'équivalence en soulignant que le travailleur devrait pouvoir bénéficier de la loi plus favorable, c'est-à-dire celle lui garantissant la plus avantageuse rétribution globale annuelle¹⁸². Cette solution correspondrait mieux aux exigences de l'article 6 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles¹⁸³, disposition qui permet une comparaison entre la loi choisie et la loi applicable au contrat en vue de faire applicable celle plus favorable au travailleur. L'arrêt *Mazzoleni*¹⁸⁴ introduit le test de la double charge aussi en ce qui concerne les lois de police concernant le salaire minimum :

¹⁸⁰ M. GARDEÑES SANTIAGO, « Normas materiales imperativas o leyes de policía en materia de trabajo : sus problemas de aplicación en el espacio intracomunitario de relaciones laborales », *op. cit.*, p. 396.

¹⁸¹ Point 43 de l'arrêt *Arblade*.

¹⁸² Point 82 des conclusions.

¹⁸³ JO n° C 27, 26.01.1998, pp. 34 – 46. Pour une analyse de l'application de l'article 6 de la Convention de Rome au détachement de travailleurs, voir J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, M. C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, « Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable al contrato de trabajo », *Relaciones Laborales*, 1993, n° 21, pp. 382 – 407.

Cette convention sera remplacée par le règlement n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *précité*. L'article 6 de la Convention de Rome sera remplacé par l'article 8 du règlement Rome I.

¹⁸⁴ Arrêt CJCE, *Procédure pénale contre André Mazzoleni et Inter Surveillance Assistance SARL, civilement responsable, en présence de Eric Guillaume et autres*, 15 mars 2001, Aff. C-165/98, Rec., p. I-2189. Voir commentaire de cet arrêt par A. QUIÑONES ESCÁMEZ, « Libre prestación de servicios y normas de policía sobre salario mínimo : ¿es oportuno el control de proporcionalidad? », *La Ley*, 2002, n° 4, commentaire n° D-174.

« En effet, l'objectif de l'État membre d'accueil d'assurer aux employés de tels prestataires de services le même niveau de protection sociale que celui s'appliquant sur son territoire aux travailleurs du même secteur peut être considéré comme étant réalisé si tous les travailleurs concernés bénéficient d'une situation équivalente dans son ensemble au regard des rémunérations, de la fiscalité et des charges sociales dans l'État membre d'accueil et dans l'État membre d'établissement »¹⁸⁵.

C) Une porte ouverte au dumping social dans l'Union européenne ?

Il est opportun d'analyser quelques arrêts récents de la Cour de Justice portant précisément sur le détachement des travailleurs détachés dans le contexte de l'élargissement de l'Union aux pays de l'Europe orientale. La position stricte de la Cour sur les restrictions à la libre prestation de services laisse l'impression qu'elle encourage le dumping social dans l'Union européenne.

1) L'arrêt *Laval*¹⁸⁶

Dans l'affaire *Laval* on retrouve l'habituelle tension entre la loi du pays d'accueil et la loi de l'État membre où le prestataire est établi. L'employeur prestataire souhaiterait n'avoir à respecter d'autre loi que la sienne en sorte de pouvoir exercer sans contraintes additionnelles la liberté de circulation. *Laval* est une société lettone établie à Riga, ayant détaché en Suède des travailleurs lettons pour l'exécution des chantiers entrepris par sa filiale, société de droit suédois. Les syndicats suédois ont entamé des poursuites contre *Laval* à cause du refus de l'entreprise de signer une convention collective et de respecter la législation suédoise relative

Dans cette affaire il s'agit du détachement des travailleurs au Belgique par une entreprise établie en France. Les services d'inspection des lois sociales belges ont poursuivi en justice cette société pour ne pas avoir respecté la législation belge sur le salaire minimum.

¹⁸⁵ Point 35 de l'arrêt *Mazzoleni*. A. Quiñones Escámez souligne que la particularité de l'affaire se fonde sur le fait qu'il s'agissait des travailleurs transfrontiers et que la solution proposée est difficilement transposable de manière générale (A. QUIÑONES ESCÁMEZ, « Libre prestación de servicios y normas de policía sobre salario mínimo : ¿es oportuno el control de proporcionalidad? », *op. cit.*, p. 174).

¹⁸⁶ Arrêt CJCE, *Laval un Partneri Ltd contre Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan et Svenska Elektrikerförbundet*, 18 décembre 2007, Aff. C-341/05, non encore publié. Voir commentaires de cet arrêt par : E. BROUSSY, F. DOMAT, C. LAMBERT, « Chronique de jurisprudence communautaire », *AJDA*, 11 février 2008, n° 5, pp. 242 – 244 ; P. CHAUMETTE, « Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises », *DS*, 2008, n°2, pp. 210 – 220 ; A. C. L. DAVIES, « One step forward, two steps back ? The Viking and Laval cases in the ECJ », *ILJ*, 2008, n° 2, pp. 126 – 148 ; J. – P. LHERNOULD, « Le régime du détachement transnational après l'arrêt *Laval* du 18 décembre 2007 », *Jurisprudence Sociale Lamy*, 25 février 2008, chronique n° 228-1 ; P. RODIÈRE, « Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective », *RTDE*, 2008, n° 1, pp. 47 – 66.

aux conditions de travail et au salaire minimum¹⁸⁷. L'opposition s'est manifestée par un blocus des chantiers, en empêchant la livraison des marchandises ou de l'électricité, interdisant l'entrée au chantier des travailleurs lettons ainsi qu'aux véhicules. Toutes ces actions ont eu comme résultat la fin des travaux de Laval en Suède et par la suite sa déclaration en faillite. Dans ce contexte, l'entreprise demande aux syndicats la réparation du préjudice subi. Le juge saisi s'est demandé si les actions collectives des syndicats peuvent constituer une restriction à libre prestation de services par Laval et si elles peuvent se justifier par des raisons impérieuses d'intérêt général. Saisie par ces questions préjudicielles, la Cour de Justice était amenée à se prononcer sur la relation entre l'Europe économique et l'Europe sociale¹⁸⁸.

Même si la question de l'abus de droit était invoquée parmi les arguments des syndicats, la Cour de Justice passe très vite sur la question, dû au fait que le comportement abusif était invoqué en tant qu'argument de l'irrecevabilité de la question préjudicielle pour non application du droit communautaire. Si les parties avaient invoqué cet argument pour justifier la restriction de la libre prestation de services, la Cour aurait eu plus de marge pour s'engager dans l'analyse de l'abus de droit¹⁸⁹. Cependant la question du dumping social sera mentionnée plusieurs fois en tant que possible justification de la restriction¹⁹⁰.

L'apport principal de l'arrêt *Laval* est d'avoir permis à la Cour de se prononcer sur l'interprétation à donner à certaines dispositions de la directive n° 96/71 et l'articulation entre celle-ci et la jurisprudence antérieure. En vertu de la hiérarchie des normes en droit communautaire, les dispositions de la directive doivent être interprétées à la lumière de l'article 49 CE, dit la Cour¹⁹¹. Par la suite elle rappelle que l'article 3 (1) de la directive ne porte que sur les taux de salaire minimal. Cependant la directive ne vise pas l'harmonisation des systèmes de fixation des conditions de travail et d'emploi dans les États membres et que donc ceux-ci restent compétents de choisir un système qui ne figure pas parmi ceux prévus par la directive¹⁹². C'est le cas de la Suède où les autorités nationales ont confié aux partenaires sociaux le soin de fixer, par la voie de la négociation collective, les taux de salaire que les

¹⁸⁷ Il faut souligner que la législation suédoise n'établit pas de salaire minimum. La détermination des rémunérations des travailleurs salariés est confiée aux partenaires sociaux par la voie de la négociation collective conduite sur le lieu de travail.

¹⁸⁸ P. RODIÈRE, « Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective », *op. cit.*, p. 49.

¹⁸⁹ Dans ses conclusions sur l'affaire Laval, présentées le 23 mai 2007, l'Avocat Général Mengozzi avait souligné que aucun élément du dossier « ne démontre ni même indique que les activités de Laval auraient été entièrement ou principalement tournées vers le territoire suédois en vue de se soustraire aux règles qui lui seraient applicables au cas où cette entreprise aurait été établie en Suède » (point 115). Si les syndicats avaient apporté plus de preuves dans ce sens, l'argument de l'abus de droit aurait pu être analysé en détail.

¹⁹⁰ Il convient de souligner que l'affaire Laval se singularise par rapport aux affaires antérieures traitant de la question du dumping social par le fait que cette fois est le syndicat, c'est-à-dire les travailleurs, qui cherche à le combattre. Dans les autres affaires, les actions des autorités de l'État d'accueil étaient en question.

¹⁹¹ Point 61 de l'arrêt *Laval*.

¹⁹² Point 68 de l'arrêt *Laval*.

entreprises nationales doivent verser à leurs travailleurs. La Cour souligne pourtant que ceci ne peut pas justifier l'imposition aux entreprises établies dans d'autres États membres de l'obligation de respecter les taux de salaires tels que ceux établis par la négociation collective¹⁹³.

Si dans la jurisprudence antérieure la Cour avait souligné que les mesures de lutte contre le dumping social ne doivent viser que les travailleurs et non la compétition entre les entreprises nationales et celles établies dans d'autres États, elle change maintenant de position en statuant que :

*« La dite disposition [article 3 (1)] empêche donc que, par une application à leurs travailleurs, en ce qui concerne ces matières, des conditions de travail et d'emploi en vigueur dans l'État membre d'origine, les entreprises établies dans d'autres États membres puissent se livrer à une concurrence déloyale envers les entreprises de l'État membre d'accueil, dans le cadre d'une prestation de services transnationale, si le niveau de protection sociale est plus élevé dans ce dernier »*¹⁹⁴.

Le problème avec la législation suédoise est qu'elle établit une protection des travailleurs qui va au-delà des normes minimales établies dans la directive. La Cour de Justice se demande alors qu'elle est le rôle de l'article 3 (7), qui prévoit que les paragraphes (1) à (6) du même article ne font pas obstacle à l'application des conditions de travail et d'emploi plus favorables pour les travailleurs. Si une interprétation littérale de cet article plaiderait en faveur de l'application de la législation suédoise, la Cour décide autrement : l'entreprise ne doit respecter que le noyau dur et le pays d'accueil ne peut lui imposer un degré supérieur de protection des travailleurs¹⁹⁵.

En revenant sur la question du dumping social, la Cour insiste sur le caractère double de la Communauté, tant économique que sociale. Dans ce contexte, les droits à la libre circulation doivent être mis en balance avec les objectifs poursuivis par la politique sociale, parmi lesquels figurent, à l'article 136 CE, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur progrès, une protection sociale et le dialogue social. Si, en principe, l'action collective des syndicats, visant à garantir aux travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services transnationale des conditions de travail et d'emploi fixées à un certain

¹⁹³ Point 71 de l'arrêt *Laval*.

¹⁹⁴ Point 75 de l'arrêt *Laval*. Dans l'arrêt CJCE, *Wolff & Müller GmbH & Co. KG contre José Filipe Pereira Félix*, 12 octobre 2004, Aff. C-60/03, Rec., p. I-9553, la Cour de Justice avait déjà souligné : « Pour autant que l'un des objectifs poursuivis par le législateur national consiste à prévenir une concurrence déloyale de la part d'entreprises rémunérant leurs travailleurs à un niveau inférieur à celui correspondant au salaire minimal, ce qu'il incombe au juge de renvoi de vérifier, un tel objectif peut être pris en considération en tant qu'exigence impérative susceptible de justifier une restriction à la libre prestation des services » (point 41).

¹⁹⁵ Point 81 de l'arrêt *Laval*.

niveau, relève de l'objectif de protection des travailleurs¹⁹⁶, l'entrave que les obligations liées à l'adhésion à la convention collective comportent ne peut pas être justifiée par un tel objectif. Il est vrai que le droit communautaire n'interdit pas aux États membres d'imposer le respect de leurs règles en matières de salaire minimal par les moyens appropriés. Toutefois la négociation salariale s'inscrit

*« dans un contexte national marqué par l'absence de dispositions, de quelque nature que ce soit, qui soient suffisamment précises et accessibles pour ne pas rendre, en pratique, impossible ou excessivement difficile la détermination, par une telle entreprise [établie dans un autre pays membre], des obligations qu'elle devrait respecter en matière de salaire minimal »*¹⁹⁷.

La relative impuissance des syndicats, qui ressort de cet arrêt, est renforcée par la lecture de l'arrêt *Viking*¹⁹⁸, rendu quelques jours avant. Les syndicats finlandais font appel à des actions collectives en vue d'empêcher la société Viking, de droit finlandais, qui exploite des navires de transport, d'abandonner le pavillon finlandais d'une de ses navires qui fait la liaison maritime entre l'Estonie et Finlande, au profit d'un pavillon estonien lui permettant d'être plus compétitive par le paiement des salaires plus bas conformément à une convention collective que l'entreprise entend signer avec un des syndicats estoniens. La Cour de Justice considère que les actions collectives ont pour effet de « rendre moins attrayant, voire même inutile » l'exercice par Viking de son droit d'établissement¹⁹⁹. La justification d'une telle entrave par la protection des travailleurs ne peut pas être acceptée « s'il est établi que les emplois ou les conditions de travail en cause n'étaient pas compromis ou sérieusement menacés »²⁰⁰. De plus, les actions collectives doivent être aptes à garantir l'objectif poursuivi et représenter le dernier recours, après avoir épuisé les autres moyens, moins restrictifs de la liberté d'établissement²⁰¹.

¹⁹⁶ Point 107 de l'arrêt *Laval*.

¹⁹⁷ Point 110 de l'arrêt *Laval*.

¹⁹⁸ Arrêt CJCE, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, 11 décembre 2007, Aff. C-438/05, non encore publié. Voir commentaires de cet arrêt par: B. BERCUSSON, « The trade union movement and the European Union : judgment day », *ELJ*, 2007, n° 3, pp. 279 – 308 ; E. BROUSSY, F. DOMAT, C. LAMBERT, « Chronique de jurisprudence communautaire », *op. cit.*, pp. 242 – 244 ; P. CHAUMETTE, « Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises », *op. cit.*, pp. 210 – 220 ; A. C. L. DAVIES, *op. cit.*, pp. 126 – 148 ; A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, « La sumisión del derecho de huelga a la libertad de establecimiento comunitaria : el caso Viking Line », *Aranzadi Social*, 2007, n° 21, point 79 ; P. RODIÈRE, « Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective », *op. cit.*, pp. 47 – 66 ; S. THOMAS, « Liberté d'établissement et droit de recourir à l'action collective », *RDUE*, 2008, n° 1, pp. 193 – 200 ; Anonyme, « CJCE, 11 décembre 2007, C-438/05, International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti », *RJCom.*, 2008, n° 2, pp. 125 – 127.

¹⁹⁹ Point 71 de l'arrêt *Viking*. Les questions préjudicielles visaient la compatibilité des actions collectives tant avec le droit d'établissement comme la libre prestation des services de transport maritime. La Cour considère cependant que Viking entend exercer son droit d'établissement pour ensuite exercer son droit à la libre prestation. Donc l'affaire est appréciée par la Cour seulement par rapport à l'article 43 CE.

²⁰⁰ Point 81 de l'arrêt *Viking*.

²⁰¹ Point 87 de l'arrêt *Viking*.

Cette jurisprudence ne fait que renforcer l'application du noyau dur des normes impératives de la directive n° 96/71. De plus les actions syndicales fondées sur la protection des travailleurs détachés ne peuvent avoir comme objectif que de servir l'application de ce noyau dur, en aucun cas pouvant favoriser l'application de mesures plus protectrices.

2) *L'arrêt Rüffert*²⁰²

Cet arrêt a permis à la Cour de Justice d'ajouter « *une nouvelle pierre* »²⁰³ à sa jurisprudence relative à la problématique du détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services. En promouvant une application stricte du droit dérivé, la Cour condamne les législations nationales plus protectrices. Une évolution de la jurisprudence sera nécessaire mais elle n'aura lieu que par la modification correspondante de la directive n° 96/71²⁰⁴.

Le Land Niedersachsen a, après un appel d'offres, attribué à une entreprise un marché de travaux pour la construction d'un établissement pénitentiaire, le contrat conclu contenant l'engagement de la dernière de respecter les conventions collectives et, plus particulièrement, celui de payer aux salariés employés sur le chantier au moins le salaire en vigueur au lieu d'exécution. L'entreprise a utilisé des travailleurs polonais payés à un salaire inférieur à celui prévu par la convention collective et le Land Niedersachsen a résilié le contrat. La juridiction de renvoi, saisie par ce litige, invite la Cour de Justice à se prononcer sur la compatibilité de la législation allemande avec le droit communautaire.

La Cour de Justice confirme l'arrêt *Laval* en considérant que la directive n° 96/71 établit un niveau minimal de protection des travailleurs, ce qui empêche les États membres d'imposer aux prestataires de services, établis dans d'autres États, une protection renforcée, à l'exception du cas où cette protection passerait le test des raisons impérieuses d'intérêt général. L'Avocat Général Bot avait incliné la balance en faveur de la protection renforcée des travailleurs. Ainsi, il avait souligné que l'article 3(7) de la directive, permettant l'application de la loi la plus favorable, doit comporter deux aspects. D'une part, il signifierait que le caractère impératif des règles protectrices en vigueur dans l'État d'accueil peut « *s'éclipser* » au profit de

²⁰² Arrêt CJCE, *Dirk Rüffert contre Land Niedersachsen*, 3 avril 2008, Aff. C-346/06, non encore publié. Voir commentaires de cet arrêt par: J. CAVALLINI, « Sur le respect de la libre prestation de services dans l'Union européenne », *JCP ed. S*, 17 juin 2008, n° 25, pp. 23 – 25 ; F. CHALTIEL, « La Cour de Justice européenne et le dumping social », *LPA*, 23 mai 2008, n° 104, pp. 6 et s. ; A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, « Desplazamiento transnacional de trabajadores y convenios colectivos (Parte tercera) : el caso Rüffert », *Aranzadi Social*, 2008, n° 5, point 20.

²⁰³ L'expression a été utilisée par l'Avocat Général Y. Bot dans ses conclusions présentées sur l'affaire le 20 septembre 2007, point 1.

²⁰⁴ F. CHALTIEL, *op. cit.*, p. 6.

l'application des règles en vigueur dans l'État d'établissement, dans la mesure où les dernières prévoient des conditions plus favorables pour les travailleurs détachés. D'autre part, l'article en cause permettrait à l'État membre d'accueil d'améliorer le niveau de la protection sociale qu'il souhait garantir aux travailleurs détachés²⁰⁵. Dans cette dernière acception, la législation allemande en cause serait conforme au droit communautaire. La Cour de Justice n'accepte cependant que la première variante d'interprétation de l'article 3(7) de la directive.

Par ailleurs, la Cour de Justice limite la protection renforcée des travailleurs aussi à la lumière de l'article 49 CE. Si dans la jurisprudence initiale sur le détachement, des objectifs comme la concurrence déloyale ou « *une charge économique supplémentaire* » pour les prestataires de services établis dans d'autre pays, étaient considérées comme objectifs de nature économique, ne pouvant pas recevoir la qualification de raisons impérieuses d'intérêt général, la Cour change d'opinion et incline la balance en faveur de la libre prestation de services. La législation allemande²⁰⁶ est susceptible de « *prohiber, gêner ou de rendre moins attrayante l'exécution de leurs prestations* » et constitue dès lors une restriction au sens de l'article 49 CE²⁰⁷. L'objectif de la protection des travailleurs ne peut pas justifier cette entrave, dès lors que la législation allemande ne vise que les marchés publics de travaux et non les marchés privés de travaux. « *Paradoxalement, la législation allemande est écartée non en raison d'une protection sociale excessive mais insuffisante* »²⁰⁸. Entre la protection additionnelle des travailleurs et la garantie d'une concurrence loyale entre les prestataires de services, la Cour paraît incapable de trouver un équilibre et elle se montre plus libérale, que sociale, en encourageant, encore une fois, la libre circulation.

& III. Le détachement de salariés ressortissants d'États tiers à l'Union et la lutte contre le travail clandestin

La jurisprudence analysée jusqu'à maintenant a mis en exergue la tension qui existe entre la politique communautaire de libéralisation des prestations de services et le souci des États membres de prendre les mesures propres à protéger l'économie nationale et le marché

²⁰⁵ Points 82 et 83 des conclusions.

²⁰⁶ Dans son exposé des motifs, la loi allemande énonce : « *La présente loi combat les distorsions de la concurrence qui apparaissent dans le secteur de la construction et des transports publics locaux en conséquence de l'emploi de main-d'œuvre à bon marché et atténue les charges qui en résultent pour les systèmes de protection sociale. À cette fin, elle dispose que les pouvoirs adjudicateurs n'ont le droit de désigner comme adjudicataires de marchés de construction et de transport public local que des entreprises versant les salaires fixés dans les conventions collectives au lieu d'exécution de la prestation de service.* »

²⁰⁷ Point 37 de l'arrêt *Rijffert*. L'Avocat Général avait, au contraire, souligné que l'objectif de protection des entreprises de construction allemande de la concurrence provenant d'autres États membres, ne suffit pas lui seul pour justifier la restriction de la libre circulation. La législation en cause doit assurer aussi la protection des travailleurs détachés dans le sens où elle doit comporter « *un avantage réel qui contribue, de manière significative, à leur protection sociales* » (point 116 des conclusions).

²⁰⁸ J. CAVALLINI, « Sur le respect de la libre prestation de services dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 24.

de l'emploi, étant au centre du débat la question du statut social des travailleurs détachés. Cette tension s'accroît au moment où le prestataire établi dans un État membre détache sur le territoire d'un autre État membre, pour l'exécution d'une prestation de services, des salariés qui ont la nationalité d'un État tiers. Dans ces cas, les États membres veulent s'assurer que la libre circulation n'est pas utilisée pour contourner les exigences nationales lors de l'emploi des ressortissants des pays tiers.

Dans l'arrêt *Vander Elst* du 9 août 1994²⁰⁹, la Cour de Justice s'est prononcée sur la compatibilité avec le droit communautaire d'une législation nationale qui imposait aux prestataires de services une obligation d'obtenir, pour les travailleurs détachés, une autorisation de travail auprès d'un organisme national d'immigration. Elle a considéré qu'une telle exigence restreint la libre prestation de services dès lors que les travailleurs, employés « *de façon régulière et habituelle* », sont envoyés temporairement dans un autre État membre en vue d'y effectuer une prestation de services et, dans ce contexte, « *ne prétendent aucunement accéder au marché de l'emploi de ce second État, dès lors qu'ils retournent dans leur pays d'origine ou de résidence après l'accomplissement de leur mission* »²¹⁰. La question sera réitérée plusieurs fois, étant toujours présent le souci des États membres de protéger leurs marchés du travail.

Ainsi, dans l'affaire *Commission contre Luxembourg*²¹¹, la Cour revient sur l'exigence, imposée par l'État d'accueil, d'une autorisation de travail pour les travailleurs détachés. Le Luxembourg avait organisé une réglementation particulièrement contraignante à l'égard des entreprises d'autres États membres détachant des ressortissants d'États tiers. Outre un permis individuel de travail ou une autorisation collective de travail, dont la délivrance était soumise à des considérations liées à la situation, l'évolution ou l'organisation du marché de l'emploi, à la condition d'un contrat de travail à durée indéterminée ayant une ancienneté d'au moins 6 mois, il était aussi requis une garantie bancaire. Le gouvernement luxembourgeois justifiait cette législation par la protection sociale des travailleurs et la nécessité d'éviter une exploitation abusive de la main d'œuvre provenant d'États tiers et l'altération de la concurrence par des pratiques de dumping social. La Cour considère cependant que l'autorisation de travail « *suppose en effet des formalités et des délais propres à décourager la libre*

²⁰⁹ Arrêt CJCE, *Raymond Vander Elst contre Office des migrations internationales*, 9 août 1994, Aff. C-43/93, Rec., p. I-3803. Voir commentaire de cet arrêt par F. CASTILLO DE LA TORRE, « La libre circulation des services et les ressortissants des pays tiers : quelques réflexions au sujet de l'arrêt Vander Elst », *RMUE*, 1995, n° 2, pp. 131 – 159.

²¹⁰ Point 21 de l'arrêt *Vander Elst*.

²¹¹ Arrêt CJCE, *Commission des Communautés européennes contre Grand-duché de Luxembourg*, 21 octobre 2004, Aff. C-445/03, Rec., p. I-10191. Voir commentaire de cet arrêt par J. Ph. LHERNOULD, « Quelles règles nationales un État membre est-il autorisé à appliquer à un travailleur détaché sur son territoire dans le cadre d'une prestation de services ? », *RJS*, 2005, n° 3, pp. 189 – 192.

prestation de services au moyen des travailleurs détachés ressortissants d'un État tiers»²¹² et que des mesures aussi efficaces et moins restrictives, comme l'obligation pour l'entreprise de communiquer la présence, sur le territoire de l'État d'accueil, des ressortissants des pays tiers, la durée du détachement et la prestation de service qui justifie le détachement, pourraient être appliquées²¹³. L'exigence d'une ancienneté du contrat de travail d'au moins 6 mois ne peut non plus être acceptée dès lors qu'elle limite ainsi le droit à libre circulation pour « *des entreprises nouvellement créées qui souhaiteraient effectuer une prestation de services au Luxembourg en employant des travailleurs d'un État tiers* »²¹⁴. La Cour reconnaît cependant le droit des États membres à vérifier que l'entreprise établie dans un autre État membre, qui détache sur son territoire des travailleurs d'un État tiers, « *ne se sert pas de la liberté de prestation des services dans un but autre que l'accomplissement de la prestation concernée, par exemple celui de faire venir son personnel aux fins de placement ou de mise à la disposition de travailleurs* »²¹⁵.

Avec l'arrêt *Commission contre Allemagne*²¹⁶ est confirmée la prohibition des régimes nationaux d'autorisation préalable pour le détachement des ressortissants des pays tiers. Dans le cadre d'un recours en manquement, la Commission demande à la Cour de constater que l'Allemagne aurait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 49 CE en exigeant que les prestataires de services établis dans d'autres États membres de l'Union se conforment à certaines conditions spécifiques pour détacher des travailleurs ressortissants d'États tiers. Il s'agissait des dispositions de la législation allemande visant le caractère préalable du contrôle effectué par les autorités diplomatiques allemandes ainsi que de l'exigence d'une période d'emploi préalable d'un an au sein de l'entreprise envisageant du détachement de travailleurs.

L'Avocat Général Geelhoed, dans ses Conclusions présentées le 15 septembre 2005, anticipe la position de la Cour. Ainsi, après avoir considéré que la législation nationale est indistinctement applicable²¹⁷, et que donc elle peut être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, l'Avocat Général reconnaît le droit des États membres de réaliser un contrôle des possibles cas d'abus des dispositions communautaires. Mais ce contrôle doit respecter les limites imposées par le droit communautaire et ne doit pas rendre illusoire la

²¹² Point 30 de l'arrêt *Commission des Communautés européennes contre Grand-duché de Luxembourg*.

²¹³ Point 31 de l'arrêt *Commission des Communautés européennes contre Grand-duché de Luxembourg*.

²¹⁴ Point 34 de l'arrêt *Commission des Communautés européennes contre Grand-duché de Luxembourg*.

²¹⁵ Point 39 de l'arrêt *Commission des Communautés européennes contre Grand-duché de Luxembourg*.

²¹⁶ Arrêt CJCE, *Commission des Communautés Européennes c. République fédérale d'Allemagne*, Aff. C-244/04, 19 janvier 2006, Rec., p. I-855. Voir commentaire de cet arrêt par : J. CAVALLINI, « Le fait de soumettre à autorisation préalable et à une condition d'ancienneté d'un an le détachement de salariés étrangers ressortissants d'États tiers est contraire à l'article 49 CE », *JCP ed. S*, 7 mars 2006, n° 10, pp. 20 - 22 ; J. -Ph. LHERNOULD, « Détachement transfrontalier de ressortissants d'États tiers : une nouvelles condamnation pour entrave à la libre prestation de services », *RJS*, 2006, n° 5, pp. 361 - 364 ; O. LYNSKEY, « Arrêt Commission contre République fédérale d'Allemagne », *RDUE*, 2006, n° 1, pp. 188 - 192.

²¹⁷ Point 22 des conclusions.

liberté de prestation de services²¹⁸. L'argumentation faite par l'Avocat Général se fonde en grande mesure sur la jurisprudence *Rush Portuguesa* et *Commission c. Luxembourg*, précitées, pour conclure, comme la Cour, que l'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 49 CE.

En ce qui concerne la position de la Cour, face à l'argument du gouvernement allemand selon lequel la législation nationale visant la nécessité d'un contrôle préalable aurait pour but d'empêcher le contournement des exigences communautaires et nationales dans le cadre du détachement, elle répond que les mesures en cause entravent la libre prestation des services et qu'elles ne peuvent être justifiées par aucun objectif d'intérêt général. Le raisonnement de la Cour se fait de manière classique, en deux étapes : premièrement, la Cour vérifie si la mesure nationale entrave la libre circulation ; deuxièmement, elle cherche si les objectifs d'intérêt général invoqués peuvent justifier une telle restriction. Ainsi, au point 34 de l'arrêt, la Cour statue qu'« *une réglementation nationale qui subordonne l'exercice de prestation de services sur le territoire national, par une entreprise établie dans un autre État membre, à la délivrance d'une autorisation administrative constitue une restriction à la libre prestation des services au sens de l'article 49 CE* ». La Cour considère ainsi qu'il s'agit d'une réglementation nationale qui relève d'un domaine n'ayant pas fait l'objet d'une harmonisation et qui s'applique indistinctement à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'État membre concerné. Cependant cette législation entrave la libre circulation et elle peut être justifiée « *pour autant qu'elle répond à une raison impérieuse d'intérêt général qui n'a pas déjà été sauvegardée par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'État membre où il est établi, qu'elle soit propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre* »²¹⁹.

En invoquant sa jurisprudence antérieure, c'est-à-dire les arrêts *Rush Portuguesa* et *Commission c. Luxembourg*, précitées, la Cour établit le droit d'un État membre de vérifier qu'une entreprise établie dans un autre État membre, qui détache sur son territoire des travailleurs ressortissants d'un État tiers, ne se sert pas de la liberté de prestation des services dans un but autre que l'accomplissement de la prestation concernée. Même si la lutte contre l'abus des dispositions communautaires peut être acceptée en tant que raison impérieuse d'intérêt général, le principe de proportionnalité n'était pas respecté dans l'espèce. La mesure de contrôle préalable au détachement par les autorités allemandes « *excède ce qui est nécessaire pour prévenir les abus auxquels peut donner lieu la mise en œuvre de la liberté de prestation des services* »²²⁰. En effet, des mesures moins restrictives pouvaient être prises par les autorités allemandes,

²¹⁸ Point 23 des conclusions.

²¹⁹ Point 31 de l'arrêt *Commission des Communautés Européennes c. République fédérale d'Allemagne*.

²²⁰ Point 42 de l'arrêt *Commission des Communautés Européennes c. République fédérale d'Allemagne*.

comme une simple déclaration préalable attestant que les travailleurs concernés sont en situation régulière, notamment au regard des conditions de résidence, d'autorisation de travail et de couverture sociale, dans l'État membre où cette entreprise les emploie. Cette mesure offrirait une garantie que ceux-ci exercent leur activité principale dans l'État membre où est établie l'entreprise prestataire des services, et que donc cette dernière n'a pas cherché à faire venir son personnel en Allemagne aux fins de placement sur le marché national de l'emploi. L'ancienneté du contrat de travail ne peut non plus être sauvegardée par l'argument qu'elle est justifiée par la condition d'un emploi régulier et habituel telle que consacrée par la jurisprudence *Vander Elst*. En effet, une telle exigence n'est pas associée à une condition de résidence ou d'emploi d'une durée déterminée dans l'État d'établissement de l'entreprise prestataire de services²²¹.

Par un arrêt de 21 septembre 2006²²², la Cour de Justice confirme sa politique de « tolérance zéro » quant aux restrictions à la libre circulation de services²²³, en condamnant l'Autriche pour avoir imposé l'exigence d'une autorisation dénommée « confirmation de détachement européenne » et pour avoir refusé la régularisation sur place des personnes détachées ayant entré son territoire en violation des prescriptions internes en matière de visa.

Suite à l'abandon par la Commission de la proposition de directive relative aux conditions de détachement des travailleurs salariés ressortissants d'un État tiers dans le cadre d'une prestation de services transfrontaliers²²⁴, la jurisprudence de la Cour de Justice accroît son importance. Elle se situe cependant « à mi-chemin entre un protectionnisme excessif des États membres [...] et une application pure de la liberté de prestation des services »²²⁵, telle qu'imaginée par la proposition de directive « *Bolkestein* »²²⁶. Dans les deux articles²²⁷ dédiés au détachement de travailleurs, la proposition de directive prévoyait l'interdiction du régime d'autorisation préalable. L'État membre d'origine ne pouvait que veiller à ce que le prestataire ne détachait le travailleur que s'il résidait sur son territoire conformément à sa réglementation nationale et

²²¹ Point 55 de l'arrêt *Commission des Communautés Européennes c. République fédérale d'Allemagne*.

²²² Arrêt CJCE, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche*, 21 septembre 2006, Aff. C-168/04, Rec., p. I-9041. Voir commentaire de cet arrêt par E. MEISSE, « Conditions de détachement de travailleurs », *Revue Europe*, novembre, 2006, pp. 21 – 22.

²²³ O. LYNSKEY, *op. cit.*, p. 192.

²²⁴ COM (1999) 3 final. La proposition a été abandonnée en 2004 [COM (2004) 542 final]. Pour une analyse de la proposition de directive, voir J. TIEDJE, « La libre prestation de services et les ressortissants de pays tiers », *RMUE*, 1999, n° 2, pp. 73 – 105.

²²⁵ J. –Ph. LHERNOULD, « Détachement transfrontalier de ressortissants d'États tiers : une nouvelles condamnation pour entrave à la libre prestation de services », *op. cit.*, p. 363.

²²⁶ Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur, COM (2004) 2 final. Pour un commentaire de la proposition de directive voir T. UYEN DO, « La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur... définitivement hors services ? », *RDUE*, 2006, n° 1, pp. 111 – 130.

²²⁷ Articles 24 et 25.

avait un emploi régulier sur son territoire²²⁸. Bien que le détachement de travailleurs soit essentiel à la mise en œuvre de la libre prestation de services, il a été exclu de la version finale de la directive « Services »²²⁹, fait dérisoire dès lors que le régime jurisprudentiel fondé sur l'article 49 CE perdure²³⁰. En guise de compensation, la Commission a présenté, le même jour que la proposition modifiée, la Communication « Orientations concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services » de 4 avril 2006²³¹. La communication entend améliorer l'accès aux informations, la coopération administrative ainsi que le respect des législations sociales par la définition des « meilleures pratiques », en aidant ainsi les États membres à suivre la jurisprudence communautaire sur le détachement des travailleurs. La complexité du régime juridique actuel applicable aux travailleurs détachés transparaît de manière récurrente dans le contentieux communautaire et son évolution converge forcément vers « la simplification du droit nécessaire à l'accroissement de la mobilité des services »²³². Au moins pour le futur proche, cette tâche incombera aux juges et principalement à la Cour de Justice.

& IV. Le détachement des travailleurs et les contraintes des régimes de sécurité sociale

Si dans la jurisprudence analysée antérieurement, les entreprises cherchaient à éluder la législation nationale en matière de droit du travail, principalement les exigences relatives au salaire minimal, et du droit de l'immigration, il convient d'analyser encore l'utilisation du détachement des travailleurs avec l'objectif d'échapper aux contraintes des régimes de sécurité sociale. Après l'analyse de quelques dispositions pertinentes de la législation communautaire (A), nous analyserons la position du juge communautaire (B).

²²⁸ Article 25.

²²⁹ Directive n° 2006/123/CE du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JOUE n° L 376, 27.12.2006, pp. 36 – 68. Pour une analyse de la directive voir K. PEGLOW, « La libre prestation de services dans la directive n° 2006/123/CE. Réflexion sur l'insertion de la directive dans le droit communautaire existant », RTDE, 2008, n° 1, pp. 67 – 118.

²³⁰ J. CAVALLINI, « Le détachement des salariés au sein de l'Union européenne ou la prééminence du juge », *op. cit.*, p. 15. La directive « Services » contient néanmoins une référence à la lutte contre l'abus de droit : « La Cour de Justice a constamment affirmé qu'un État membre conserve le droit de prendre des mesures visant à empêcher des prestataires de tirer parti de façon abusive des principes du marché intérieur. Les abus de la part d'un prestataire devraient être établis au cas par cas » (considérant n° 79). Ceci signifie que le régime de l'abus de droit continuera à être de facture jurisprudentielle.

²³¹ COM (2006) 159 final. En vue d'améliorer la coopération administrative, la Commission a publié, tel que annoncé dans la Communication « Détachement de travailleurs dans le cadre de la prestation de services: en tirer les avantages et les potentialités maximum tout en garantissant la protection des travailleurs » (COM/2007/0304 final), la Recommandation du 31 mars 2008 relative à l'amélioration de la coopération administrative dans le contexte du détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JOUE n° C 85, 4.04.2008, pp. 1 – 4.

²³² L. DRIGUEZ, « Le détachement des travailleurs après la directive sur les services », *Revue Europe*, juin 2007, p. 39.

A) *La législation communautaire pertinente*

Le règlement n°1408/71²³³ contenait un système complet de normes de conflit et son objectif était, entre autres, de permettre la détermination de la loi applicable et de prévenir l'application cumulative des différentes législations nationales en matière de sécurité sociale. Le principe était celui de l'État d'occupation, c'est-à-dire que le travailleur occupé sur le territoire d'un État membre était soumis à la législation de cet État, même s'il résidait sur le territoire d'un autre État membre ou si l'employeur avait son siège ou son domicile sur le territoire d'un autre État membre [article 13 (1) (a)]. Cependant, cette règle recevait une exception importante, contenue dans l'article 14 (1) (a) : « *Le travailleur occupé sur le territoire d'un État membre par une entreprise dont il relève normalement et détaché sur le territoire d'un autre État membre par cette entreprise afin d'y effectuer un travail pour son compte demeure soumis à la législation du premier État, à condition que la durée prévisible de ce travail n'excède pas douze mois et qu'il ne soit pas envoyé en remplacement d'un autre travailleur parvenu au terme de la période de son détachement* ». Par voie de conséquence, le travailleur détaché restait soumis à la législation de l'État où il exerçait son travail normalement. L'objet d'une telle exception était de renforcer la libre prestation des services et de permettre aux entreprises de se prévaloir de cette liberté par le détachement de ses travailleurs dans d'autres États membres. Cette exception « *vise à surmonter les obstacles susceptibles d'entraver la libre circulation des travailleurs et à favoriser l'interpénétration économique, tout en évitant les complications administratives pour les travailleurs, les entreprises et les organismes de sécurité sociale* »²³⁴.

B) *La position du juge communautaire*

La règle décrite est facile à justifier, mais elle peut donner naissance à la tentation de la détourner, compte tenu des disparités importantes entre les États membres en ce qui concerne les charges sociales. Un employeur peut être tenté à s'établir dans un État membre où le coût des charges sociales est plus bas et puis, par le moyen des travailleurs détachés,

²³³ Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, JO, n° L 149, 5.7.1971, pp. 2 – 50. Ce règlement a été abrogé par le règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JOUE n° L 166, 30.04.2004, pp. 1–123. Pour avoir introduit des nouveaux mécanismes de coopération administrative, T. WANECQ voit dans ce règlement « *l'un des modes de progression adopté par les États membres pour actualiser le renouveau de la lutte contre la fraude et l'évasion sociales* » (T. WANECQ, « Le renouveau de la coopération communautaire en matière de lutte contre la fraude et les abus », *LPA*, 27 février 2008, n° 42, pp. 13 et s.)

²³⁴ Arrêt CJCE, *S.A.R.L. Manpower c. Caisse primaire d'assurance maladie de Strasbourg*, 17 décembre 1970, Aff. 35/70, Rec., p. 1251, point 10.

prester des services dans un autre État où les cotisations sociales sont plus élevées. Il s'agit ainsi d'un comportement abusif ou frauduleux contre lequel la Cour de Justice a dû réagir.

1) L'arrêt FTS²³⁵

Cette affaire avait pour objet l'interprétation de l'article 14 (1) (a) du règlement n° 1408/71 et principalement l'interprétation de la notion « *entreprise dont il [le travailleur] relève normalement* ». La situation était la suivante : FTS, une société de droit irlandais, exerçait des activités de placement de travailleurs tant en Irlande qu'aux Pays-Bas. Les travailleurs, tous citoyens irlandais, étaient engagés sur la base de contrats de travail conformes au droit irlandais et affiliés au régime de sécurité sociale irlandais, y compris pendant la période de détachement aux Pays-Bas. Les autorités néerlandaises considéraient cependant que ces travailleurs étaient à tort affiliés à ce régime social. La juridiction de renvoi ayant des doutes quant à la définition de « *l'entreprise dont elle relève normalement* » au sens de l'article 14 (1) (a) du règlement n° 1408/71, a saisi la Cour par des questions préjudicielles dans ce sens.

La Cour statue que pour pouvoir invoquer l'exception à l'application de la loi de sécurité sociale du pays d'emploi, prévue pour le cas de détachement temporaire de travailleurs, et, donc, appliquer la loi du pays où l'employeur est établi, il faut que, à côté d'un lien organique entre l'entreprise qui détache et le travailleur détache²³⁶, cette entreprise exerce normalement son activité dans l'État dans lequel elle est établie²³⁷. Par exercice normal de ses activités il faut comprendre un exercice habituel des activités significatives²³⁸. La Cour fait une liste des critères permettant d'apprécier si une entreprise exerce une activité significative sur le territoire²³⁹ : le lieu du siège de l'entreprise et de son administration, l'effectif du personnel administratif travaillant respectivement dans l'État membre d'établissement et dans l'autre État membre, le lieu où les travailleurs détachés sont recrutés et celui où sont conclus la plupart des contrats avec les clients, la loi applicable aux contrats de travail conclus par l'entreprise avec ses travailleurs, d'une part, et avec ses clients, d'autre part, ainsi que les chiffres d'affaires réalisés pendant une période suffisamment caractéristique dans chaque État membre concerné. La liste n'est pas exhaustive mais ces éléments doivent être examinés dans

²³⁵ Arrêt CJCE, *Fitzwilliam Executive Search Ltd (FTS) c. Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen*, 10 février 2000, Aff- C-202/97, Rec., p. I-883. Voir commentaires de cet arrêt par : P. RODIÈRE, « Droit social. Coordination des droits nationaux, loi applicable, compétence juridictionnelle », *RTDE*, 2003, pp. 540 – 542 ; Anonyme, « CJCE 10 février 2000, aff. C-202/97, *Fitzwilliam Executive Search Ltd c. Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen* », *RJS*, 2000, n° 5, pp. 415 – 416.

²³⁶ Point 22 de l'arrêt FTS.

²³⁷ Point 33 de l'arrêt FTS.

²³⁸ Point 45 de l'arrêt FTS.

²³⁹ Points 42 à 45 de l'arrêt FTS.

l'ensemble. Tous ces éléments permettraient de lutter contre les délocalisations abusives des entreprises vers des pays qui offrent un niveau plus bas de sécurité sociale.

L'Avocat Général Jacobs²⁴⁰ avait considéré que les limites imposées par le texte même de l'article 14 (1) (a) relatives à la durée maximale de 12 mois du travail temporaire et au fait que le travailleur ne doit pas être envoyé en remplacement d'une autre personne parvenue au terme de la période de son détachement, constituent « *des garanties significatives contre l'abus* ». L'Avocat Général ne voyait pas la nécessité de soumettre l'application des règles de sécurité sociale à « *des exigences supplémentaires en restreignant le choix d'une entreprise quant à l'État dans lequel elle s'établit et entend employer du personnel, dès lors que cet État reconnaît l'établissement de la société et n'élève pas d'objection à l'encontre de l'application de ses propres règles de sécurité sociale, et que l'entreprise exerce tout au moins une certaine activité commerciale dans cet État* »²⁴¹.

Une comparaison entre les critères imposés par la Cour et ceux énumérés par l'Avocat Général Jacobs nous permet d'observer que la première préfère être plus restrictive en matière de libre prestation des services et impose à l'entreprise des liens plus étroites avec le pays d'établissement, tandis que l'Avocat Général considère que le règlement fournit lui-même les instruments pour prévenir les abus.

2) L'arrêt *Plum*²⁴²

Les faits de l'affaire *Plum* ressemblent beaucoup à ceux de l'affaire *FTS* et donc il n'est pas nécessaire de les reprendre en détail. L'objet de la question préjudicielle porte sur l'applicabilité de l'exception au principe de l'État d'occupation aux travailleurs d'une entreprise de construction établie dans un État membre (Pays-Bas) qui sont affectés à des travaux de construction sur le territoire d'un autre État membre (Allemagne) dans lequel cette entreprise exerce, en dehors d'activités de gestion purement internes, la totalité de ses activités.

En reprenant le dispositif de l'arrêt *FTS*, la Cour de Justice statue « *qu'une entreprise de construction, établie dans un État membre, qui envoie ses travailleurs sur le territoire d'un autre État membre dans lequel elle exerce la totalité de ses activités, à l'exception d'activités de gestion purement internes, ne saurait se prévaloir de l'article 14, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 1408/71* »²⁴³. L'élément

²⁴⁰ Conclusions présentées le 28 janvier 1999.

²⁴¹ Point 43 des conclusions.

²⁴² Arrêt CJCE, *Josef Plum c. Allgemeine Ortskrankenkasse Rheinland, Regionaldirektion Köln*, 9 novembre 2000, Aff. C-404/98, Rec., p. I-9379. Voir commentaire de cet arrêt par : J. – P. LHERNOULD, « Sécurité sociale des travailleurs migrants. Détermination de la législation applicable. Travailleurs détachés dans un autre État membre », *DS*, n° 3, mars 2001, pp. 335 – 336 ; F. ROGER, « Vrai et faux détachement : incidence sur le régime de protection sociale », *RJS*, n° 6, 2001, pp. 491 – 493.

²⁴³ Point 22 de l'arrêt *Plum*.

nouveau ajouté par l'arrêt *Plum* se réfère à la détermination de la notion de « *activité normalement exercée* »²⁴⁴. Ainsi, les activités de gestion purement internes (la prise des communications téléphoniques, la réception du courrier, la tenue des livres de société et le déroulement des entretiens d'embauche) semblent ne pas être susceptibles à caractériser cette activité.

Dans le même sens se prononce l'Avocat Général Jacobs dans ses Conclusions présentées le 15 juin 2000 :

« *si la présence d'un bureau, utilisé pour le traitement du courrier et les entretiens d'embauche, suffisait aux fins de l'article 14, paragraphe 1, sous a), cette disposition ouvrirait la voie à de sérieux abus de la part d'entreprises cherchant à tourner la législation sociale plus onéreuse de certains États membres* »²⁴⁵.

La conséquence de la jurisprudence *FTS – Plum* est que l'exception apportée à la règle de principe voulant que le travailleur relève de la loi de son lieu d'activité sera écartée et les travailleurs intéressés seront alors soumis à la législation de sécurité sociale de l'État membre sur le territoire duquel ils sont effectivement occupés. Par les arrêts *FTS* et *Plum*, la Cour de Justice a essayé de trouver un « *point d'équilibre entre les impératifs économiques de libre circulation, la cohérence des règles communautaires de conflit de lois et le respect des systèmes nationaux de sécurité sociale* »²⁴⁶. Quant à l'efficacité de la solution trouvée par la Cour, des doutes subsistent²⁴⁷. On peut concevoir des entreprises qui parviennent à tirer profit des règles de conflit de lois sur le détachement tout en respectant l'exigence de l'exercice habituel d'une activité significative dans l'État d'établissement. Il s'agit des entreprises établies dans les zones frontalières d'un État membre, pour ainsi attirer l'application de la législation plus favorable en matière de sécurité sociale de ce pays, mais en prestant ses services dans l'État voisin. « *La Cour de Justice ne peut rien faire contre ce phénomène d'instrumentalisation des règles communautaires de conflit* »²⁴⁸.

²⁴⁴ Point 21 de l'arrêt *Plum*.

²⁴⁵ Point 16 des conclusions.

²⁴⁶ J. – P. LHERNOULD, « Sécurité sociale des travailleurs migrants. Détermination de la législation applicable. Travailleurs détachés dans un autre État membre », *op. cit.*, p. 335.

²⁴⁷ Par l'arrêt CJCE, *Rijksdienst voor Sociale Zekerheid contre Herbosch Kiere NV*, 26 janvier 2006, Aff. C-2/05, Rec., p. I-1079, la Cour de Justice s'est confrontée de nouveau avec la question du contrôle du caractère réel du détachement effectué. Il s'agissait de savoir si un juge de l'État d'accueil est autorisé à vérifier la validité d'un certificat E101, certificat délivré par l'institution désignée par l'autorité compétente de l'État membre d'établissement, attestant que les travailleurs sont soumis à sa législation en matière de sécurité sociale. La Cour donne une réponse négative, en privant les autorités nationales, dans le cas où elles ont des doutes sur l'existence d'un lien organique entre l'entreprise qui détache un travailleur et le travailleur détache, d'un instrument leur permettant de lutter contre l'abus.

Voir commentaire de cet arrêt par H. VERSCHUEREN, « Sécurité sociale et détachement au sein de l'Union Européenne. L'affaire Herbosch Kiere : ne occasion manquée de la lutte contre le dumping social transfrontalier et la fraude sociale », *RBS*, 2006, n° 3, pp. 402 – 451.

²⁴⁸ *Idem.*, p. 336.

Section V. L'abus de droit et les transports maritimes

Un dernier domaine de prestation de services qui a connu le flagelle de l'abus de droit concerne les transports maritimes. Plus précisément il s'agit de l'arrêt *Agip Petroli*²⁴⁹. Cette jurisprudence met en évidence la tendance de la jurisprudence communautaire à réaliser un régime commun au principe d'abus, applicable à toutes les libertés de circulation.

La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 3 (3) du règlement n° 3577/92 du Conseil du 7 décembre 1992 concernant l'application du principe de la libre circulation des services aux transports maritimes à l'intérieur des États membres²⁵⁰. Le litige au principal opposait Agip Petroli à la *Capitaneria di porto di Siracusa* et autres, au sujet d'une décision par laquelle la capitainerie a refusé à un navire, battant pavillon grec, l'autorisation d'effectuer un trajet de cabotage insulaire, sans cargaison, entre Magnisi et Gela, deux localités de Sicile. La société Agip Petroli avait affrété un navire battant pavillon grec pour le transport d'une cargaison de pétrole entre deux ports de Sicile et elle revendiquait la loi de l'État du pavillon au motif que le navire allait entreprendre ensuite un voyage direct vers l'étranger, mais l'autorisation lui a été refusée parce que des marins de nationalité philippine étaient employés à bord, ce qui était autorisé par la loi du pavillon, c'est-à-dire la loi grecque, mais contraire au droit italien.

Après avoir considéré que l'article 3 (3) du règlement est applicable en l'espèce²⁵¹, la Cour de Justice admet une dérogation dans le cas de fraude : « *Il convient de relever à cet égard que, selon une jurisprudence constante, les justiciables ne sauraient frauduleusement ou abusivement se prévaloir des normes communautaires* »²⁵². En invoquant sa jurisprudence dans des domaines comme le droit des sociétés, la politique agricole commune ou la fiscalité²⁵³, portant sur l'abus de droit, la

²⁴⁹ Arrêt CJCE, *Agip Petroli SA c. Capitaneria di porto di Siracusa e.a.*, 6 avril 2006, Aff. C-456/04, Rec., p. I-3395. Voir commentaire de cet arrêt par L. IDOT, « Cabotage et contournement de la loi de l'État d'accueil », *Revue Europe*, juin 2006, commentaire n° 196, pp. 18 – 19.

²⁵⁰ « Article 3

1. Pour les navires pratiquant le cabotage continental et les navires de croisière, toutes les questions relatives à l'équipage relèvent de la responsabilité de l'État dans lequel le navire est immatriculé (État du pavillon), à l'exception des navires jaugeant moins de 650 tonnes brutes qui peuvent se voir appliquer les conditions de l'État d'accueil.

2. Pour les navires pratiquant le cabotage avec les îles, toutes les questions relatives à l'équipage relèvent de la responsabilité de l'État dans lequel le navire effectue un service de transport maritime (État d'accueil).

3. Toutefois, pour les navires de transport de marchandises jaugeant plus de 650 tonnes brutes et pratiquant le cabotage avec les îles, lorsque le voyage concerné suit ou précède un voyage à destination d'un autre État ou à partir d'un autre État, toutes les questions relatives à l'équipage relèveront, à partir du 1er janvier 1999, de la responsabilité de l'État dans lequel le navire est immatriculé (État du pavillon).

[...] ».

²⁵¹ La question préjudicielle porte sur l'interprétation de la notion « voyage qui suit ou précède » le voyage de cabotage, au sens de la disposition communautaire citée.

²⁵² Point 19 de l'arrêt *Agip Petroli*.

²⁵³ Les arrêts *Kefalas*, *Diamantis*, *General Milk Products*, *Halifax*, analysés *infra* Première Partie, Titre Second.

Cour établit que « l'application de la réglementation communautaire ne saurait être étendue jusqu'au couvrir les pratiques abusives d'opérateurs économiques, c'est-à-dire les opérations qui ne sont pas réalisées dans le cadre de transactions commerciales normales, mais seulement dans le but de contourner des règles prévues par le droit communautaire »²⁵⁴. Par voie de conséquence,

« Il ne saurait être admis que l'armateur a créé artificiellement les conditions d'un voyage international sur lest pour que lui soit appliqué l'article 3, paragraphe 3, du règlement, et donc la législation de l'État du pavillon, au lieu de l'article 3, paragraphe 2, du règlement, à savoir la législation de l'État d'accueil »²⁵⁵.

L'arrêt *Agip Petroli* semble confirmer ainsi l'existence d'un principe général du droit communautaire d'interdiction de l'abus de droit et, par l'invocation d'une jurisprudence diverse visant tant des domaines harmonisés comme des domaines non harmonisés, met en évidence le caractère transversal du celui-ci.

La Cour va au-delà d'une simple définition de l'abus et analyse sa mise en œuvre. Ainsi, l'abus doit consister dans un élément objectif – le fait de l'armateur de se soustraire à l'application de la loi du pays d'accueil – et dans un élément subjectif – le but essentiel du voyage était de éviter l'application de l'article 3(2) du règlement. Il appartient aux juridictions nationales d'apprécier le caractère abusif du comportement de l'armateur et de décider de lui refuser le bénéfice de la disposition de droit communautaire. À cet égard, les juridictions nationales doivent prendre en considération les objectifs poursuivis par la disposition communautaire en cause.

De son côté, l'Avocat Général Kokott, dans ses Conclusions présentées le 8 décembre 2005, analyse de manière plus concise la question de la fraude. L'Avocat Général rappelle la jurisprudence *Centros* pour conclure que « les juridictions nationales peuvent donc dans des cas concrets tenir compte d'un comportement abusif, au regard de critères objectifs, pour refuser le bénéfice du droit communautaire »²⁵⁶. De plus, « des mesures qui ne visent pas particulièrement à empêcher que le droit national ne soit contourné mais qui reposent sur une présomption générale d'abus vont souvent au-delà de ce qui est nécessaire, et autorisé par le droit communautaire, pour prévenir les abus »²⁵⁷. Dans ce sens, l'Avocat Général invoque la jurisprudence *Lasteyrie du Saillant* et *Commission c. Danemark*²⁵⁸. Enfin, l'Avocat Général conclut que l'exigence du transport d'une cargaison lors du voyage international va au-delà de ce qui est nécessaire pour combattre les abus²⁵⁹. La condition imposée à l'armateur de faire la preuve que le voyage sans cargaison, réalisé avant ou après un

²⁵⁴ Point 20 de l'arrêt *Agip Petroli*.

²⁵⁵ Point 22 de l'arrêt *Agip Petroli*.

²⁵⁶ Point 51 des conclusions.

²⁵⁷ Point 52 des conclusions.

²⁵⁸ Analysés *infra* pp. 132 et s..

²⁵⁹ Point 55 des conclusions.

voyage de cabotage, soit « *sans conséquence, accessoire et économiquement justifié* » ne respecte non plus le principe de proportionnalité²⁶⁰.

Même si la situation de l'arrêt *Agip Petroli* nous rappelle la jurisprudence relative à la mise en œuvre du règlement n° 1408/71, nous considérons que l'originalité de cet arrêt réside dans le fait qu'il présente une situation d'abus de droit touchant à un nouveau domaine : les transports maritimes. Il s'agit du contournement d'une règle communautaire de conflits, ce qui amène à un contournement d'un droit national. L'armateur se met dans une situation entrant dans le champ d'application de l'article 3 (3) du règlement pour ainsi faire applicable de droit de l'État du pavillon. Il cherche à éluder l'application de l'article 3 (2) du règlement qui amenait ainsi à l'application du droit de l'État où le voyage avait lieu.

²⁶⁰ Point 59 des conclusions.

Chapitre III. *L'abus de droit et le droit d'établissement*

Le droit d'établissement fut un des domaines privilégiés de manifestation de l'abus de droit. Par l'analyse des arrêts rendus nous essayerons de mettre en évidence l'évolution de la notion en cause. La Cour est partie de simples mentions sporadiques pour arriver à créer une nouvelle notion autonome d'abus de droit. S'il est vrai que dans ce domaine, l'importance que la Cour accorde à la notion n'est pas comparable à celle des autres domaines, comme celui du droit des sociétés ou la matière fiscale, il convient de souligner pourtant l'importance des développements que la Cour fait quant à cette figure juridique.

Nous analyserons deux principaux domaines d'application du droit d'établissement : la reconnaissance des qualifications professionnelles et l'établissement des sociétés. Les premiers pas dans le sens de la reconnaissance de la notion d'abus de droit ont été faits en matière de reconnaissance des diplômes et dans le deuxième domaine la notion a connu son essor dans le domaine du droit d'établissement.

Notre analyse, de facture chronologique, va suivre les différentes étapes de la prise en considération de la notion d'abus de droit. Il s'agirait ainsi de mettre en évidence les premiers essais d'apercevoir l'abus de droit (Section I), pour ensuite passer à l'étape fondamentale de l'arrêt *Centros* (Section II).

Section I. L'abus de droit et la reconnaissance mutuelle des diplômes et qualifications professionnelles²⁶¹

Dans le faisceau des arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes il y en a plusieurs qui s'approchent de la notion d'abus de droit, ou plus précisément de celle de contournement du droit national. Dans un cadre de concurrence entre les systèmes réglementaires, la tendance des particuliers à se prévaloir d'une législation nationale plus favorable s'avère inévitable. Très tôt, le juge communautaire s'est rendu compte de l'existence de cette tendance et il a essayé de construire un cadre adéquat et d'établir les conditions de l'invocation par les États membres de la lutte contre l'abus.

& I. L'arrêt *Knors*

Un premier arrêt qui prend en considération la question de l'abus de droit est l'arrêt *Knors* du 7 février 1979²⁶². Ce ressortissant néerlandais domicilié en Belgique a travaillé dans ce pays en tant que travailleur salarié dans une entreprise d'installation – plomberie. Au retour dans son pays natal, il veut y travailler mais les autorités néerlandaises lui refusent l'autorisation de travail au motif qu'il n'est pas en possession des qualifications professionnelles requises par la législation néerlandaise. L'argument du refus se basait sur le fait que M. Knors ne peut pas invoquer la directive n° 64/427 du 7 juillet 1964²⁶³, qui mettait en place certaines mesures transitoires visant à faciliter la réalisation de la liberté

²⁶¹ Actuellement le cadre juridique est donné par la directive n° 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, JOUE n° L 255, 30.9.2005, pp. 22 – 142. Cette directive consolide dans un seul texte les trois directives relatives au système général de reconnaissance des qualifications professionnelles (la directive n° 89/48/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans, JOCE n° L 19, 24.01.1989, pp. 16 – 23; la directive n° 92/51/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, relative à un deuxième système général de reconnaissance des formations professionnelles, qui complète la directive n° 89/48/CEE, JOCE n° L 209, 24.07.1992, pp. 25 – 45; la directive n° 1999/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 juin 1999 instituant un mécanisme de reconnaissance des diplômes pour les activités professionnelles couvertes par les directives de libéralisation et portant mesures transitoires, et complétant le système général de reconnaissance des diplômes, JOUE n° L 201, 31.07.1999, pp. 77 – 93). Elle consolide également douze directives sectorielles couvrant les professions de médecin, d'infirmier, de praticien de l'art dentaire, de vétérinaire, de sage-femme, d'architecte et de pharmacien. Pour un commentaire de la directive n° 2005/36/CE voir J. PERTEK, « La reconnaissance des diplômes, un acquis original rationalisé et développé par la directive n° 2005/36 du 7 septembre 2005 », *Revue Europe*, mars 2006, pp. 4 – 9; « Consolidation de l'acquis des systèmes de reconnaissance des diplômes par la directive 2005/36 du 7 septembre 2005 », *RMCUE*, février 2008, n° 515, pp. 122 - 129. Le délai de transposition de la directive a expiré le 20 octobre 2007.

²⁶² Arrêt CJCE, *J. Knors contre Secrétaire d'État aux affaires économiques*, 7 février 1979, Aff. 115/78, Rec., p. 399. Voir commentaire sur cet arrêt : G. MORSE, « Facilitating directives and reverse discrimination », *ELR*, 1979, pp. 377 – 378.

²⁶³ Directive n° 64/427/CEE du Conseil, du 7 juillet 1964, relative aux modalités des mesures transitoires dans le domaine des activités non salariées de transformation relevant des classes 23 - 40 C.I.T.I. (Industrie et artisanat), JOCE n° 117, 23.07.1964, pp. 1863 – 1870.

d'établissement et de la libre prestation de services. La juridiction nationale saisit la Cour de Justice avec une question préjudicielle portant sur l'interprétation du champ d'application personnelle de la directive, dans le sens de savoir si peut être bénéficiaire de la directive aussi une personne possédant exclusivement la nationalité de l'État d'accueil.

La directive n° 64/427 visait à faciliter la libre circulation, en harmonisant les conditions d'accès aux activités professionnelles relevant de l'industrie et de l'artisanat, « *préalable indispensable à une libéralisation complète dans ce domaine* »²⁶⁴. L'article 3 de la directive dispose que, si un État membre conditionne l'accès à une activité à la possession de qualifications déterminées, cet État doit reconnaître comme preuve suffisante de ces connaissances et aptitudes l'exercice effectif dans un autre État membre de l'activité en cause.

En faisant preuve d'une interprétation systématique, le juge communautaire prend en compte les lignes directrices des deux Programmes généraux pour la suppression des restrictions à la libre prestation des services et à la liberté d'établissement²⁶⁵, pour retenir une conception large du champ d'application personnel de la directive. Ainsi :

*« En effet, ces libertés, fondamentales dans le système de la Communauté, ne seraient pas pleinement réalisées si les États membres pouvaient refuser le bénéfice des dispositions du droit communautaire à ceux de leurs ressortissants qui ont fait usage des facilités existant en matière de circulation et d'établissement et qui ont acquis, à la faveur de celles-ci, les qualifications professionnelles visées par la directive dans un pays membre autre que celui dont ils possèdent la nationalité »*²⁶⁶.

La législation nationale prévoyant l'obligation de demander une autorisation pour pouvoir exercer une activité professionnelle est indistinctement applicable aux nationaux et aux étrangers. L'affirmation faite par le juge communautaire, et aussi par l'Avocat Général G. Reischl²⁶⁷, au point 17 de l'arrêt semble ainsi étonnante : il n'est pas permis aux États membres d'établir une différence de traitement en fonction de la résidence ou de la nationalité du ressortissant. Mais il n'y avait aucune différence de traitement entre M. Knoors et tout ressortissant communautaire cherchant à exercer une activité professionnelle du type en cause. Pourquoi alors le juge communautaire a mis en évidence le caractère discriminatoire de la mesure nationale ? À ce moment là, on n'avait pas encore la jurisprudence *Guimont* et toutes

²⁶⁴ Point 9 de l'arrêt *Knoors*.

²⁶⁵ Programme général pour la suppression des restrictions à la libre prestation des services, JOCE n° 2, 15.01.1962, pp. 32 - 35 et Programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement, JOCE n° 2, 15.01.1962, pp. 36 - 45.

²⁶⁶ Point 20 de l'arrêt *Knoors*.

²⁶⁷ Les Conclusions de l'Avocat Général Gebhard Reischl, présentées le 12 décembre 1978. En faisant référence aux Conclusions de l'Avocat Général Mayras présentées le 29 mars 1977 sur l'affaire *Jean Thieffry contre Conseil de l'ordre des avocats à la cour de Paris*, Aff. 71/76, Rec., p. 780, l'Avocat Général Reischl soutient le caractère discriminatoire de la mesure nationale : « *Il serait bonnement absurde que, du seul fait de sa nationalité néerlandaise, le demandeur soit traité autrement qu'un Belge ou un ressortissant d'un autre État membre qui se trouve dans la même situation* ».

les distinctions qu'elle apportait²⁶⁸. Dans l'affaire *Knoors*, le juge communautaire anticipe d'une certaine manière la jurisprudence *Guimont* : sur une interprétation erronée du caractère communautaire de l'affaire, la Cour statue qu'en cas de mesure nationale discriminatoire, le national peut invoquer le droit communautaire pour ainsi échapper à l'emprise du droit national.

À la lecture du point 24 de l'arrêt, nous remarquons la persistance de la confusion du juge communautaire quant au caractère discriminatoire ou non de la mesure nationale. Ainsi il considère que M. Knoors se trouve dans « *une situation assimilable à celle de tous autres sujets bénéficiant des droits et libertés garantis par le Traité* », pour conclure qu'il ne s'agit pas d'une situation purement interne.

Surprenant encore est le passage concernant l'aspect de l'abus de droit, étant donné que le juge national ne l'avait pas inclus dans la question préjudicielle. Ainsi,

« [...] *on ne saurait méconnaître l'intérêt légitime qu'un État membre peut avoir d'empêcher qu'à la faveur des facilités créées en vertu du Traité, certains de ces ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale en matière de formation professionnelle* »²⁶⁹.

La Cour de Justice reconnaît la compétence des États membres pour traiter le contournement du droit national par les particuliers. S'agit-il d'une possible justification de la restriction considérée comme contraire au droit communautaire ? C'est probable, mais le juge communautaire ne l'analyse pas en termes de « *raison impérieuse d'intérêt général* », même s'il parle d'un « *intérêt légitime* » des États membres. La Cour de Justice pouvait-elle faire une analyse en termes de raisons impérieuses ? Oui, étant donné qu'il s'agissait d'une législation indistinctement applicable et donc pouvant être justifiée par une raison impérieuse. Cependant, en préférant constater le caractère discriminatoire de la mesure nationale, le juge communautaire restreint beaucoup les possibilités de justification. En réalité, ne pourront être invoqués que les exceptions prévues par l'article 46 du Traité CE. Il doit s'agir de la nécessité de mettre en œuvre « *un régime spécial pour les ressortissants étrangers, et justifiés par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique* ». La fraude à la loi serait-elle incluse dans cette exception ? La réponse serait négative. En premier lieu, parce que l'acteur principal de l'affaire n'est pas un étranger, mais le ressortissant du pays qui aurait adopté des mesures de lutte contre l'abus. L'exception d'ordre public se réfère strictement à la législation applicable aux étrangers limitant la libre circulation des personnes physiques et donc, dans le cas du droit d'établissement des personnes morales cette exception ne peut pas s'appliquer. Il ne s'agit pas

²⁶⁸ Voir *supra*, p. 30.

²⁶⁹ Point 25 de l'arrêt *Knoors*.

d'une exception susceptible de généralisation. En deuxième lieu, les exceptions prévues par le Traité sont d'interprétation stricte et ne couvrent pas la fraude à la loi²⁷⁰.

S'il est vrai qu'il est plus probable de trouver un contournement du droit national dans le cas d'une législation discriminatoire à l'encontre de ses propres nationaux, une fraude à une loi nationale indistinctement applicable est tout à fait possible. Dans ce dernier cas, ce qui incite le national à créer de manière artificielle une situation communautaire est le fait de pouvoir profiter d'une loi plus favorable que la loi nationale même si celle-ci est applicable sans discrimination. Le particulier est tenté d'échapper à l'emprise du droit national, même s'il n'y a pas une discrimination à rebours. Donc les discriminations à rebours constituent une cause possible et non exclusive de l'abus.

Il est intéressant de mentionner la précision que l'Avocat Général a apportée quant à la possible appréciation de l'abus de droit. Étant donné que les conditions de reconnaissance des activités professionnelles telles qu'établies par la directive « *ne sont pas faciles à remplir, et certainement pas par quiconque* », « *il n'y a pas lieu de s'attendre à ce qu'un nombre significatif de ressortissants de l'État d'accueil soient en mesure d'utiliser cette voie* » pour se soustraire aux règles de cet État²⁷¹. De plus l'harmonisation par une directive imposant des conditions strictes semble exclure le risque de fraude ou d'abus.

Le juge communautaire considère que le risque d'abus est imminent en droit communautaire et, si la compétition entre les systèmes réglementaires différents des États membres est la principale cause de l'apparition de la fraude à la loi, le plus simple procédé pour éliminer la possibilité de fraude serait d'éliminer les différences entre ces systèmes réglementaires. Et cela peut se faire par une harmonisation des législations nationales :

*« Il convient de souligner, au surplus, qu'il est toujours loisible au Conseil d'éliminer, en vertu des pouvoirs que lui donne l'article 57 du Traité [actuel article 47], la cause d'éventuelles fraudes à la loi, en assurant l'harmonisation des conditions de formation professionnelle dans les différents États membres »*²⁷².

Cependant, dans le secteur qui nous intéresse, étant donné la nature des professions en cause et les conditions précises formulées par la directive n° 64/427, le risque d'abus semble ainsi être exclu²⁷³.

²⁷⁰ Dans l'affaire CJCE, *Régina contre Pierre Bouchereau*, 27 octobre 1977, Aff. 30/77, Rec., p. 1997, la Cour a jugé que le recours à la notion d'ordre public ne pourrait se faire qu'au cas de « *menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société* ». La fraude à la loi ne serait pas incluse dans cette qualification.

S. SÁNCHEZ LORENZO (« El derecho europeo de sociedades y la sentencia « Centros » : la relevancia de la « sede real » en el ámbito comunitario », *AEDIPr*, 2000, pp. 148 – 149) met en évidence la confusion souvent faite entre fraude et ordre public, qu'apparaîtra tant l'arrêt *Segers*, comme *Centros*, analysés *infra*.

²⁷¹ Point 4 des conclusions.

²⁷² Point 27 de l'arrêt *Knoors*.

²⁷³ Point 26 de l'arrêt *Knoors*.

L'importance de cet arrêt se trouve dans le fait que le juge communautaire accepte implicitement la possible manifestation de l'abus de droit en matière de droit d'établissement, et plus précisément en matière de reconnaissance mutuelle des diplômes, en tant que phénomène qu'est favorisé substantiellement par la concurrence entre systèmes réglementaires nationaux.

& II. L'arrêt *Van Bijl*

M. Van de Bijl, de nationalité néerlandaise, se voit opposer le refus des autorités néerlandaises de lui accorder, en application de la directive n° 64/427, la même directive ayant fait l'objet de l'affaire *Knoors*, une exemption à l'interdiction d'exercer aux Pays-Bas la profession de peintre en bâtiment indépendant sans l'autorisation de la Chambre des métiers de la peinture. Il avait obtenu au Royaume-Uni une attestation d'avoir exercé à titre indépendant l'activité de peintre pendant une période totale de 4 ans et 5 mois. Cependant, les autorités néerlandaises contestent la validité de cette attestation, au motif que durant la même période, M. Van de Bijl avait également travaillé aux Pays-Bas.

Dans son arrêt²⁷⁴, la Cour de Justice commence par une interprétation communautaire de la notion d'« *exercice effectif dans un État membre de l'activité considérée* », en tant qu'une des conditions de reconnaissance, par un État membre réglementant l'activité en cause, de l'exercice de celle-ci dans un autre État membre. Ainsi, par cette condition il faut comprendre que « *cet exercice soit réel et effectif et s'accomplisse pendant un certain nombre d'années consécutives, c'est-à-dire sans interruption autre que celles résultant des événements de la vie courante* »²⁷⁵. L'effectivité de l'exercice de l'activité professionnelle constitue un moyen approprié pour démasquer l'existence d'un abus de droit. Ainsi, ne sauraient bénéficier de la directive n° 64/427 que les ressortissants qui avaient exercé de manière réelle et effective leurs activités professionnelles.

Si en principe, l'État membre d'accueil est lié par les constatations contenues dans l'attestation délivrée par l'État membre de provenance, sous peine de la priver de son effet utile, il y a des cas où l'État membre d'accueil est exempté de cette obligation. C'est le cas où des **éléments objectifs** l'amènent à considérer que l'attestation contient des **inexactitudes manifestes**. Ainsi, l'État membre d'accueil est habilité à prendre en compte « *des faits survenus*

²⁷⁴ Arrêt CJCE, *C.C. van de Bijl contre Staatssecretaris van Economische Zaken*, 27 septembre 1989, Aff. 130/88, Rec., p. 3039. Voir commentaire de cet arrêt par J.M. DE DIOS, « Sentencia de 27 de septiembre de 1989, asunto 130/88, M. C. C. Van de Bijl c. Staatssecretaris van Economische Zaken, RJC, 1990, pp. 537 – 539.

²⁷⁵ Point 18 de l'arrêt *Van Bijl*.

sur son propre territoire et directement pertinents au regard du caractère réel et effectif de la période d'activité professionnelle accomplie dans l'État membre de provenance »²⁷⁶.

Par la suite, le juge communautaire invoque sa propre jurisprudence en matière de contournement du droit national, et plus précisément les arrêts *Van Binsbergen* et *Knoors*, précités :

« on ne saurait davantage refuser à l'État membre d'accueil le droit de prendre des dispositions destinées à empêcher que la liberté d'établissement et la libre prestation des services que la directive vise à assurer soient utilisées par les intéressés en vue de se soustraire aux règles professionnelles exigées de ses nationaux »²⁷⁷.

Dans l'arrêt *Van de Bijl*, la Cour de Justice voit une manœuvre frauduleuse dans le fait pour un particulier de n'avoir pas exercé de manière effective l'activité professionnelle dont il réclame la reconnaissance. Et ce manque d'effectivité doit être prouvé par des éléments objectifs, comme des faits survenus sur le territoire de l'État d'accueil, mettant en évidence des inexactitudes manifestes contenues dans l'attestation délivrée par l'État de provenance. Même si la situation du M. Van de Bijl s'apparente beaucoup à celle de M.Knoors, la Cour de Justice ne se pose plus la question de savoir s'il s'agit ou non d'une situation purement interne. L'arrêt confirme de cette manière une interprétation restrictive de la notion de discrimination à rebours.

Par ailleurs, la Cour ne parle plus d'un intérêt légitime de l'État d'accueil de prendre des mesures pour lutter contre la fraude à la loi. Cependant, l'argumentation de la Cour nous fait penser à l'abus de droit en tant qu'exception au caractère automatique de la reconnaissance des activités professionnelles exercées dans un État membre. Néanmoins, la Cour ne l'analyse pas en termes d'exception. Alors que serait l'abus de droit ? La réponse de la Cour reste confuse. L'effet de la constatation d'une manœuvre frauduleuse est, selon la Cour, la possibilité pour l'État membre d'accueil de s'adresser à l'État membre de provenance en vue de demander des renseignements supplémentaires.

L'Avocat Général Darmon, dans ses conclusions présentées le 19 avril 1989, considère qu'il faut aller plus loin et permettre à l'État d'accueil de demander à l'État de provenance de retirer l'attestation. Cependant cette solution ne permet pas de sanctionner immédiatement la fraude. Dès lors, en invoquant le principe général « *fraus omnia corrumpit* », l'Avocat Général affirme que l'État d'accueil pourrait refuser de prendre en considération l'attestation obtenue frauduleusement et ainsi on pourrait sanctionner directement le comportement abusif, en refusant les bénéfices issus du droit communautaire.

²⁷⁶ Point 25 de l'arrêt *Van Bijl*.

²⁷⁷ Point 26 de l'arrêt *Van Bijl*.

Il faut remarquer ici deux choses. Premièrement, l'argumentation de l'Avocat Général est beaucoup plus convaincante que celle de la Cour. Il parle d'un principe général « *fraus omnia corrumpit* », qui serait un principe général commun aux États membres, et pourquoi pas du droit communautaire. Puis, il considère l'abus de droit en tant qu'exception à la reconnaissance mutuelle, qui permet à l'État d'accueil de refuser la reconnaissance dès lors qu'il constate une manœuvre frauduleuse. De son côté, la Cour n'autorise pas l'État d'accueil à procéder de cette manière et elle renvoie plutôt à la coopération entre les deux États pour résoudre le problème.

& III. L'arrêt *Bouchoucha*²⁷⁸

M. Bouchoucha, de nationalité française, est en possession d'un diplôme français de masseur – kinésithérapeute, qui ne lui permet pas de pratiquer l'ostéopathie, pour laquelle la législation nationale prévoit la nécessité d'une habilitation de médecine. M. Bouchoucha obtient au Royaume-Uni un diplôme en ostéopathie et revient en France où il commence à pratiquer l'ostéopathie. Il se voit soumis à une poursuite pénale pour avoir illégalement exercé cette activité. M. Bouchoucha soutient que cette interdiction de pratiquer l'ostéopathie est contraire à la liberté d'établissement.

Dans sa réponse à la question préjudicielle posée par la juridiction nationale, la Cour commence par constater qu'il ne s'agit pas d'une situation purement interne et que donc les dispositions du Traité relatives à la liberté de circulation sont applicables à l'affaire. La législation nationale est indistinctement applicable et, par voie de conséquence, il ne s'agit pas d'une discrimination à rebours. La Cour invoque la jurisprudence *Knoors* pour ainsi décider que M. Bouchoucha se trouve dans « *une situation assimilable à celle de tout autre sujet bénéficiant des droits et des libertés garantis par le Traité* »²⁷⁹.

Il faut souligner la particularité de la situation en présence : il n'y a aucune disposition communautaire réglemant les professions paramédicales et établissant la reconnaissance mutuelle. Cette situation n'empêcherait pas à M. Bouchoucha de bénéficier de la reconnaissance mutuelle basée sur les dispositions des articles 43 et suivants du Traité CE²⁸⁰.

²⁷⁸ Arrêt CJCE, *Procédure pénale contre Marc Gaston Bouchoucha*, 3 octobre 1990, Aff. C-61/89, Rec. I, p. 3551. Voir commentaires de cet arrêt par : M. – C. BOUTARD-LABARDE, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Libre circulation des personnes et des services », *JDI*, 1991, pp. 470 – 471 ; L. DUBOUIS, « Du bon usage du droit communautaire relatif à la liberté d'établissement des membres des professions de santé », *RDS*, 1991, n°2, pp. 214 – 217 ; J. LONBAY, « Picking over the bones : rights of establishment reviewed », *ELJ*, décembre 1991, pp. 507 – 520.

²⁷⁹ Point 13 de l'arrêt *Bouchoucha*.

²⁸⁰ Il est dans ce sens que s'est prononcée la Cour dans un feuillet des arrêts. Voir notamment l'arrêt *Hugo Fernando Hocsman contre Ministre de l'Emploi et de la Solidarité*, 14 septembre 2000, Aff. C-238/98, Rec. I, p. 6623 :

Il s'agirait d'une reconnaissance mutuelle, fondée sur la jurisprudence, qui complète, dans l'ordre communautaire la reconnaissance automatique établie par les directives. La Cour nie pourtant que la qualification professionnelle obtenue par le M. Bouchoucha « *bénéficie actuellement d'une reconnaissance mutuelle au niveau communautaire* »²⁸¹. En tout cas, il est regrettable que la Cour n'ait pas fait référence à l'article 47 (3) CE qui prévoit que, en ce qui concerne les professions médicales, paramédicales et pharmaceutiques, l'élimination progressive des restrictions sera subordonnée à la coordination de leurs conditions d'exercice dans les différents États membres, c'est-à-dire à l'adoption des directives. Ainsi, l'article 43 n'était pas applicable en espèce.

Qu'elle soit fondée sur le Traité ou sur une directive, la reconnaissance des qualifications professionnelles trouve une limitation très importante dans « *l'intérêt légitime qu'un État membre peut avoir d'empêcher qu'à la faveur des facilités créées en vertu du Traité certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire à l'emprise de leur législation nationale en matière de formation professionnelle* »²⁸². Ainsi :

« *Tel serait notamment le cas si le fait, pour le ressortissant d'un État membre, d'avoir obtenu dans un autre État membre un diplôme dont la portée et la valeur ne sont reconnues par aucune disposition réglementaire communautaire pouvait obliger l'État membre d'origine de ce ressortissant à lui permettre d'exercer les activités visées par ce diplôme sur son territoire, alors que l'accès à ces activités y est réservé aux détenteurs d'une qualification supérieure bénéficiant de la reconnaissance mutuelle au niveau communautaire et que cette réserve n'apparaît pas comme arbitraire* »²⁸³.

La manœuvre frauduleuse consisterait donc dans le fait du particulier de tenter d'obtenir la reconnaissance d'un diplôme pour développer, par la suite, une activité pour laquelle la législation nationale prévoit la nécessité d'une qualification supérieure bénéficiant de la reconnaissance mutuelle.

L'Avocat Général Darmon dans ses conclusions présentées le 6 mars 1990 avait insisté sur le fait que la législation nationale est indistinctement applicable pour conclure qu'il n'y avait pas une violation de la liberté d'établissement. Quant au possible abus, l'Avocat Général l'a défini comme « *un rattachement artificiel, à la sphère médicale d'une activité qui lui est*

« L'article 52 du Traité CE (devenu, après modification, article 43 CE) doit être interprété en ce sens que, lorsque, dans une situation non régie par une directive relative à la reconnaissance mutuelle des diplômes, un ressortissant communautaire présente une demande d'autorisation d'exercer une profession dont l'accès est, selon la législation nationale, subordonné à la possession d'un diplôme ou d'une qualification professionnelle, ou encore à des périodes d'expérience pratique, les autorités compétentes de l'État membre concerné sont tenues de prendre en considération l'ensemble des diplômes, certificats et autres titres, ainsi que l'expérience pertinente de l'intéressé, en procédant à une comparaison entre, d'une part, les compétences attestées par ces titres et cette expérience, et, d'autre part, les connaissances et qualifications exigées par la législation nationale ».

²⁸¹ Point 14 de l'arrêt *Bouchoucha*.

²⁸² *Idem*.

²⁸³ Point 15 de l'arrêt *Bouchoucha*.

indiscutablement étrangère »²⁸⁴. Par voie de conséquence, il considère que l'hypothèse d'un abus est exclue et qu'elle ne doit même pas être envisagée par la Cour. Ainsi, le critère pour établir s'il y a ou non fraude est constitué par la distinction entre les activités qui sont d'ordre médical et celles qui ne le sont pas. Et certainement l'ostéopathie appartient à la sphère médicale²⁸⁵.

De notre point de vue, l'arrêt *Bouchoucha* démontre à nouveau la position hésitante du juge communautaire quant à l'application du droit communautaire aux discriminations à rebours et la manière de résoudre la question du contournement du droit national dans le cas où il n'y a pas d'harmonisation législative. Ce que nous ne comprenons pas est le fait que la Cour de Justice introduise, à différence de la jurisprudence analysée plus haut, des nuances dans son dispositif, quant au type de reconnaissance. La distinction entre reconnaissance automatique, fondée sur des directives, et reconnaissance mutuelle basée sur le Traité ne devrait pas influencer sur la possibilité de sanctionner une fraude à la loi nationale.

& IV. L'arrêt *Kraus*²⁸⁶

M. Kraus, de nationalité allemande, ayant obtenu un titre universitaire de troisième cycle au Royaume-Uni, demande aux autorités allemandes la possibilité de l'utiliser sans être conditionné par une autorisation préalable. Le Code pénal allemand punit d'un emprisonnement d'un an au maximum ou d'une amende toute personne qui utilise, sans y être autorisée, des titres universitaires obtenus à l'étranger. La Cour de Justice est priée de se prononcer sur la compatibilité de la législation allemande avec l'article 39 CE ou toute autre disposition pertinente en l'espèce du droit communautaire. L'arrêt *Kraus* apporte des précisions importantes sur l'interprétation du droit communautaire sur plusieurs aspects :

²⁸⁴ Point 10 des conclusions.

²⁸⁵ L. DUBOIS, « Du bon usage du droit communautaire relatif à la liberté d'établissement des membres des professions de santé », *op. cit.*, p. 217, parle d'un double abus. Il s'agit premièrement de l'abus consistant « *en ce qu'un État membre rattache artificiellement à l'exercice de la médecine une activité qui lui serait étrangère* ». Ce rattachement abusif pourrait permettre à un État d'apporter une atteinte injustifiée au droit d'établissement ou à la libre prestation des services. Cependant, cette forme d'abus est justifiée par la marge d'appréciation qu'on a laissée aux États membres dans ce domaine. En deuxième lieu, il s'agit de l'abus de la part de M. Bouchoucha consistant en se prévaloir d'un diplôme obtenu dans un autre État membre et dont la portée et la valeur ne sont pas reconnues par aucune norme communautaire, en vue d'avoir accès dans son État à des activités qui sont réservées aux titulaires d'une qualification supérieure bénéficiant de la reconnaissance mutuelle au niveau communautaire.

²⁸⁶ Arrêt CJCE, *Dieter Kraus contre Land Baden – Württemberg*, 31 mars 1993, Aff. C-19/92, Rec. I, p. 1663. Voir commentaires sur cet arrêt par : L. CARTOU, « Liberté d'établissement et diplômes universitaires », *LPA*, 8 septembre 1993, n° 108, pp. 19 – 20 ; C. DENYS, « Affaire n° C-19/92, Dieter Kraus et Land Baden-Württemberg », *CDE*, n° 5-6, 1994, pp. 638 – 662 ; J. – G. HUGLO, « La reconnaissance mutuelle des diplômes et des titres universitaires dans la jurisprudence communautaire », *Gaz. Pal.*, mai-juin 1995, III Doct., pp. 668 – 672 ; A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, « Utilización de títulos universitarios de tercer ciclo obtenidos en Estados miembros distintos al de establecimiento. El elemento discriminación en las restricciones a las libertades comunitarias », *GJCE*, n° 85, juin 1993, pp. 23 – 27 ; W.-H. ROTH, « Case C-19/92, Dieter Kraus v. Land Baden-Württemberg, Judgement of 31 March 1993 », *CMLR*, 1993, pp. 1251 – 1258.

d'une part, sur l'interprétation de la discrimination à rebours et de l'article 43 du Traité et, d'autre part, sur la consécration de la fraude à la loi en tant que raison impérieuse d'intérêt général justifiant une entrave à la liberté d'établissement.

Après avoir constaté que M. Kraus se trouve dans « *une situation assimilable à celle de tout autre sujet bénéficiant des droits et libertés garantis par le Traité* »²⁸⁷, la Cour conclut que sa situation est régie par le droit communautaire²⁸⁸. Ensuite, elle dit que « *en l'absence d'harmonisation des conditions dans lesquelles un titulaire d'un diplôme universitaire de troisième cycle est habilité à s'en prévaloir dans les États membres autres que celui où le titre a été délivré, les États membres restent en principe compétents pour définir les modalités auxquelles ils subordonnent l'utilisation d'un tel titre sur le territoire* »²⁸⁹. Cependant, le Traité CE, et plus précisément les articles 39 et 43, d'une part, et 10, d'autre part, posent des limites à la compétence des États membres. Par voie de conséquence, la législation adoptée ne doit pas constituer une entrave à la libre circulation :

« *En conséquence, les articles 48 et 52 [actuels articles 39 et 43]²⁹⁰ s'opposent à toute mesure nationale, relative aux conditions d'utilisation d'un titre universitaire complémentaire, acquis dans un autre État membre, qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants communautaires, y compris ceux de l'État membre auteur de la mesure, des libertés fondamentales garanties par le traité* »²⁹¹.

Le premier commentaire que l'on peut faire se réfère au fait que, si des doutes existaient quant à la possibilité de prohiber les discriminations à rebours, l'arrêt *Kraus* les élimine²⁹². De plus, la Cour se satisfait de l'acquisition d'une qualification professionnelle reconnue par les dispositions du droit communautaire, indépendamment d'une reconnaissance par une directive²⁹³.

²⁸⁷ Point 15 de l'arrêt *Kraus*.

²⁸⁸ Il ne faut pas ignorer le changement dans la formule utilisée par la Cour. Dans l'arrêt *Knoors*, la Cour met en évidence le fait que la qualification professionnelle en cause faisait l'objet d'une harmonisation mise en place par une directive. Ce n'est pas le cas du M. Kraus, mais cette circonstance n'empêche pas la Cour d'adopter une position similaire.

²⁸⁹ Point 27 de l'arrêt *Kraus*.

²⁹⁰ Il faut noter le fait que l'Avocat Général, dans ses Conclusions n'avait pas analysé l'affaire du point de la vue de la compatibilité de la législation nationale avec le droit d'établissement.

²⁹¹ Point 32 de l'arrêt *Kraus*.

²⁹² La Cour de Justice souligne que, même si un titre universitaire de troisième cycle ne conditionne normalement pas l'accès à une profession salariée ou indépendante, la possession d'un tel titre constitue néanmoins, pour celui qui peut s'en prévaloir, « *un avantage tant pour accéder à une telle profession que pour y prospérer* » (point 18). Ainsi, ce titre universitaire est de nature à faciliter l'accès à une profession, « *en améliorant les chances de son titulaire d'être engagé par rapport à des candidats qui ne peuvent se prévaloir d'aucune qualification complémentaire à la formation de base requise pour occuper le poste en cause* » (point 19). De plus, la possession d'un tel diplôme peut assurer à son titulaire une rémunération plus élevée ou un avancement plus rapide ou encore l'accès à certains postes spécifiques réservés aux personnes ayant des qualifications particulièrement élevées (point 21). La Cour élimine donc tous les doutes concernant l'applicabilité du droit communautaire à l'espèce.

²⁹³ La Cour de Justice avait déjà fait de l'équivalence des diplômes une exigence, déduite de l'article 43 CE, mise à la charge des États membres quand aucune disposition nationale ne permettait de reconnaître l'équivalence

Si dans l'affaire *Bouchouba*, la Cour avait admis que la législation nationale est compatible avec le droit communautaire sous condition de ne pas être discriminatoire, dans l'affaire *Kraus* elle fait une interprétation extensive de ce qu'il faut comprendre par restriction à la liberté d'établissement. Ainsi, est interdite toute entrave à la libre circulation, ce qui représente un premier pas vers l'unification du régime des libertés de circulation. Et la recherche d'une unification ne s'arrête pas ici, parce que la Cour introduit en matière de libre circulation des personnes la notion de « *raison impérieuse d'intérêt général* ». Une mesure nationale peut se justifier pour des raisons impérieuses d'intérêt général, à condition qu'elle soit propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif²⁹⁴.

L'objectif visé par la législation allemande est de protéger le public contre l'utilisation trompeuse des titres universitaires acquis en dehors du territoire de l'Allemagne. Cet objectif peut constituer « *un intérêt légitime de nature à justifier une restriction, de la part de l'État membre en cause, des libertés fondamentales garanties par le Traité* »²⁹⁵, et l'institution d'une procédure de délivrance d'autorisations administratives, préalables à l'utilisation du titre universitaire acquis dans un autre État membre, et des sanctions pénales en cas de non-respect de cette procédure, ne sont pas incompatibles avec « *les impératifs du droit communautaire* »²⁹⁶.

L'arrêt *Kraus* est important de plusieurs points de vue. D'une part, il confirme une interprétation de plus en plus restrictive de la notion de situation purement interne, et d'autre part, une interprétation de plus en plus large de la notion de restriction à la liberté d'établissement. L'autre apport important concerne directement l'objet de notre recherche : l'abus de droit. La Cour de Justice avance par rapport aux arrêts *Knoors*, *Van Bijl* et *Bouchouba* dans le sens qu'elle adopte une nouvelle interprétation de cette notion. La Cour trouve une place pour la lutte contre l'abus de droit : elle peut fonctionner en tant que raison impérieuse d'intérêt général et doit répondre aux conditions de proportionnalité. Une autre précision importante vise le fait que l'abus de droit ne se limite pas aux seules qualifications professionnelles mais elle est applicable aussi à l'utilisation des titres universitaires, même s'il ne s'agit pas d'une restriction directe à l'accès. L'arrêt *Kraus* est un premier pas vers une interprétation extensive de l'abus de droit. Un autre point de l'arrêt qu'a attiré notre attention a été la délimitation du champ d'opérativité de l'abus à des situations caractérisées par

d'un diplôme obtenu dans un autre État membre au diplôme national exigé pour l'accès à la profession (Arrêt CJCE, *Irène Vlassopoulou contre Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, 7 mai 1991, Aff. C-340/89, Rec., p. I-2357).

²⁹⁴ Point 32 de l'arrêt *Kraus*.

²⁹⁵ Point 35 de l'arrêt *Kraus*.

²⁹⁶ Point 36 de l'arrêt *Kraus*.

l'absence d'harmonisation. Il faut s'interroger si l'abus ne pourrait pas être aussi applicable à des domaines harmonisés²⁹⁷.

& V. Les conclusions de l'Avocat Général Poiars Maduro dans l'affaire *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*²⁹⁸

Récemment la question de l'abus dans le fonctionnement de la reconnaissance mutuelle des diplômes a été évoquée dans les conclusions présentées par l'Avocat Général Poiars Maduro dans l'affaire *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*. M. Cavallera, de nationalité italienne, après avoir obtenu en Italie le diplôme d'ingénieur mécanicien, demande auprès du Ministère espagnol de l'Education et de la Science l'homologation de ce titre. Par la suite, sans que la réussite d'un examen d'État soit requise, M. Cavallera s'inscrit au Collège des ingénieurs de Catalogne, ce qui l'habilite à exercer la profession d'ingénieur en Espagne. En retournant en Italie, il demande aux autorités italiennes (*Consiglio Nazionale degli Ingegneri*) la reconnaissance dans ce pays du titre professionnel espagnol afin d'exercer, pour la première fois, cette profession en Italie. Suite au refus des autorités italiennes, un processus a commencé en débattant l'application à l'espèce de la directive n° 89/48/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans²⁹⁹. En éprouvant des doutes à ce sujet, le juge national invite ainsi la Cour de Justice à lui fournir de l'aide. Il s'agit donc de savoir si un ressortissant communautaire peut invoquer les dispositions de la directive mentionnée dans son État membre d'origine, aux fins de la reconnaissance d'un diplôme qui résulte d'une simple homologation d'un cursus universitaire de trois ans suivi dans cet État d'origine.

L'Avocat Général distingue premièrement entre l'application de la directive et son invocabilité par un particulier se trouvant dans une situation comme celle de M. Cavallera. En ce qui concerne le champ d'application de la directive n° 89/48/CEE, l'Avocat Général souligne que, en adoptant une interprétation large³⁰⁰, la décision de l'homologation peut être considérée comme un diplôme au sens de ladite directive, dès lors que la personne concernée a obtenu, dans l'État qui délivre cette décision, une compétence professionnelle résultant de

²⁹⁷ L'abus de droit n'est pas exclu en cas d'harmonisation, comme on verra *infra* Titre Second.

²⁹⁸ Conclusions de l'Avocat Général Poiars Maduro présentées le 28 février 2008 sur l'affaire CJCE, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri c. Ministero della Giustizia, Marco Cavallera*, Aff. C-311/06, non encore publiées.

²⁹⁹ JO n° L 19, 24.01.1989, pp. 16-23.

³⁰⁰ Au contraire une interprétation restrictive aurait risqué d'aboutir à une exclusion systématique du champ d'application de la directive des situations qui répondent en réalité parfaitement aux objectifs de la libre circulation (points 27 et suivants).

l'exercice de la profession sur son territoire³⁰¹. L'Italie ne peut pas refuser de reconnaître l'accès à une profession dès lors que, conformément à l'article 3 (1) (a) de la directive n° 89/48/CEE, le ressortissant en cause « possède le diplôme qui est prescrit par un État membre pour accéder à cette même profession sur son territoire ». Cependant l'applicabilité de la directive ne doit pas se confondre avec son invocabilité et il est dans ce contexte que la notion d'abus de droit est relevante.

Même si seulement la juridiction nationale est compétente pour vérifier si les éléments constitutifs de l'abus de droit sont réunis, l'Avocat Général rappelle la compétence de la Cour de Justice de fournir « des précisions visant à guider la juridiction nationale dans son interprétation »³⁰². Ainsi, après invoquer la définition donnée dans la jurisprudence *Emsland*³⁰³, M. Poiares Maduro analyse la question de la contrariété entre le résultat atteint par le comportement en cause et l'objectif poursuivi par la disposition communautaire. L'objectif du système général de reconnaissance des diplômes est de faciliter l'exercice effectif de la libre circulation des personnes, sur trois aspects : a) le ressortissant doit pouvoir exercer sa profession dans un autre État membre, en dépit des différences de réglementation entre l'État membre d'origine et l'État membre d'accueil ; b) le ressortissant peut choisir l'État membre dans lequel il veut acquérir la qualification professionnelle ; c) les institutions éducatives d'un État membre ont la possibilité de fournir leurs services à des ressortissants d'autres États membres et de dispenser de tels services sur les territoires d'autres États membres.

L'exercice effectif de la libre circulation suppose un certain degré d'interpénétration économique et social prouvé par le fait que le ressortissant a pu bénéficier d'un accès à une formation académique et/ou professionnelle dispensée dans le cadre d'un système d'un État membre autre que son État d'origine³⁰⁴. Par voie de conséquence, le fait que le ressortissant ait entendu profiter d'un accès plus avantageux à une profession d'un autre État membre que celui où il a suivi ses études correspond aux objectifs de la libre circulation des personnes³⁰⁵. Cependant dans une situation comme celle de M. Cavallera, il peut y avoir des doutes quant à l'existence d'un exercice effectif de la libre circulation. Le fait que la reconnaissance mutuelle lui permet d'avoir accès, dans son État d'origine, à une profession pour laquelle il n'a pas les qualifications professionnelles nécessaires est « manifestement contraire à l'objectif poursuivi par la directive »³⁰⁶. Pour prouver l'existence de l'abus, cette contrariété apparente avec l'objectif de la directive n'est pas suffisant et il faut encore que l'avantage obtenu « ne puisse être objectivement

³⁰¹ Point 32 des conclusions.

³⁰² Point 41 des conclusions.

³⁰³ Voir développement *infra* pp. 196 et s..

³⁰⁴ Point 50 des conclusions.

³⁰⁵ Point 51 des conclusions.

³⁰⁶ Point 53 des conclusions.

justifié par aucune autre considération que celle de contourner les dispositions de la législation nationale afin d'obtenir l'accès à une profession dans un État membre sans en remplir les conditions »³⁰⁷.

Une fois analysé le comportement du particulier, il convient de se pencher sur la législation nationale de lutte contre les pratiques abusives. Elle doit répondre vraisemblablement à cet objectif et doit encore être proportionnée. L'Avocat Général ne développe pas cet aspect en laissant à la juridiction nationale la tâche importante de le faire.

Les conclusions de l'Avocat Général Poiares Maduro sur cette affaire ont permis de mettre en évidence l'évolution du raisonnement juridique sur l'abus de droit et prouvent une certaine maturité de la notion. En même temps, l'affaire prouve l'actualité de la manifestation de l'abus de droit en droit communautaire³⁰⁸.

³⁰⁷ Point 54 des conclusions.

³⁰⁸ Très récemment, la Cour de Justice a manqué une occasion importante de se prononcer sur la question de l'abus de droit dans le cadre de la reconnaissance mutuelle des permis de conduire. Il s'agit de l'arrêt CJCE, *Arthur Wiedemann contre Land Baden-Württemberg et Peter Funk contre Stadt Chemnitz*, 26 juin 2008, Aff. Jes. C-329/06 et C-343/06, non encore publié. La question préjudicielle adressée à la Cour de Justice portait sur l'interprétation de certaines dispositions de la directive n° 91/439/CEE du Conseil, du 29 juillet 1991, relative au permis de conduire, JOCE n° L 237, 24.8.1991, pp. 1–24, et principalement sur l'obligation, qui incombe aux États membres, de reconnaissance mutuelle des permis de conduire délivrés dans les autres États membres. L'existence d'une manœuvre frauduleuse était évidente : MM. Wiedmann et Funk avait obtenu en République Tchèque des permis de conduire postérieurement au retrait administratif de leur permis de conduire allemand pour cause, respectivement, de consommation de drogue et de consommation d'alcool. La Cour de Justice se penche que sur les obligations qui incombent aux États membres et n'analyse pas le comportement des particuliers impliqués dans l'affaire.

Ainsi la Cour statue « *qu'un État membre d'accueil qui soumet la délivrance d'un permis de conduire à des conditions nationales plus sévères, notamment après le retrait d'un permis antérieur, ne saurait refuser la reconnaissance d'un permis de conduire délivré ultérieurement par un autre État membre au seul motif que le titulaire de ce nouveau permis l'a obtenu en application d'une réglementation nationale qui n'impose pas les mêmes exigences que cet État membre d'accueil* » (point 54). De plus, le principe de reconnaissance mutuelle s'oppose à ce qu'un État membre refuse de reconnaître un permis de conduire délivré par un autre État membre au motif qu'il dispose des informations prouvant que le titulaire du permis ne remplissait pas, à la date de la délivrance du permis, les conditions requises pour l'obtenir (point 55). Si l'État d'accueil a des raisons sérieuses de douter sur la régularité de ce permis de conduire, il doit coopérer avec l'État de délivrance dans le cadre d'assistance mutuelle et d'échange d'informations mis en œuvre par la directive (point 57).

La Cour se penche sur un seul moyen pour lutter contre le « *tourisme du permis de conduire* », tel que dénommé par la Commission Européenne (point 69). Ainsi la Cour souligne que le non respect de la condition de résidence imposée par l'article 7(1) de la directive justifie le refus par l'État membre de résidence de reconnaître le permis de conduire délivré dans un autre État.

L'Avocat Général Y. Bot, dans ses conclusions présentées le 14 février 2008 sur cette même affaire, n'avait non plus insisté sur la question de l'abus de droit. Pourtant il fait quelques références à la « *volonté de fraude des titulaires des permis litigieux* » (point 72). Une application « *normale et traditionnelle* » du principe de reconnaissance mutuelle pourrait avoir pour conséquence, dans une situation comme celle de l'affaire, « *de faciliter ou d'entériner la fraude et de renforcer ainsi la situation de danger potentiel allant ainsi directement à l'encontre du but de la directive 91/439, exprimé par elle-même, de renforcer la sécurité routière* » (point 81). Finalement l'Avocat Général considère qu'il s'agit d'une falsification du permis de conduire : « *une personne indélicata se fait délivrer frauduleusement un titre administratif qui, sous couleur d'authenticité, lui reconnaît en apparence un droit dont elle est en réalité privée* » (point 85).

Dans le même sens dans une affaire présentant des faits semblables, voir les conclusions de l'Avocat Général Y. BOT présentées le 17 juillet 2008 sur l'affaire CJCE, *Staatsanwaltschaft Siegen contre Frank Weber*, Aff. C-1/07, non encore publiées.

Section II. L'abus de droit et le droit d'établissement des personnes morales

Dans cette section, nous examinerons la manifestation de la notion d'abus de droit en matière de droit d'établissement des sociétés. À partir de l'arrêt *Centros*, nous pouvons parler d'un accroissement de l'importance de la notion d'abus et la jurisprudence postérieure confirme cette direction et essaie de lui apporter de nouveaux éléments. Une approche double, de droit communautaire et de droit international privé, peut nous aider à mieux expliquer la notion de l'abus de droit en droit communautaire.

& I. La reconnaissance mutuelle des sociétés sur le plan législatif

Le droit communautaire ne contient pas un système général de reconnaissance des sociétés et des personnes morales. La reconnaissance des sociétés serait pourtant opportune dans un cadre où les États membres divergent quant au critère adopté pour établir la nationalité d'une personne morale. Ainsi, certains pays reconnaissent les sociétés étrangères en vertu du critère du siège social, d'autres tiennent compte, dans certains cas, du siège réel s'il est différent du siège statutaire, d'autres, enfin, retiennent le critère de l'incorporation³⁰⁹. Or, sans être reconnue, une société ne peut en principe se prévaloir de la capacité juridique qui lui est offerte par la loi de l'État auquel elle est rattachée.

Sur le fondement de l'article 220 (actuel article 293) du Traité CE, les six États membres originaires ont conclu à Bruxelles, le 29 février 1968, une convention relative à la reconnaissance mutuelle des sociétés au sens de l'article 58 du Traité CE (actuel article 48). Le système de principe qui fut adopté fut celui de l'incorporation, c'est-à-dire la reconnaissance des sociétés constituées en conformité avec la loi d'un État partie à la Convention et dont le siège social se trouverait dans un État aussi partie à la Convention. Puis des tempéraments ont été apportés à ce critère pour ainsi permettre à un État membre de ne pas reconnaître une société des lors que son siège social réel se trouvait en dehors du champ d'application territorial de la Convention, ou de faire application des dispositions impératives de sa législation aux sociétés qui auraient leur siège social réel sur leur territoire. Cependant ces dernières modifications n'ont pas reçu le soutien des Pays-Bas, adepte ferme du critère de l'incorporation. L'adhésion du Royaume-Uni n'a fait qu'agrandir les divergences, et ainsi la Convention n'est pas entrée en vigueur.

³⁰⁹ La société obtient la nationalité du pays où les associés accomplissent les formalités administratives de constitution de la société.

Par la suite, les autorités communautaires se sont engagées dans une œuvre importante de coordination des droits nationaux, afin de rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés dans le but de protéger les intérêts tant des associés que des tiers. Ainsi, ont été adoptées plusieurs directives concernant la publicité obligatoire, la validité des engagements sociaux et les nullités³¹⁰, la constitution de la société anonyme et le maintien et les modifications de son capital³¹¹, les fusions de sociétés anonymes,³¹² etc. Cependant, la législation adoptée jusqu'à ce moment ne répond pas à toutes les nécessités du marché unique. Il y a des aspects restés en dehors de toute harmonisation et où l'intervention du juge communautaire a joué un rôle déterminant.

& II. La reconnaissance mutuelle des sociétés et la mise en cause des normes nationales de conflit : un cadre favorable à la manifestation de l'abus de droit

Dans cette section, notre attention se tournera vers les célèbres affaires *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art* et sur leur influence sur la théorie de l'abus de droit et de fraude à la loi en droit communautaire. Il convient, préalablement, de présenter l'affaire *Segers*, le premier arrêt donné en relation avec le droit d'établissement des personnes morales, qui concerne l'aspect de l'abus de droit.

A) Le préalable : l'arrêt *Segers*

L'arrêt *Segers* du 10 juillet 1986³¹³ reprend la question de l'abus de droit en apportant des précisions importantes. La Cour de Justice a été appelée à se prononcer sur la compatibilité avec le droit communautaire d'une loi néerlandaise sur le régime général d'assurance maladie, conduisant à traiter différemment, quant à l'admission à ce régime, un directeur de société selon que la société est ou non de droit néerlandais. M. Segers, de nationalité néerlandaise, est directeur d'une société de droit anglais qui a ouvert une filiale aux Pays – Bas. Cette filiale exerçait la totalité des activités commerciales de la société. Les

³¹⁰ Première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, JOCE n° L 65, 14.3.1968, pp. 8–12.

³¹¹ Deuxième directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, JOCE n° L 26, 31.1.1977, pp. 1–13.

³¹² Troisième directive 78/855/CEE du Conseil, du 9 octobre 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les fusions des sociétés anonymes, JOCE n° L 295, 20.10.1978, pp. 36–43.

³¹³ Arrêt CJCE, *D.H.M. Segers contre Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank – en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, 10 juillet 1986, Aff. 79/85, Rec., p. 2375.

autorités hollandaises ont refusé à M. Segers de bénéficier de l'assurance maladie. En invoquant l'argument de la fraude à la loi, les autorités néerlandaises ont soutenu qu'il n'avait pas un contrat de travail et qu'il ne s'appliquait pas la jurisprudence nationale selon laquelle le directeur d'une société qui détient lui même la moitié ou plus des parts de la même société doit être considéré comme fournissant une prestation de travail.

La Cour trouve qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'une discrimination fondée sur la nationalité du directeur, mais sur la localisation du siège social de la société qu'il dirige. Par ailleurs, une discrimination du personnel quant à la protection sociale restreint indirectement la liberté des sociétés d'un autre État membre de s'établir, par le biais d'une agence, succursale ou filiale, dans l'État membre concerné. De plus, le Programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement du 18 décembre 1961 considère que toutes les dispositions et pratiques qui « *prohibent ou restreignent le droit de participer à la sécurité sociale et notamment aux assurances maladie...* », comme des restrictions à la liberté d'établissement³¹⁴.

Le juge communautaire semble exclure la possibilité de sanctionner, en tant qu'abus de droit, le fait pour une société, constituée en conformité de la législation d'un État membre, d'exercer la totalité de ses activités par l'intermédiaire d'une agence, succursale ou filiale dans un autre État membre. Cette circonstance est considérée comme étant sans pertinence. Ainsi la Cour de Justice permet aux particuliers de constituer des sociétés dans les pays dont les législations sont plus favorables, et puis d'exercer l'activité par l'intermédiaire d'un établissement secondaire dans un autre État membre et ainsi contourner la législation plus restrictive de ce dernier en matière de constitution des sociétés.

Cependant,

« [...] *il convient de constater que l'article 56 [actuel article 46] du Traité permet, en effet, dans certaines limites, l'application d'un régime spécial pour les sociétés constituées en conformité du droit d'un autre État membre, à condition que ce régime soit justifié par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. Si la lutte contre des opérations frauduleuses peut donc, dans certaines circonstances, justifier un traitement différencié, le refus d'accorder une prestation maladie à un directeur de société constituée selon le droit d'un autre État membre ne saurait toutefois constituer une mesure appropriée à cet égard* »³¹⁵.

Le juge convertit ainsi l'abus de droit en une exception à la liberté de circulation. Il ne s'agit pas d'une raison impérieuse d'intérêt général, mais d'une exception fondée sur l'article 46 CE. À notre avis, la solution est critiquable pour le simple motif que la lutte contre la fraude à la loi ne constitue pas une raison d'ordre public, et moins une raison de sécurité

³¹⁴ Point 15 de l'arrêt *Segers*.

³¹⁵ Point 17 de l'arrêt *Segers*.

publique ou de santé publique. La transformation de la fraude à la loi dans une raison impérieuse nous paraît plus appropriée. Pourtant, dans l'affaire *Segers*, une justification sur la base d'une raison impérieuse n'est pas possible si nous prenons en considération le mécanisme construit par la jurisprudence communautaire. Ayant un caractère évidemment discriminatoire, la législation néerlandaise pourrait se voir justifiée seulement en se fondant sur les exceptions prévues par le Traité CE. Il est dans ce contexte que la Cour a procédé à une interprétation large de la notion d'ordre public.

En tant qu'exception à la libre circulation, la mesure nationale doit obéir aux conditions de nécessité et proportionnalité. Le juge communautaire considère que la mesure nationale en cause, c'est-à-dire le refus d'accorder une prestation maladie à un directeur de société constituée selon le droit d'un autre État membre, ne représente pas une mesure appropriée, sans toutefois développer le sujet.

B) L'arrêt *Centros*³¹⁶

L'affaire *Centros* s'est convertie en un des plus célèbres arrêts de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes. Par la multitude des commentaires qu'elle a attiré dans la doctrine, cette affaire a, dans le domaine du droit d'établissement, une importance similaire avec celle de l'arrêt *Cassis de Dijon* en matière de libre circulation des marchandises³¹⁷. Les faits de la affaire *Centros* sont bien connus, des lors que l'arrêt de la Cour de Justice a fait couler beaucoup d'encre : Centros Ltd, société enregistrée au Royaume-Uni se voit opposer le refus des autorités danoises d'immatriculer sa succursale au Danemark. Il faut noter que les actionnaires de la société sont M. et Mme. Bryde, de nationalité danoise et que Centros n'a exercé aucune en Grande Bretagne activité depuis sa création.

³¹⁶ Arrêt CJCE, *Centros Ltd contre Erhvervs – og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, Aff. C-212/97, Rec. I, p. 1459. Voir commentaires de cet arrêt par : J. – P. DEGUÉE, « Pratique du *Forum shopping* et exigences en matière bancaire et financière », *Euredia*, 1999, n° 3, pp. 387 – 397 ; C. DUCOULOUX – FAVARD, « Fraude et droit d'établissement dans l'Union Européenne », *LPA*, 12 novembre 1999, n° 226, pp. 5 et s. ; K. ENGSIG SØRENSEN, « Prospects for European Company law after the judgement of the European Court of Justice in *Centros Ltd* », *CYELS*, 1999, vol. 2, pp. 203 – 230 ; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, « El Tratado CE y la Sitztheorie : el TJCE considera – por fin – que son incompatibles », *REDI*, 1999, vol. LI, pp. 295 – 298 ; P. CABRAL, P. CUNHA, « Presumed innocent : companies and the exercise of the right of establishment under Community law », *ELR*, 2000, vol. 25, pp. 157 – 164 ; G. JAZOTTES, M. LUBY, S. POILLOT-PERUZZETTO, « Droit européen des affaires », *RTDCDE*, 2000, pp. 224 – 226 ; E. I. KALDELLIS, « Freedom of establishment of companies in the post-Centros Ltd. era : how much of a 'freedom' in European Community law », *RHDI*, 2002, n° 2, pp. 411 – 440 ; W. – H. ROTH, « Case C-212/97, Centros Ltd v. Erhvervs – og Selskabsstyrelsen, Judgement of 9 March 1999. Full Court », *CMLR*, 2000, vol. 37, pp. 147 – 155 ; M. SIEMS, « Convergence, competition, Centros and the conflicts of law : European company law in the 21st century », *ELR*, 2002, vol. 27, pp. 47 – 59 ; S. SÁNCHEZ LORENZO, « El derecho europeo de sociedades y la sentencia « Centros » : la relevancia de la « sede real » en el ámbito comunitario », *op. cit.*, pp. 115 – 157.

³¹⁷ F. J. GARCIMARTÍN, « La sentencia Centros : el status quaestionis un año después », *NUE*, avril 2001, n° 195, p. 79.

L'affaire soulève des questions importantes : premièrement comment résoudre l'éventuel *law shopping* réalisé par l'intermédiaire des *pseudo-foreign corporations*, c'est-à-dire des sociétés privées de tout lien effectif avec l'État d'incorporation et exerçant ses activités par le moyen de succursales, et deuxièmement quels sont les instruments pour mettre en balance la liberté d'établissement et la protection des intérêts des associés et des tiers, en vertu de l'article 44 (2), lettre g, du Traité CE.

Il convient de souligner que la majorité des droits européens ont retenu un système de reconnaissance conflictuelle des sociétés selon lequel une société va être reconnue si elle a été constituée selon la *lex societatis*, c'est-à-dire la loi applicable à cette société selon la norme de conflit du for³¹⁸. Ainsi, dans les pays qui ont adopté le critère du siège réel, la *lex societatis* serait la loi du pays où la société a son siège réel et, dans les pays ayant adopté le critère de l'incorporation, la loi applicable serait la loi du pays où la société a été créée et enregistrée³¹⁹. Les problèmes les plus fréquents apparaissent dans les pays ayant adopté le critère du siège réel, parce qu'ils vont refuser de reconnaître les sociétés qui n'ont pas leur siège réel dans le territoire du pays d'incorporation.

Si dans l'affaire *Daily Mail*³²⁰, la Cour de Justice semblait avoir accepté l'application des normes nationales de conflit en matière de reconnaissance des sociétés³²¹ et avait refusé tout caractère conflictuel à l'article 43, dans l'arrêt *Centros* elle change d'opinion³²² : les règles nationales de droit international privé ne sauraient échapper en tant que telles à l'emprise du droit communautaire. Même si le juge communautaire s'intéresse principalement au contrôle des règles nationales de droit matériel, il ne signifie pas que les règles nationales de conflit soient à l'abri de tout contrôle dans la mesure où ces règles ont une incidence sur la manière

³¹⁸ F. G. GARCIMARTÍN, « La sentencia Centros : el status quaestionis un año después », *op. cit.*, p. 81.

³¹⁹ Sur les différents critères de détermination de la nationalité des sociétés en relation avec la compétence des registres de commerce, voir R. ARENAS GARCÍA, *Registro mercantil y Derecho del comercio internacional*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, pp. 215 – 231.

³²⁰ Arrêt CJCE, *The Quenn contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, 27 septembre 1988, Aff. 81/87, Rec., p. 5483.

³²¹ « À cet égard, il convient de rappeler que, contrairement aux personnes physiques, les sociétés sont des entités créées en vertu d'un ordre juridique et, en l'état actuel du droit communautaire, d'un ordre juridique national. Elles n'ont d'existence qu'à travers les différentes législations nationales qui en déterminent la constitution et le fonctionnement » (point 19). « Dans ces conditions, on ne saurait interpréter les articles 52 et 58 [actuellement 43 et 48] du Traité comme conférant aux sociétés de droit national un droit de transférer leur siège de direction et leur administration centrale dans un autre État membre tout en gardant leur qualité de sociétés de l'État membre selon la législation duquel elles ont été constituées » (point 24). T. BALLARINO (« Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire du droit d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de Justice des Communautés européennes », *RcrDIPr*, 2003, n° 3, p. 384) conclut que ce paragraphe peut être interprété comme l'effet d'une répartition de compétence entre la Cour et les États membres pour ce qui concerne le transfert du siège ou plutôt, solution plus préférable, qu'il s'agit ici de la mise en œuvre d'une loi de police.

³²² F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, « El Tratado CE y la Sitztheorie : el TJCE considera – por fin – que son incompatibles », *op. cit.*, p. 296.

d'appliquer les règles de droit matériel³²³. L'arrêt *Centros* tourne autour de la question du rapport entre des normes impératives du droit communautaire, telles que la liberté d'établissement, et des normes également impératives du droit d'un État membre, dont l'application à titre de lois de police dépend normalement du droit international privé de cet État membre³²⁴. Même si le droit communautaire bénéficie de la primauté sur le droit national, et donc la question paraît se résoudre de manière très simple, plusieurs conséquences pratiques interviennent.

Dans un premier temps, il convient de souligner que, qu'elle soit fondée sur une directive, ou sur l'article 48 du Traité CE, la reconnaissance mutuelle opère en tant que norme de conflit « *dissimulée* » qui renvoie à l'application de la loi d'origine³²⁵. Le contrôle communautaire se situe en aval de la détermination du droit applicable et peu importe que la règle de conflit a désigné le droit national d'un État membre ou la *lex fori* en tant que telle. Même si le juge communautaire n'utilise pas la terminologie spécifique du droit international privé³²⁶, il ne peut pas lui être reproché de ne pas connaître la théorie du conflit de lois³²⁷.

Dans un deuxième temps, la question qui se pose dans l'affaire *Centros* est celle d'une société qui veut exercer la totalité de ses activités économiques dans le pays d'enregistrement de sa succursale. Ce choix semble être motivé par le but de se soustraire aux exigences légales plus sévères relatives au capital social minimal, prévues par l'État de l'établissement secondaire. Le conflit opposait donc la loi danoise sur les sociétés à responsabilité limitée qui exige un capital social minimal et le principe communautaire de la liberté d'établissement secondaire. La Cour tranchera en faveur de ce dernier principe au nom de la primauté du droit communautaire, en confirmant ainsi la jurisprudence *Segers* :

« Or, la pratique consistant, dans un État membre, à refuser, dans certaines circonstances, l'immatriculation d'une succursale d'une société ayant son siège dans un autre État membre, aboutit à empêcher des sociétés constituées en conformité avec la législation de cet autre État membre d'exercer le droit d'établissement qui leur est conféré par les articles 52 et 58 [actuellement 43 et 48] du Traité »³²⁸. « Par conséquent, une telle pratique constitue une entrave à l'exercice des libertés garanties par ces dispositions »³²⁹.

³²³ T. BALLARINO, « Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire du droit d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de Justice des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 377.

³²⁴ *Ibidem*.

³²⁵ *Ibidem*.

³²⁶ La Cour de Justice ne parle pas de « règle impérative » ou de « lois de police ».

³²⁷ T. BALLARINO, « Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire du droit d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de Justice des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 378.

³²⁸ Point 21 de l'arrêt *Centros*.

³²⁹ Point 22 de l'arrêt *Centros*.

Dans l'affaire *Centros*, tant le Royaume-Uni que le Danemark étaient adeptes du critère de l'incorporation. À l'époque de l'arrêt, la doctrine n'a pas pu éviter de s'interroger si l'affaire *Centros* aurait abouti à la même solution dans le cas où l'État d'accueil aurait adopté le critère du siège réel. Certains auteurs soutiennent que l'arrêt *Centros* a consacré l'incompatibilité du critère du siège réel avec la liberté d'établissement³³⁰. D'autres considèrent que l'arrêt *Centros* ne touche pas aux règles de conflit de lois des États membres³³¹.

Selon les défenseurs de la première position, l'arrêt *Centros* oblige l'État d'accueil, même s'il est adepte du critère du siège réel, à accepter l'immatriculation de la succursale d'une société valablement constituée selon la législation du pays d'origine et ayant son siège social dans ce pays, même si l'activité commerciale de cette société s'exerce exclusivement dans l'État d'accueil. Ainsi l'article 48 s'érige en une norme de conflit ou règle de reconnaissance fondée sur le critère de l'incorporation. De plus, si un État membre ne peut pas invoquer l'exception de fraude pour justifier une restriction à la liberté d'établissement, il ne pourra pas non plus invoquer une règle générale de fraude dans laquelle se convertit finalement le critère du siège réel³³². L'arrêt *Centros* ouvre la possibilité aux sociétés de réaliser un transfert de fait du siège réel, à partir de l'État du siège social, à travers le mécanisme du droit d'établissement secondaire³³³.

Selon la deuxième position, il n'est pas possible d'extrapoler la solution donnée dans l'affaire *Centros*, où tant l'État d'origine que l'État d'accueil avaient accepté le critère d'incorporation, à la situation d'un État d'accueil adepte du critère du siège réel. Si l'ordre juridique danois avait reconnu la personnalité juridique de la société *Centros*, dans une situation hypothétique comme celle mentionnée antérieurement, la solution ne serait pas la même. L'application de la norme de conflit du pays d'accueil mettant en place le critère du

³³⁰ F. G. GARCIMARTÍN, « La sentencia Centros : el status quaestionis un año después », *op. cit.*, pp. 84 et s..

³³¹ W. – H. ROTH, « Case C-212/97, Centros Ltd v. Erhvervs – og Selskabsstyrelsen, Judgment of 9 March 1999. Full Court », *op. cit.*, pp. 147 – 155.

F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, « El Tratado CE y la Sitztheorie : el TJCE considera – por fin – que son incompatibles », *op. cit.*, p. 298, soulignait pourtant la conséquence « *bénéfique* » de l'arrêt *Centros* dans le sens de sa contribution à la substitution de la *sitztheorie*, « *un modèle obsolète et inefficace* ». Cet auteur souligne que le seul modèle formellement compatible avec la jurisprudence *Centros* est le critère de l'incorporation accompagné par des connexions spéciales qui interviennent pour la protection d'un intérêt général (voir F. G. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, « La sentencia Centros : el status quaestionis un año después », *op. cit.*, p. 89).

Sur l'influence du droit communautaire sur les règles nationales de conflits de lois, voir par exemple M. WILDERSPIN, X. LEWIS, « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres », *RcrDIPr*, 2002, n° 1, pp. 1 – 37 (première partie) et *RcrDIPr*, 2002, n° 2, pp. 289 – 313 (deuxième partie).

³³² F. G. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, « La sentencia Centros : el status quaestionis un año después », *op. cit.*, pp. 85 – 87. Selon cet auteur le modèle du siège réel est « *une présomption iuris et de iure de fraude aux règles de l'État du siège réel* ».

³³³ S. SÁNCHEZ LORENZO, « El derecho europeo de sociedades y la sentencia « Centros » : la relevancia de la « sede real » en el ámbito comunitario », *op. cit.*, p. 123.

siège réel déterminerait l'inexistence de la personnalité juridique de la société et donc l'impossibilité de la reconnaître. Les défenseurs de cette position nient le caractère conflictuel de l'article 48 du Traité CE, en se fondant sur le fait que lui-même est une preuve de la neutralité du droit communautaire qui consacre des critères alternatifs. S. Sánchez Lorenzo³³⁴ invoque des arguments importants à l'encontre du caractère conflictuel de l'article 48 CE. Reconnaître à cet article un caractère conflictuel ne serait pas cohérent avec l'article 293 CE qui parle expressément de la volonté des États membres à conclure une convention sur la reconnaissance des sociétés. Finalement, l'article 48 CE est seulement une disposition qui délimite, par analogie avec les personnes physiques, le champ d'application personnel du droit d'établissement et de la libre prestation des services. Ainsi l'article 48 ne serait pas une norme de reconnaissance mutuelle des sociétés³³⁵.

Dans l'affaire *Daily Mail*, la Cour ne voulait pas s'engager dans la question de la relation entre les règles nationales de conflit et le droit d'établissement et a préféré laisser ce sujet à la possibilité pour les États membres de conclure une convention sur le fondement de l'article 293 du Traité ou pour les institutions communautaires de commencer une harmonisation sur le fondement de l'article 44 (2) (g). Un État membre ne peut pas empêcher une société étrangère d'ouvrir une succursale sur son territoire, mais, l'article 43 tolère une restriction fondée sur une norme nationale de conflit utilisant l'un des critères des l'article 48. Cette circonstance peut expliquer pourquoi dans l'affaire *Centros* la Cour ne fait pas référence à l'affaire *Daily Mail*. Le Danemark utilisait le même critère que Royaume-Uni. Ainsi ce ne sont pas les normes danoises de conflit qui créent une restriction au droit d'établissement, mais c'est le droit danois substantiel qui s'applique à la société étrangère³³⁶.

La nationalité danoise des fondateurs ne peut non plus être prise en considération parce que la dimension communautaire de l'affaire dérive de la création d'établissement dans plusieurs États. La nationalité des fondateurs n'est pertinente non plus pour la caractérisation de l'abus, aspect justifiable sous peine de créer une discrimination à rebours à l'encontre des nationaux d'un État membre qui ne pourraient constituer, contrairement aux ressortissants des autres États membres, une société dans un autre État et agir dans leur propre État au moyen d'une succursale³³⁷.

³³⁴ *Idem*, p. 125 et s.

³³⁵ *Idem*, p. 126.

³³⁶ W. – H. ROTH, « Case C-212/97, Centros Ltd v. Erhvervs – og Selskabsstyrelsen, Judgement of 9 March 1999. Full Court », *op. cit.*, pp. 153 – 154.

³³⁷ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, Paris, 2001, pp. 339 – 340.

Quant aux effets futurs de l'arrêt *Centros*, S. Sánchez Lorenzo³³⁸ considère qu'il est un des exemples de mise en œuvre de l'effet *Delaware*, du principe de concurrence entre ordres juridiques dans l'établissement des critères légaux de constitution des sociétés. La « *race to bottom* » amène à la consécration correspondante des sociétés fictives (« *pseudo-foreign corporations* », « *Briefkastenfirmen* », « *U-turn* »³³⁹) et un « *afflux* » des succursales dans le territoire communautaire³⁴⁰. L'unique solution serait, selon cet auteur, l'harmonisation des législations nationales à laquelle fait allusion la Cour dans l'arrêt *Knoors*³⁴¹. Comme on verra par la suite, la Cour de Justice accepte que l'exception de l'abus de droit puisse limiter le droit d'établissement.

C) L'arrêt *Überseering*³⁴²

Cet arrêt, qui fait suite à l'arrêt *Centros*, contribue à préciser les différents infléchissements que le principe de la liberté d'établissement fait subir au droit international privé des sociétés des États membres. Les faits sont les suivants : *Überseering BV* est une société de droit néerlandais, dont la totalité des parts sociales ont été acquises par deux ressortissants allemands. *Überseering* commence un litige avec *Nordic Construction Company*,

³³⁸ S. SÁNCHEZ LORENZO, « El derecho europeo de sociedades y la sentencia « Centros » : la relevancia de la « sede real » en el ámbito comunitario », *op. cit.*, p. 116. Pour une opinion contraire voir C. HOLST, « European Company law after Centros : is the EU on the road to Delaware ? », *CJEL*, 2002, n° 8, pp. 323 – 341.

³³⁹ A. LOOIJESTIJN – CLEARIE, « Centros Ltd – a complete U-turn in the right of establishment for companies ? », *ICLQ*, juillet 2000, vol. 49, n° 3, p. 638, décrit le terme « *U-turn* » de la manière suivante : « *the situation in which a person attempts to inject a cross-border or Community element into a situation in order to be able to invoke the provisions of Community law on free movement for the purpose of circumventing the application of certain provisions of domestic law* ».

³⁴⁰ Dans le même sens, A. LOOIJESTIJN – CLEARIE, « Centros Ltd – a complete U-turn in the right of establishment for companies ? », *op. cit.*, p. 629. Pour une opinion contraire voir M. SIEMS, *op. cit.*, pp. 52 et s..

³⁴¹ Point 27 de l'arrêt *Knoors*.

³⁴² Arrêt CJCE, *Überseering BV contre Nordic Construction Company Baymanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, Aff. C-208/00, Rec. I, p. 9919. Voir commentaires de cet arrêt par : L. BERNARDEAU, « Droit communautaire d'établissement et transfert du siège des sociétés », *Gaz. Pal.*, 11-12 juillet 2003, pp. 2102 – 2108 ; T. BALLARINO, « Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da *Daily Mail* a *Überseering* : norme imperativa, norme di conflitto e libertà comunitaria », *Rivista delle Società*, 2003, pp. 669 – 698 ; F. EBKE, « The European conflict-of-corporate-laws revolution : *Überseering*, *Inspire Art* and beyond », *EBLR*, 2005, vol. 16, n° 1, pp. 9 – 54 ; B. ESPESSON – VERGEAT, « CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV* et *Nordic Construction Company Baymanagement GmbH*, aff. C-208/00, Rec. p. I-9919 », *RAE*, 2001-2002, pp. 1109 – 1117 ; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, « La sentencia "Überseering" y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro », *RDM*, 2003, pp. 663 – 682 ; J. – M. JONET, « Sociétés commerciales. La théorie du siège réel à l'épreuve de la liberté d'établissement. Autour de l'arrêt *Überseering* », *JTDE*, février 2003, n° 96, pp. 33 – 37 ; P. LAGARDE, « Du 5 novembre 2002. – Cour de Justice des Communautés européennes (aff. C-208/00). – MM. Rodriguez Iglesias, prés. ; Wathelet, rapp. ; Colomer, av. gén. – MM. Wagenführ et Kösters, av », *RevDIPr*, juillet – septembre 2003, pp. 524 – 536 ; M. LUBY, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de Justice des Communautés européennes », *JDI*, n° 2, 2003, pp. 608 – 611 ; M. MENJUCQ, « Liberté d'établissement et rattachement des sociétés : du nouveau dans la continuité de l'arrêt *Centros* », *JCP ed. E*, 20 mars 2003, n° 12, pp. 448 et s. ; S. SÁNCHEZ LORENZO, « Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de noviembre de 2002 (As. C-208/00) », *REDI*, 2002, vol. LIV, pp. 925 – 932.

une société établie en Allemagne. Le juge allemand considère que *Überseering* ne jouit pas de la capacité juridique et donc ne pouvait pas ester en justice, parce qu'elle était considérée comme ayant transféré son siège social en Allemagne, sans toutefois satisfaire aux règles allemandes de constitution des sociétés. Ainsi, selon le droit allemand, la capacité juridique d'une société commerciale s'apprécie selon le droit de l'État où se trouve le siège réel de cette société, et non selon le droit de l'État où la société s'est constituée. Donc *Überseering* BV n'avait d'autre option que de se « reconstituer » selon le droit allemand. La Cour de Justice est saisie, par voie préjudicielle, pour se prononcer sur la compatibilité avec la liberté d'établissement de la législation allemande en cause. Une différence notable entre l'affaire *Centros* et l'affaire *Überseering* consiste dans le fait que dans le premier cas il s'agissait d'une société purement fictive, sans activité économique développée au Royaume-Uni et exclusivement tournée vers le marché danois. Au contraire, dans l'affaire *Überseering*, la société en cause s'est constituée selon le droit hollandais, a suivi une activité économique normale aux Pays-Bas jusqu'au moment où, par l'intermédiaire d'une opération de négociation des parts sociales, ses centres d'intérêt se sont transférés en Allemagne. Une autre différence par rapport à l'affaire *Centros* est que l'État d'accueil n'est plus un État ayant adopté le critère d'incorporation, comme c'était le cas du Danemark, mais un État qui consacre le siège réel en tant que critère de reconnaissance des sociétés. Cependant, la Cour n'hésite pas à refuser à l'Allemagne d'utiliser le critère du siège réel pour dénier la capacité et donc la personnalité juridique de la société constituée au Pays-Bas, dès lors que la personnalité juridique de la société est reconnue dans ce dernier État. La Cour confirme donc la jurisprudence *Centros*.

Le juge communautaire donne une nouvelle interprétation de la jurisprudence *Daily Mail*³⁴³ et fait une distinction entre les entraves posées par l'État de départ et celles posées par l'État d'arrivée. Ainsi, les premières ont été abandonnées au droit national de la société et donc ne seraient pas contraires au droit communautaire (comme dans le cas de l'affaire *Daily Mail*). Au contraire, les secondes sont considérées comme des restrictions injustifiées à la libre

³⁴³ E. MICHELER, « Recognition of companies incorporated in other EU Member States », *ICLQ*, 2003, vol. 52, p. 524, souligne pourtant la différence entre *Daily Mail*, d'une part, et *Centros* et *Überseering*, d'autre part. Dans le premier arrêt, les règles de l'État d'incorporation étaient en cause et l'affaire concernait le transfert de siège, tandis que dans les affaires postérieures, il s'agissait de la reconnaissance des sociétés déjà constituées dans d'autres États membres. L'auteur soutient donc que l'arrêt *Daily Mail* continue à être applicable, mais dans un contexte différent de celui des affaires *Centros* et *Überseering*.

S. SÁNCHEZ LORENZO, « Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de noviembre de 2002 (As. C-208/00) », *op. cit.*, p. 928, considère que dans l'affaire *Daily Mail* le transfert du siège réel n'avait pas de conséquence sur la personnalité juridique de la société mais sur son régime fiscal. Au contraire, dans l'affaire *Überseering* il était en cause les limites imposées par l'État d'accueil à une société constituée et ayant son siège social dans un autre État, à laquelle on refuse la personnalité juridique pour considérer qu'il y a eu un transfert du siège réel.

circulation. Cette distinction est importante parce qu'elle permet à l'État de départ la liberté de continuer à appliquer le critère du siège réel³⁴⁴.

Si une société est constituée conformément aux lois d'un pays ayant adopté le critère d'incorporation, elle sera toujours reconnue par la loi de ce pays en cas de transfert de son siège social. Au contraire, si la société a été constituée conformément à la loi d'un pays ayant adopté le critère du siège réel, le transfert du siège de la société implique la perte de la personnalité juridique dans le pays de constitution et le refus de reconnaissance par le pays d'accueil se trouve justifié. En conséquence, la théorie du siège réel n'est condamnée par la Cour que dans les cas où elle ferait obstacle, dans le pays d'établissement, à la reconnaissance pure et simple d'une société jouissant de la personnalité juridique dans son État de constitution et donc à l'exercice par cette société de la liberté d'établissement³⁴⁵.

Dans l'opinion de W. – H. Roth³⁴⁶, l'arrêt restreint le champ d'application de la liberté d'établissement, ou même l'effet direct de cette disposition, à la question de la reconnaissance d'une société valablement constituée dans un autre État membre par l'État membre où cette société veut développer ses activités économiques, par la création d'un établissement secondaire, par le transfert de son siège social ou seulement pour la prestation de services. La Cour réitère son argument, présenté dans l'arrêt *Daily Mail*, que les sociétés sont la création d'un certain système légal et qu'ainsi elles peuvent être soumises à des restrictions par ce système.

S. Sánchez Lorenzo³⁴⁷ félicite la Cour pour avoir finalement statué, avec l'arrêt *Überseering*, que l'application du critère du siège réel par la jurisprudence allemande est contraire à l'article 48 du Traité³⁴⁸. Ainsi on lève les doutes que l'arrêt *Centros* a fait naître à propos à ce sujet. « *On peut certes estimer de lege ferenda que la théorie du siège réel est archaïque, qu'elle*

³⁴⁴ P. LAGARDE, « Du 5 novembre 2002. – Cour de Justice des Communautés européennes (aff. C-208/00). – MM. Rodríguez Iglesias, prés. ; Wathelet, rapp. ; Colomer, av. gén. – MM. Wagenführ et Kösters, av », *op. cit.*, p. 529.

³⁴⁵ *Ibidem*.

³⁴⁶ W. – H. ROTH, « From *Centros* to *Ueberseering* : free movement of companies, private international law, and Community law », *ICLQ*, 2003, vol. 52, p. 206.

³⁴⁷ S. SÁNCHEZ LORENZO, « Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de noviembre de 2002 (As. C-208/00) », *op. cit.*, p. 926. L'auteur souligne cependant que le fait que la version conflictuelle de la théorie du siège réel soit contraire au droit communautaire n'empêche pas la possible intervention de la loi du pays du siège réel mais seulement sur un fondement matériel. La Cour de Justice a en effet souligné que « *il ne saurait être exclu que des raisons impérieuses d'intérêt général telles que la protection des intérêts des créanciers, des associés minoritaires, des salariés ou encore du fisc puissent, dans certaines circonstances et en respectant certaines conditions, justifier des restrictions à la liberté d'établissement* » (point 92). Pour le développement de cette théorie voir S. SÁNCHEZ LORENZO, « El derecho europeo de sociedades y la sentencia "Centros" : la relevancia de la « sede real » en el ámbito comunitario », *op. cit.*, p. 142 et s.

³⁴⁸ Dans le même sens, F. EBKE, « The European conflict-of-corporate-laws revolution : *Überseering*, *Inspire Art* and beyond », *op. cit.*, p. 26.

n'assure pas de protection efficace des créanciers, qu'elle est une séquelle du protectionnisme de l'entre-deux-guerres et une entrave à l'intégration européenne »³⁴⁹.

Cependant, le critère du siège réel n'est pas totalement mis de côté en droit communautaire et les diverses dispositions de droit dérivé constituent une preuve dans ce sens. Ainsi l'article 22 du règlement n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale³⁵⁰ dispose que : « *Pour déterminer le siège, le juge applique les règles de son droit international privé* », ce qui veut dire que le législateur communautaire s'abstient de consacrer une « *rule of preference* » quant aux critères de rattachement des sociétés³⁵¹. D'autres exemples intéressants sont l'article 12 du règlement n° 2137/85 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE)³⁵² et les articles 7³⁵³, 8 et 64 du règlement n° 2157/2001 relatif au statut de la société européenne³⁵⁴. Nous voyons ainsi un manque de cohérence entre la volonté du législateur communautaire exprimée dans ces actes de droit dérivé et ce que statue la Cour de Justice. Dans le futur, une mise en concordance de la jurisprudence communautaire avec la législation apparaît nécessaire.

³⁴⁹ BEHRENS cité par P. LAGARDE, « Commentaire sur l'arrêt *Überseering* », *op. cit.*, p. 536.

³⁵⁰ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOUE n° L 12, 16.1.2001, pp. 1 – 23.

³⁵¹ Il s'agit cependant d'une exception à la règle générale prévue à l'article 60 du règlement n° 44/2001.

³⁵² Règlement (CEE) n° 2137/85 du Conseil du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE), JO n° L 199, 31.07.1985, pp. 1 – 9. L'article 12 dispose que « *Le siège mentionné par le contrat de groupement doit être situé dans la Communauté. Ce siège doit être fixé: a) soit au lieu où le groupement a son administration centrale; b) soit au lieu où l'un des membres du groupement a son administration centrale ou, lorsqu'il s'agit d'une personne physique, son activité à titre principal, à condition que le groupement y ait une activité réelle* ».

³⁵³ « *Le siège statutaire de la SE est situé à l'intérieur de la Communauté, dans le même État membre que l'administration centrale. Un État membre peut en outre imposer aux SE immatriculées sur son territoire l'obligation d'avoir leur administration centrale et leur siège statutaire au même endroit* ».

³⁵⁴ Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), JOUE n° L 294, 10.11.2001, pp. 1 – 21.

D) L'arrêt *Inspire Art*³⁵⁵

La Cour de Justice est saisie par la voie de questions préjudicielles soulevées dans un litige opposant la Chambre de commerce et d'industrie d'Amsterdam à la société de droit anglais *Inspire Art Ltd* concernant l'obligation imposée à la succursale de cette dernière aux Pays-Bas d'insérer, à côté de son inscription dans le registre du commerce néerlandais, la mention « *formeel buitenlandse vennootschap* » (société étrangère de pure forme), ainsi que l'utilisation de cette indication dans la vie des affaires. Les Pays-Bas, pourtant favorables au critère de l'incorporation, ont été amenés à lutter contre certaines dérives mises en évidence par la concurrence entre les deux grandes conceptions quant au rattachement des sociétés. Ainsi, en 1997 ils ont adopté une loi sur les sociétés de pure forme établissant que lorsqu'il y a une dissociation entre le siège social statutaire et le siège réel, il est possible d'imposer à ladite société étrangère le respect d'un certain nombre de dispositions impératives comme des obligations concernant l'immatriculation de la sociétés, le capital minimal, la responsabilité solidaire des administrateurs, etc. Les questions préjudicielles portent sur la compatibilité de la législation néerlandaise imposant les conditions décrites au-dessus avec le droit communautaire, et plus précisément la liberté d'établissement.

Dans un premier temps, la Cour conclut que certaines conditions imposées par la législation néerlandaise apparaissent comme contraires à la onzième directive n° 89/666/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, concernant la publicité des succursales créées dans un État membre par certaines formes de société relevant du droit d'un autre État³⁵⁶, directive qui met en place, selon la Cour, une harmonisation exhaustive. Par voie de conséquence, sont contraires au droit communautaire les obligations consistant dans l'indication au registre du

³⁵⁵ Arrêt CJCE, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd*, 30 septembre 2003, Aff. C-167/2003, Rec. I, p. 10155. Voir commentaires de cet arrêt par : R. DEININGER, « Case comment on *Inspire Art* », *The European Legal Forum*, 2004, n° 1, pp. 17 – 19 ; J. – P. DOM, « La liberté d'établissement des succursales : principes et limites », *Revue des Sociétés*, janvier-mars 2004, n° 1, pp. 135 – 149 ; W. F. EBKE, « The European conflict-of-corporate-laws revolution : *Überseering, Inspire Art* and beyond », *op. cit.*, pp. 9 – 54 ; V. MAGNIER, « Une société régulièrement immatriculée selon le droit d'un État membre ne peut se voir imposer les exigences requises par la loi de l'État membre où s'exerce l'essentiel de son activité », *JCP ed. E*, 12 mars 2004, n° 7, pp. 251 et s. ; M. MENJUCQ, « Société. – Liberté d'établissement. – Entrave. – Traité CE. – Articles 43 et 48. – Société constituée en Grande-Bretagne mais ayant une activité exclusive aux Pays-Bas. – Loi néerlandaise sur les sociétés 'pseudo-étrangères' », *JDI*, 2004, n° 3, pp. 917 – 929 ; E. PATAUT, « Liberté d'établissement et droit international privé des sociétés : un pas de plus », *Recueil Le Dalloz Juridique*, 2004, n° 7, pp. 491 – 494 ; M. REHBERG, « *Inspire Art* – Freedom of establishment for companies in Europe between *abuse* and national regulatory concerns », *The European Legal Forum*, 2004, n° 1, pp. 1 – 9 ; F. WOOLDRIDGE, « The Advocate General's submission in *Kamer van Koophandel* : further emphasis on the right of establishment », *EBLR*, 2003, vol. 14, n° 5, pp. 497 – 505.

³⁵⁶ Onzième directive 89/666/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, concernant la publicité des succursales créées dans un État membre par certaines formes de société relevant du droit d'un autre État, JOCE n° L 395, 30.12.1989, pp. 36–39.

commerce que la société est de pure forme, l'indication au registre du commerce de l'État d'accueil de la date de la première immatriculation au registre du commerce étranger et des informations relatives à l'associé unique, le dépôt obligatoire d'une déclaration comptable indiquant que la société remplit les conditions relatives au capital minimal³⁵⁷. Les autres conditions, celles relatives au capital minimal requis, tant au moment de l'immatriculation qu'au cours de l'existence de la société étrangère de pure forme, ainsi que celles relatives à la sanction attachée au non-respect des obligations, doivent être examinées à la lumière des articles 43 et 48 CE.

Le juge communautaire rappelle que les règles relatives à la liberté d'établissement n'ont pas abouti à une harmonisation des dispositions de droit international privé des États membres. Ainsi les États membres restent libres pour déterminer le droit applicable à une société et surtout conservent la faculté d'agir contre des sociétés « boîtes aux lettres »³⁵⁸. Cependant, après avoir rappelé la distinction faite dans l'arrêt *Überseering* entre les obstacles imposés par l'État d'origine et ceux imposés par l'État d'accueil, la Cour conclut que les conditions imposées par la législation néerlandaise constituent des restrictions à la liberté d'établissement³⁵⁹.

L'arrêt *Inspire Art* constitue le troisième élément d'une trilogie « qui forme désormais une solution très cohérente de droit communautaire et très restrictive quant à la marge de manœuvre laissée à l'État du siège réel »³⁶⁰. Une application rigoureuse de la théorie du siège réel conduit à « une hypertrophie des considérations de conflit de lois, au détriment des considérations de jouissance des droits ». Il s'agit en effet de la « disparition programmée » de la règle de conflit retenant le siège réel comme le critère de rattachement des sociétés³⁶¹. La jurisprudence communautaire a comme objectif de faciliter « la concurrence entre les formes sociales – véritables structures d'investissement et véhicules de concurrence », et par conséquent, entre les différents ordres juridiques nationaux³⁶².

³⁵⁷ Points 55 à 73 de l'arrêt *Inspire Art*.

³⁵⁸ Point 102 de l'arrêt *Inspire Art*.

³⁵⁹ De manière analogue, la Cour de Justice avait conclu que la condition d'un capital social minimal ne peut pas être justifié par « la volonté d'empêcher d'éventuelles tentatives de contourner la réglementation nationale » (arrêt CJCE, *Commission des Communautés européennes contre République portugaise*, 29 avril 2004, Aff. C-171/02, Rec., p. I-5645, point 56).

³⁶⁰ E. PATAUT, « Liberté d'établissement et droit international privé des sociétés : un pas de plus », *op. cit.*, p. 491.

³⁶¹ *Idem*, p. 492.

³⁶² J. – P. DOM, *op. cit.*, p. 141.

& III. Le traitement de la question de l'abus de droit dans la jurisprudence *Centros – Überseering – Inspire Art*

Une interprétation des Programmes généraux de 1961 de suppression des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services met en évidence la nécessité d'un lien effectif et continu avec l'économie d'un État membre pour pouvoir bénéficier du droit d'établissement secondaire ou de la libre prestation des services, s'il s'agit des sociétés qui n'ont que leur siège statutaire dans la Communauté. Certains auteurs³⁶³ vont dans le sens d'une application extensive et donc une condition pour n'importe quelle société pour pouvoir bénéficier des libertés de circulation. La société *Centros* ne remplissait pas cette condition et donc elle n'était pas bénéficiaire de l'article 43 du Traité CE. Cependant la Cour de Justice ni dans l'arrêt *Centros*, ni dans les autres arrêts commentés, n'a pas retenu cette condition additionnelle. De plus, la Cour ne s'intéresse pas au fait de savoir si la société en cause remplit les conditions pour pouvoir bénéficier du droit d'établissement secondaire. Ainsi, pour invoquer le droit d'établissement secondaire, une société doit être constituée selon la loi d'un État membre et avoir son siège social à l'intérieur de la Communauté. Un lien économique avec la loi du pays d'incorporation ne semble pas nécessaire³⁶⁴.

Dans le même contexte, la doctrine s'est interrogée sur la compatibilité de la conclusion tirée des arrêts *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art* avec ce que la Cour avait statué dans l'arrêt *Factortame II*³⁶⁵. Ainsi, conformément à ce dernier arrêt, la notion d'établissement

³⁶³ S. SÁNCHEZ LORENZO, « El derecho europeo de sociedades y la sentencia « Centros » : la relevancia de la « sede real » en el ámbito comunitario », *op. cit.*, p. 127.

³⁶⁴ A. LOOIJESTIJN – CLEARIE, « Centros Ltd – a complete U-turn in the right of establishment for companies ? », *op. cit.*, p. 628.

³⁶⁵ Arrêt CJCE, *The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd et autres*, 25 juillet 1991, Aff. C-221/89, Rec., p. I-3905. Voir commentaires de cet arrêt par : R. R. CHURCHILL, « Case 221/89, R v. Secretary of State for Transport ex p. Factortame, Judgement of 25 July 1991, [1991] 3 All ER 769 ; Case 246/89, Commission v. United Kingdom, Judgement of 4 October 1991, not yet reported ; Case 93/89, Commission v. Ireland, Judgment of 4 October 1991, not yet reported », *CMLR*, 1992, vol. 29, pp. 405 – 414 ; B. VILÁ, « Sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 1991, Regina c. Ministro de Transportes, ex parte : Factortame Ltd. y otros, Asunto C-221/89 (Factortame II), de 4 de octubre de 1991, Comisión c. Reino Unido, Asunto C-246/89 y Comisión c. República de Irlanda, As. C-93/89 », *RJC*, 1992, pp. 579 – 583.

Les questions préjudicielles posées dans cette affaire visaient la compatibilité avec le droit communautaire de la législation britannique mettant en place des conditions très strictes pour l'immatriculation des navires (le propriétaire du navire devait avoir la nationalité britannique, le navire devait être exploité à partir du Royaume-Uni et son utilisation devait être dirigée et contrôlée à partir du Royaume-Uni). Cette législation visait à mettre fin à la pratique de « *quota-hopping* » des navires espagnols. La Cour ne mentionne d'aucune manière la fraude en tant que possible justification d'une restriction du droit d'établissement et se limite à considérer que les conditions imposées par la législation britannique sont contraires à l'article 43 du Traité CE. La Cour souligne cependant que « *la notion d'établissement, au sens des articles 52 et suivants du traité, comporte l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable dans un autre État membre pour une durée indéterminée* » (point 20 de l'arrêt *Factortame*).

Au contraire, dans le cas de pavillons de complaisance offerts par des États tiers, la Cour de Justice avait souligné qu'un bateau enregistré dans un État tiers ne peut pas être traité comme un bateau possédant la

comporte l'exercice **effectif** d'une activité économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée³⁶⁶. Cette condition, en étroite liaison avec les Programmes généraux de 1961 représentait un instrument nécessaire pour lutter contre la fraude par les particuliers du droit national par l'invocation du droit communautaire. Par l'arrêt *Centros*, la Cour semble oublier cette condition et ainsi donner l'impression que le droit communautaire permet la fraude à la loi, si elle se fait par l'invocation du droit d'établissement³⁶⁷.

Ainsi, le *law shopping* serait permis³⁶⁸. Les ressortissants d'un pays membre qui veulent mettre en place une société commerciale ont le droit de choisir le pays dont la législation leur paraît plus favorable³⁶⁹. Une fois la société établie, elle bénéficie du droit d'ouvrir un

nationalité d'un État membre au motif qu'il présente un lien substantiel avec cet État membre (arrêt CJCE, *Anklagemyndigheden contre Peter Michael Poulsen et Diva Navigation Corp*, 24 novembre 1992, Aff. C-286/90, Rec., p. I-6019. Voir commentaires de cet arrêt par : D. CHARLES LE BIHAN, Régime communautaire de conservation des ressources de pêche », *RTDE*, 1993, n° 2, pp. 421 – 438 ; L. I. SÁNCHEZ RODRIGUEZ, « Derecho comunitario y derecho del mar », *RIE*, 1993, n° 1, pp. 141 – 153 ; P. J. SLOT, « Case C-286/90, *Anklagemyndigheden (Public Prosecutor) v. P. M. Poulsen et Diva Navigation*, Judgement of 4 November 1992, (Full Court), not yet reported », *CMLR*, 1994, vol. 31, pp. 147 – 153 ; J. VERHOEVEN, « Abus, fraude ou habileté ? À propos de l'arrêt Poulsen (CJCE) », in J. VERHOEVEN (sous la direction de), *La loyauté. Mélanges offerts à Étienne Cerecxe*, *op. cit.*, pp. 407 – 425.

³⁶⁶ Cette définition a été reprise dans l'article 4, point 5, de la directive « services » (Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JOUE n° L 376, 27.12.2006, pp. 36 – 68.

³⁶⁷ A. LOOIJESTIJN – CLEARIE voit une possible conciliation entre l'arrêt *Centros* et l'arrêt *Factortame II*. Ainsi si le premier vise la délimitation du champ d'application personnel de l'article 43, le dernier se réfère plutôt au contenu matériel du droit d'établissement. Ainsi le concept « établissement » implique la nécessité de poursuivre une activité économique dans l'État d'origine. Au contraire, la condition d'être établi est purement formelle et implique que la société soit créée conformément à la loi d'un État membre et qu'elle ait son siège à l'intérieur de la Communauté (A. LOOIJESTIJN – CLEARIE, « Centros Ltd – a complete U-turn in the right of establishment for companies ? », *op. cit.*, p. 631).

³⁶⁸ A. LOOIJESTIJN – CLEARIE, « Centros Ltd – a complete U-turn in the right of establishment for companies ? », *op. cit.*, p. 628.

³⁶⁹ L'application sectorielle du droit d'établissement peut cependant limiter le *law shopping*. Le choix du lieu de l'établissement conservera une haute « valeur stratégique » (J. P. DEGUÉE, *op. cit.*, p. 392). Ainsi la directive n° 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (refonte), JOUE n° L 177, 30.06.2006, pp. 1–200 souligne : « Les principes de la reconnaissance mutuelle et du contrôle exercé par l'État membre d'origine exigent que les autorités compétentes de chaque État membre n'octroient pas ou retirent l'agrément au cas où des éléments comme le contenu du programme d'activités, la localisation des activités ou les activités effectivement exercées indiquent de manière évidente que l'établissement de crédit a opté pour le système juridique d'un État membre **afin de se soustraire aux normes plus strictes en vigueur dans un autre État membre sur le territoire duquel il entend exercer ou exerce la majeure partie de ses activités**. Lorsqu'il n'y a aucune indication évidente de ce type, mais que l'ensemble des actifs détenus par les entités d'un groupe bancaire sont situés en majorité dans un autre État membre dont les autorités compétentes sont chargées de l'exercice de la surveillance sur une base consolidée, dans le cadre des articles 125 et 126, la responsabilité de l'exercice de la surveillance sur une base consolidée ne devrait être modifiée qu'avec l'accord desdites autorités compétentes. Un établissement de crédit qui est une personne morale devrait être agréé dans l'État membre où se trouve son siège statuaire. Un établissement de crédit qui n'est pas une personne morale devrait avoir une administration centrale dans l'État membre où il a été agréé. Par ailleurs, les États membres devraient exiger que **l'administration centrale d'un établissement de crédit soit toujours située dans son État membre d'origine et qu'elle y opère de manière effective** » (considérant n° 10) (nous soulignons). L'obligation de veiller à ce que les entreprises financières ne recourent pas à une pratique de *law shopping* incombe aux autorités compétentes de l'État d'origine.

Les mêmes considérations apparaissent dans la directive n° 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, JOUE n° L 145, 30.4.2004, pp. 1–44 (voir considérant n° 22), dans la directive n° 2002/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur la

établissement secondaire dans un autre pays, même si elle n'exerce aucune activité économique dans le pays d'incorporation :

« La Cour a par ailleurs jugé que n'est pas constitutive d'abus la circonstance que la société n'a été créée dans un État membre que dans le but de bénéficier d'une législation plus avantageuse, et ce même si la société en cause exerce l'essentiel, voire l'ensemble, de ses activités dans l'État d'établissement ». « Les raisons pour lesquelles une société choisit de se constituer dans un État membre sont, hors les cas de fraude, sans conséquence au regard de l'application des règles relatives à la liberté d'établissement »³⁷⁰.

Le fait pour le juge communautaire de voir dans le critère du siège réel une restriction au droit d'établissement met en évidence une interprétation extensive de cette liberté et élimine la possibilité pour les États membres d'invoquer une exception générale de lutte contre l'abus. F. Garcimartín Alférez voit dans le critère du siège réel une règle générale de lutte contre l'abus, une présomption *de iure* de fraude aux règles de l'État du siège réel. Ainsi, selon l'argument *a minore ad maius*, si un État ne peut invoquer l'exception de fraude pour entraver la liberté d'établissement, d'autant plus il ne peut invoquer le critère du siège réel³⁷¹.

Cependant le juge communautaire met en place une notion autonome d'abus de droit pour ainsi permettre aux États membres une certaine marge de manoeuvre en cas de comportement abusif du particulier³⁷². Comme déjà expliqué, le droit d'établissement ne peut pas être considérée comme abusif dans le cas de choix d'une loi nationale plus favorable en ce qui concerne la constitution des sociétés, et l'arrêt *Inspire Art* a éliminé tout doute sur le droit qu'ont les fondateurs d'une société de faire du *law shopping* parmi les législations des États membres. Ils peuvent choisir le droit national des sociétés le plus attrayant pour constituer leur société en l'immatriculant dans un État membre donné. Cependant, dans l'arrêt *Centros*, la

vie, JOUE n° L 345, 19.12.2002, pp. 1–51 (voir considérant n° 12), dans la directive n° 2001/107/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 janvier 2002 modifiant la directive 85/611/CEE du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) en vue d'introduire une réglementation relative aux sociétés de gestion et aux prospectus simplifiés, JOUE n° L 41, 13.02.2002, pp. 20–34 (voir considérant n° 8), dans la directive n° 95/26/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 juin 1995, visant à renforcer la surveillance prudentielle, JOCE n° L 168, 18.07.1995, pp. 7–13 (voir considérant n° 7) et dans la Directive 93/22/CEE du Conseil, du 10 mai 1993, concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières, JOCE n° L 141, 11.06.1993, pp. 27–46 (voir considérant n° 4).

³⁷⁰ Points 95 à 98 de l'arrêt *Inspire Art*.

³⁷¹ F. G. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, « La sentencia Centros : el status quaestionis un año después », *op. cit.*, p. 86.

³⁷² M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*, p. 341, considère que, dans l'affaire *Centros*, la Cour a élevé la fraude au rang de principe communautaire bien qu'elle demeure très imprécise sur les conditions de son application.

Cour statue, sur le fondement de sa jurisprudence antérieure couvrant différents domaines³⁷³, que

« un État membre est en droit de prendre des mesures destinées à empêcher que, à la faveur des facilités créées en vertu du traité, certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale et que les justiciables ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir des normes communautaires »³⁷⁴.

Il incombe aux juridictions nationales de faire une analyse, au cas par cas, en se fondant sur des éléments objectifs, du comportement abusif ou frauduleux des personnes concernées pour ainsi leur refuser le bénéfice des dispositions du droit communautaire. La Cour établit pourtant une limitation importante de l'analyse que les juridictions nationales feraient du comportement abusif : ces dernières doivent prendre en considération les objectifs poursuivis par les dispositions communautaires en cause³⁷⁵. Par voie de conséquence, « le fait qu'une société n'exerce aucune activité dans l'État membre où elle a son siège et exerce ses activités uniquement dans l'État membre de sa succursale ne suffit pas à démontrer l'existence d'un comportement abusif et frauduleux permettant à ce dernier État membre de dénier à cette société le bénéfice des dispositions communautaires relatives au droit d'établissement »³⁷⁶.

La restriction du droit d'établissement pourrait se faire par le moyen des raisons impérieuses d'intérêt général³⁷⁷. Dans ce cas, les mesures nationales doivent remplir les conditions jurisprudentielles qui permettent leur justification : elles doivent s'appliquer de manière non discriminatoire, se justifier par des raisons impérieuses d'intérêt général, être propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et elles ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre. La Cour accepte assez facilement les raisons invoquées par les États membres, mais cette ouverture est compensée par le contrôle strict qu'elle fait en matière de proportionnalité des mesures nationales. Dans l'affaire *Centros*, les objectifs poursuivis par la législation néerlandaise étaient celui du renforcement de la solidité financière des sociétés en vue de protéger les créanciers publics contre le risque de voir les créances publiques devenir irrécouvrables, et celui de la protection de tous les créanciers,

³⁷³ Parmi les arrêts invoqués nous retrouvons *Van Binsbergen*, 3 décembre 1974, Aff. 33/74, Rec., p. 1299, *TV10*, 5 octobre 1994, Aff. C-23/93, Rec., p. I-4795, *General Milk Products*, 3 mars 1993, Aff. C-8/92, Rec., p. I-779, *Kefalas*, 12 mai 1998, Aff. C-367/96, Rec., p. I-2843.

³⁷⁴ Point 24 de l'arrêt *Centros*.

³⁷⁵ Point 25 de l'arrêt *Centros*.

³⁷⁶ Point 29 de l'arrêt *Centros*.

³⁷⁷ S. SÁNCHEZ LORENZO, « El derecho europeo de sociedades y la sentencia « Centros » : la relevancia de la « sede real » en el ámbito comunitario », *op. cit.*, p. 155, opte cependant pour une application de la loi de l'État d'accueil en tant que *lex originis*, c'est-à-dire « en bloqué et sans que soit nécessaire sa justification exceptionnelle par des raisons d'intérêt général ».

publics ou privés, en prévenant le risque de faillite frauduleuse due à l'insolvabilité de sociétés dont la capitalisation initiale était insuffisante³⁷⁸.

La Cour considère que les conditions présentées ci-dessus ne sont pas remplies, parce que d'autres mesures moins contraignantes ou moins attentatoires pour les libertés fondamentales pourraient être prises. Cependant, « *cette interprétation n'exclut pas que les autorités de l'État membre concerné puissent prendre toute mesure de nature à prévenir ou à sanctionner les fraudes, soit à l'égard de la société même, le cas échéant en coopération avec l'État membre dans lequel elle est constituée, soit à l'égard des associés dont il serait établi qu'ils cherchent en réalité, par le biais de la constitution d'une société, à échapper à leurs obligations vis-à-vis des créanciers privés ou publics établis sur le territoire de l'État membre concerné* »³⁷⁹.

L'Avocat général La Pergola³⁸⁰ était allé plus loin que la Cour de Justice et avait considéré que le principe selon lequel les justiciables ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir des normes communautaires est constant dans la jurisprudence de la Cour et figure parmi les principes généraux du droit communautaire. Quant au contenu de la notion d'abus de droit, l'Avocat Général était d'opinion qu'il s'agit d'une notion inspirée du droit commun des États membres dont les ordres juridiques appartiennent au système romano-germanique³⁸¹. L'Avocat Général anticipe une notion transversale du droit communautaire, donc un principe du droit communautaire, et la preuve serait l'invocation de la jurisprudence adoptée dans des domaines différents du droit d'établissement. Ainsi il rappelle la définition de l'abus donnée dans l'affaire *Kefalas*³⁸² : « *abuse du droit celui qui en est le titulaire quand il l'exerce de manière déraisonnable pour obtenir, au préjudice d'autrui, des avantages illicites et manifestement étrangers à l'objectif poursuivi par le législateur lorsque celui-ci confère au particulier une position subjective donnée* »³⁸³.

L'Avocat Général invoque une application de la thèse soutenue par Planiol selon laquelle « *le droit cesse où l'abus commence* » ce que nous amène à nous interroger sur la portée de

³⁷⁸ F. G. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, « La sentencia Centros : el status quaestionis un año después », *op. cit.*, p. 89, souligne premièrement que les règles relatives au capital minimal ne sont pas nécessairement aptes de protéger les créanciers. Deuxièmement, dans le cas où il y a preuve d'un comportement frauduleux des associés, il faut invoquer soit leur responsabilité extracontractuelle, soit la doctrine de l'apparence ou de la « *levée du voile* » (« *levantamiento del velo* »). Dans ce sens, voir aussi E. I. KALDELLIS, *op. cit.*, p. 430.

A. PERRONE, « Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul "caso Centros" », *Rivista delle Società*, septembre – octobre 2001, fascicule 5, p. 1301 souligne que pour les créanciers privés devront supporter des coûts d'information/transaction (des informations concernant la situation juridique actuelle de la société, des coûts liés à des procès déroulés dans le pays du siège réel, la confrontation à un droit étranger etc.) ce qui peut affecter le droit à une tutelle effective. Dans le même sens, voir W. – H. ROTH, « From Centros to Ueberseering : free movement of companies, private international law, and Community law », *op. cit.*, pp. 202 et s..

³⁷⁹ Point 38 de l'arrêt *Centros*.

³⁸⁰ Conclusions de l'Avocat Général La Pergola, présentées le 16 juillet 1998.

³⁸¹ Bas de page 42 des conclusions.

³⁸² Cette affaire sera analysée *infra*, pp. 179 et s..

³⁸³ Point 20 des conclusions.

la notion d'abus : l'abus conditionne-t-il l'existence du droit ou permet-il une restriction dans l'exercice du droit ? Si, dans les droits nationaux, l'avis majoritaire est celui de la considération de l'abus en tant que restriction de l'exercice du droit, l'Avocat Général paraît hésiter en ce qui concerne la même notion dans le droit communautaire.

L'arrêt *Überseering* ne mentionne pas la fraude à la loi ou l'abus de droit de manière directe. Pourtant l'invocation des raisons impérieuses d'intérêt général telles que la protection des intérêts des créanciers, des associés minoritaires, des salariés ou du fisc, même si elles ne sont pas analysées en termes de fraude ou d'abus, nous amène à ces notions³⁸⁴. Nous pouvons retrouver la justification de l'absence de mention de ces notions dans la différence importante qu'il y a entre *Centros* et *Überseering* : dans la première affaire, il s'agissait d'une société fictive, tandis que dans la deuxième affaire, la société en cause avait développé une activité économique importante. Donc, dans ce deuxième arrêt il ne s'agit pas de fraude au droit national, mais la Cour veut s'assurer que sa jurisprudence ne serait pas détournée pour ainsi protéger des cas frauduleux.

L'arrêt *Inspire Art* semble en retrait par rapport à la solution de l'arrêt *Centros* qui contenait une réserve apparemment plus étendue que la simple référence au cas d'existence d'un abus³⁸⁵. En effet, le juge communautaire ne réserve qu'un alinéa à la question de la lutte contre le recours abusif à la liberté d'établissement en tant que raison impérieuse d'intérêt général. Avec ce dernier arrêt, les notions d'abus et de fraude semblent pourtant avoir acquis une position assez stable dans la jurisprudence communautaire. La lutte contre la fraude n'est pas une exception fondée sur le Traité, comme la Cour l'avait dit dans la jurisprudence *Segers*, mais une raison impérieuse d'intérêt général pouvant justifier même des législations nationales applicables indistinctement.

Une autre précision apportée par l'arrêt *Inspire Art* consiste dans la distinction faite entre la protection des créanciers et la lutte contre la fraude. Ainsi la Cour voit ici une délimitation plus restreinte de la fraude : on peut avoir la fraude aux droits des tiers et la

³⁸⁴ M. MENJUCQ, « Liberté d'établissement et rattachement des sociétés : du nouveau dans la continuité de l'arrêt *Centros* », *op. cit.*, p. 448, souligne qu'il aurait été possible pour la Cour de Justice de limiter le refus d'admettre la capacité juridique d'une société dans le cas où la dissociation des sièges statutaire et réel répondrait à un objectif exclusif de fraude ou porterait atteinte à des raisons impérieuses d'intérêt général (« une solution intermédiaire »), au lieu d'opter, de manière assez tranchante, à faveur de la théorie de l'incorporation.

³⁸⁵ Dans ses Conclusions présentées le 30 janvier 2003, l'Avocat Général Alber fait une analyse plus complexe de la fraude et de l'abus en droit communautaire. Pourtant il se limite à invoquer la jurisprudence antérieure (para. 115 à 124). Pour un commentaire des conclusions, voir F. WOOLDRIDGE, « The Advocate General's submissions in *Kamer van Koophandel* : further emphasis on the right of establishment », *op. cit.*.

fraude à la loi. La Cour attire l'attention sur un champ d'application plus limité de la fraude, en tant que notion ou même principe autonome du droit communautaire³⁸⁶.

La jurisprudence analysée a mis en évidence une notion **communautaire** d'abus de droit. Selon E. Pataut³⁸⁷, il ne s'agirait pas tant de lutter contre l'éviction frauduleuse d'une loi nationale, que d'éviter l'utilisation abusive d'un droit subjectif reconnu par le droit communautaire, soit la liberté d'établissement. Telle semble être la voie dans laquelle s'engage la Cour dans l'arrêt *Inspire Art* quand elle exige la caractérisation au cas par cas de l'abus du droit d'établissement.

Les articles 43 et 48 du Traité CE ne contiennent aucune disposition spécifique pour sanctionner l'abus de ceux-ci, donc il revient aux États membres de prendre toutes mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire. À cet égard, « *les États membres doivent notamment veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions de fond et de procédure qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif* »³⁸⁸. Le renvoi au droit national soulève une nouvelle difficulté : quel serait le droit applicable, celui de l'État d'accueil ou celui de l'État d'origine ? Ainsi nous retournons de nouveau aux mécanismes conflictuels du droit international privé³⁸⁹. E. Pataut est de l'opinion que, en l'absence d'une harmonisation avancée du droit des sociétés, il est extrêmement difficile de mettre en place un mécanisme de sanction de la fraude « *qui laisse complètement de côté les mécanismes traditionnels du droit international privé* »³⁹⁰.

La question de l'abus du droit d'établissement s'est posée en ce qui concerne deux matières importantes : la reconnaissance des diplômes et l'établissement des sociétés. Cette distinction se maintient aussi en ce qui concerne les formes de manifestation de l'abus de droit. C'est dans la matière de reconnaissance des diplômes que des situations de comportements abusifs sont apparues et ont donné à la Cour l'occasion de tirer les premières conclusions sur cette notion. Puis avec les célèbres arrêts *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art*, la Cour a eu l'occasion d'analyser et de développer la notion. Même si certains auteurs sont plus

³⁸⁶ M. MENJUCQ, « Société. – Liberté d'établissement. – Entrave. – Traité CE. – Articles 43 et 48. – Société constituée en Grande-Bretagne mais ayant une activité exclusive aux Pays-Bas. – Loi néerlandaise sur les sociétés 'pseudo-étrangères' », *op. cit.*, p. 926 voit comme improbable la possibilité de l'apparition des cas d'abus et il considère qu'il s'agit « *d'une limite plus théorique que concrète* ».

³⁸⁷ E. PATAUT, « Liberté d'établissement et droit international privé des sociétés : un pas de plus », *op. cit.*, p. 493.

³⁸⁸ Point 62 de l'arrêt *Inspire Art*.

³⁸⁹ *Idem*, p. 494.

³⁹⁰ *Ibidem*.

réservés quant à la consécration d'une notion autonome de l'abus de droit d'établissement³⁹¹, dans notre opinion, même s'il est difficile de reconnaître déjà un principe général de l'abus de droit et si une analyse de la manifestation de la notion dans divers domaines du droit communautaire s'avère nécessaire, il faut reconnaître que l'appel systématique que la Cour fait en matière de droit d'établissement aux notions d'abus ou de fraude représente un pas important dans la création d'une notion spécifique au droit communautaire. De plus, le juge communautaire n'a pas le pouvoir d'interpréter le droit national ainsi qu'il s'agit nécessairement d'une notion communautaire.

La distinction entre les cas de manifestation de l'abus s'avère nécessaire. Il est facile à reconnaître des cas de « *U-turn constructions* » dans l'affaire *Centros* ou de simple fraude dans l'affaire *Van Biji*. La distinction entre ces deux formes a une importance pratique en ce qui concerne la preuve, car pour la première seulement des éléments objectifs doivent être prouvés, tandis que pour la seconde la preuve des éléments subjectifs s'avère nécessaire³⁹². Sur ces aspects, nous allons revenir dans la seconde partie de notre travail.

La notion d'abus de droit est traitée de manière assez marginale dans ces arrêts. Les arrêts qui ont fait l'objet de notre commentaire ont un caractère libéral et marquent « *une évolution de la téléologie des normes relatives aux libertés communautaires vers plus de "liberté" et, corrélativement, moins de possibilités pour admettre des "abus" des droits y afférents* »³⁹³. Enfin, la Cour utilise avec beaucoup de prudence la notion d'abus de droit afin de ne pas perturber, mis à part les cas les plus flagrants de fraude, le libre choix économique des opérateurs et l'architecture de la Communauté³⁹⁴.

³⁹¹ M. MENJUCQ, « Commentaire sur l'arrêt *Inspire Art* », *op. cit.*, p. 926, considère qu'il est difficile à apercevoir en quoi consiste réellement la fraude ou l'abus et que ces deux notions apparaissent plus comme une limite théorique que concrète.

³⁹² Sur cette distinction se prononce M. REHBERG, *op. cit.*, pp. 2 – 3.

³⁹³ D. TRIANTAFYLLOU, « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *op. cit.*, p. 618.

³⁹⁴ F. LAGONDET, « L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire », *op. cit.*, 2003, n° 95, p. 8.

Chapitre IV. *L'abus de droit et la fiscalité directe*

Dans le domaine de la fiscalité directe, il n'existe pas une terminologie unitaire de ce qu'il faut entendre par contournement du droit communautaire. Tant dans la jurisprudence de la Cour de Justice que dans la législation communautaire, nous retrouvons une diversité des termes utilisés d'une manière qui paraît non différenciée : évasion fiscale, fraude fiscale, abus de droit. Au niveau national les choses deviennent encore plus compliquées : ce qui est légal dans un pays et illégal dans un autre.

L'évasion fiscale, la fraude fiscale, l'abus de droit ou la planification fiscale sont des termes qui apparaissent dans la terminologie utilisée par le législateur et par le juge communautaire, sans avoir essayé une systématisation et une définition de ces termes. Cependant, le droit fiscal cherche à définir ces notions, sans oublier que la tâche n'est pas facile étant donné la diversité des comportements illicites qui se manifestent dans cette matière. Ainsi, la fraude fiscale (en anglais « *tax evasion* », en espagnol « *evasión fiscal* ») supposerait l'action de l'assujetti de ne pas respecter la loi, avec l'intention d'échapper au paiement de l'impôt et consisterait dans l'omission à déclarer les revenus obtenus des opérations légales ou illégales. La fraude fiscale entraîne généralement la responsabilité pénale ou administrative de l'assujetti. La « *tax fraud* », qui existe seulement dans certains droits, serait une notion subsidiaire à celle de fraude fiscale et couvrirait seulement des actions comme la présentation des fausses déclarations³⁹⁵. Plus délicat est de faire la distinction entre planification fiscale (« *tax planning* ») et évasion fiscale (en anglais « *tax avoidance* », en espagnol « *elusión fiscal* »). Les deux notions supposent une action de l'assujetti de réduire la charge fiscale, action qui n'est pas contraire à la loi, mais qui affecte les ressources fiscales de l'État. L'assujetti a le droit d'organiser ses affaires de manière à payer moins d'impôts. Si la planification fiscale est parfaitement acceptée, l'évasion ne l'est pas. Le rapport OCDE de 1987 sur l'évasion et la fraude fiscales internationales³⁹⁶ met en évidence trois éléments de l'évasion fiscale : 1) dans la grande majorité des cas, il y a un élément d'artificialité ; 2) son caractère secret ; 3) l'évasion fiscale souvent profite des lacunes du droit ou suppose l'application d'une norme au delà des objectifs pour lesquelles elle a été instituée. Souvent l'évasion fiscale reçoit une définition négative : est évasion tout ce qui n'est ni fraude fiscale ni

³⁹⁵ Sur la fraude fiscale en droit français voir par exemple E. GICQUEL, « La fraude fiscale », *DF*, 12 juillet 2007, n° 28, pp. 725 et s..

³⁹⁶ OCDE, *International Tax Avoidance and Evasion*, Four related studies, Paris, 1987, p. 17.

planification fiscale³⁹⁷. À différence de l'essai de systématisation dont font preuve les ordres juridiques nationaux, tant la Cour que le législateur communautaire n'utilisent pas une terminologie claire et la distinction entre les différents types de comportements n'est pas assez claire. Il faut cependant souligner que l'évasion fiscale correspond généralement à des pratiques de contournement du droit national et c'est seulement cet aspect que nous traiterons. Nous analyserons les différentes manifestations de la notion d'abus de droit en droit fiscal communautaire, en mettant en exergue ses caractéristiques et la confusion dont fait preuve la Cour quant à la terminologie utilisée dans le traitement de ces situations.

L'existence des régimes fiscaux différents³⁹⁸ au sein de l'Union européenne incite l'évasion fiscale. C'est pourquoi très tôt la Communauté a commencé à s'intéresser à mettre en place une action concertée pour lutter contre ce phénomène. Le rapport Neumark de 1962 affirmait déjà la nécessité de lutter contre l'évasion fiscale qui entraînait des pertes de ressources budgétaires, des distorsions de concurrence, une atteinte à la justice distributive fiscale et des mouvements de capitaux injustifiés.

En principe, la fiscalité relève de la compétence des États membres. Cependant, la jurisprudence communautaire établit une limite importante à cette compétence : « *si, en l'état actuel du droit communautaire, la matière des impôts directs ne relève pas en tant que telle de la compétence de la Communauté, il n'en reste pas moins que les États membres doivent exercer leurs compétences retenues dans le respect du droit communautaire* »³⁹⁹. Ainsi, ils ne peuvent pas entraver les libertés de circulation. Cependant, comme on verra par la suite, les États membres se sont vu reconnaître, tant par la législation que par la jurisprudence communautaire, le pouvoir d'édicter des règles en vue de combattre l'évasion fiscale.

Il convient de commencer par citer l'article 58 (1) (b) du Traité CE qui reconnaît le droit des États membres d'empêcher la fraude fiscale :

« L'article 56 [libre circulation des capitaux] ne porte pas atteinte au droit qu'on les
États membres :
[...]

³⁹⁷ P. MERKS, « Tax evasion, tax avoidance and tax planning », *Intertax*, 2006, vol. 34, pp. 272 – 281. Sur la distinction des différentes notions voir aussi M. COZIAN, « What is abuse of law », *Intertax*, 1991, n° 2, pp. 103 – 105 ; S. DRAPIER, *Les palliatifs du défaut d'harmonisation fiscale communautaire*, Thèse, Université de Toulouse I – Sciences Sociales, 2005, pp. 136 et s. ; A. MARGAIRAZ, *La fraude fiscale et ses succédanés*, édité par A. Margairaz, Blonay (Suisse), 1987.

³⁹⁸ Sur la notion de fraude à la loi dans le droit fiscal des États membres de la CE, voir S. FROMMEL, « United Kingdom tax law and abuse of rights », *Intertax*, 1991, n° 2, pp. 54 – 81 ; G. MAISTO, « The abuse of rights under Italian tax law », *Intertax*, 1991, n° 2, pp. 93 – 96 ; J. M. MÖSSNER, W. GASSNER, L. HINNEKENS, K. S. TIKKA, B. PLAGNET, G. TIXIER, M. LEHNER, J. H. M. ARTS, P. M. HERRERA, C. SILFVERBERG, D. SOUTHERN, « Tax avoidance concepts and european tax education », *European Taxation*, mars 1999, pp. 92 – 117.

³⁹⁹ Arrêt CJCE, *Finanzamt Köln-Altstadt contre Roland Schumacker*, 14 février 1995, Aff. C-279/1993, Rec., p. I-225.

b) de prendre toutes les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou en matière de contrôle prudentiel des établissements financiers, de prévoir des procédures de déclaration des mouvements de capitaux à des fins d'information administrative ou statistique ou de prendre des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique. » (Nous soulignons)

En prenant en considération les précisions faites en ce qui concerne la terminologie et la distinction entre fraude et évasion fiscale, il est évident que cet article se réfère seulement à la fraude fiscale. De plus, l'application de cet article est limitée à la libre circulation des capitaux. Il convient de conclure que cet article reste en dehors de la notion qui nous intéresse.

Par la Résolution du Conseil, du 10 février 1975, relative aux mesures à prendre par la Communauté dans le domaine de la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales internationales⁴⁰⁰ le Conseil mettait en évidence les conséquences de la fraude et de l'évasion fiscale internationales et l'importance de la lutte contre ces phénomènes, au-delà des mesures prises à l'intérieur d'un seul État. Des actions internationales, menées par les États, dans le cadre communautaire, étaient nécessaires. Les mesures envisagées par le Conseil incluaient, entre autres, la coopération mutuelle entre les autorités des États à travers des échanges d'informations et des enquêtes menées par un État sur demande d'un autre État, encadrées par la collaboration de la Commission. L'action principale prise suite à cette Résolution a été la directive n° 77/799/CEE du Conseil, du 19 décembre 1977, concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs⁴⁰¹.

Cette directive a pour but d'encourager l'échange d'informations entre les États membres en vue de permettre « l'établissement correct des impôts sur le revenu et sur la fortune » et met l'accent sur « les cas où apparaît un transfert fictif de bénéfices entre des entreprises situées dans des États membres différents, ou lorsque de telles transactions entre des entreprises situées dans deux États membres sont effectuées par l'intermédiaire d'un troisième pays en vue de bénéficier d'avantages fiscaux, ou encore lorsque l'impôt a été ou peut être éludé pour une raison ou l'autre » (considérant n° 6 reprenant le considérant n° 5 de la Résolution du Conseil du 10 février 1975). L'hypothèse envisagée est celle d'une situation intracommunautaire où par l'invocation des libertés de circulation, le particulier cherche échapper aux dispositions fiscales d'un pays membre en faveur des dispositions plus

⁴⁰⁰ JOCE n° C 035, 14.02.1975, pp. 1 – 2.

⁴⁰¹ JOCE n° L 336, 27.12.1977, pp. 15–20. Modifiée par la directive n° 2004/56/CE du Conseil du 21 avril 2004 modifiant la directive 77/799/CEE concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs, de certains droits d'accises et des taxes sur les primes d'assurance, JOUE n° L 127, 29.4.2004, pp. 70–72. De manière similaire, la directive n° 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, JOUE n° L 157, 26.06.2003, pp. 38 – 48, met en place un système d'échange automatique de certaines informations relatives au paiements d'intérêts.

favorables d'un autre pays membre. M. Burgio⁴⁰² interprète les dispositions de ces deux actes comme statuant qu'un éventuel abus de droit au niveau communautaire doit être apprécié cas par cas par les administrations fiscales nationales conformément à leur droit national. Le même auteur considère que le cadre d'assistance mutuelle mis en œuvre par cette directive est le cadre le plus adéquat pour combattre la fraude et l'évasion, surtout dans le cas des transactions opérées par des groupes multinationales. L'abus de droit, tel que définie par la jurisprudence communautaire, prend différentes formes qui pourront être combattues seulement par des mesures nationales, unilatérales, et que donc réclameront des mesures au niveau communautaire.

La présentation des références dans la législation communautaire quant à la nécessité de lutter contre l'évasion fiscale n'a pas un caractère exhaustif⁴⁰³. Notre objectif est seulement de mettre en exergue que l'évasion fiscale est une question préoccupante au sein de l'Union européenne, dans un domaine où l'harmonisation n'est pas avancée, et donc la Cour de Justice sera le principal acteur responsable d'encadrer la lutte contre les comportements abusifs.

Nous essayerons de mettre en évidence la diversité de formes qu'a prises la notion d'abus de droit dans le domaine de la fiscalité directe. En premier lieu, il convient de mentionner que la notion d'abus n'a attiré l'attention du juge communautaire qu'assez récemment en ce qui concerne cette matière. D'autre part, il est important de chercher à systématiser la casuistique et de mettre en évidence les principaux traits des comportements abusifs et leur encadrement dans des catégories juridiques prédéfinies ou à définir. Dans notre analyse, il convient de se pencher premièrement sur les cas de contournement manifestés dans le cadre des directives « fusions » et « sociétés mères et filiales » (Section I). Par la suite, il convient d'analyser les cas « typiques » d'évasion fiscale où les agents économiques utilisent la libre circulation pour échapper à charge fiscale d'un certain pays (Section II). En analysant ces formes d'abus dans l'ordre mentionné, la perspective chronologique dans l'analyse de la jurisprudence communautaire sera adoptée.

⁴⁰² M. BURGIO, « The abuse of law in the framework of the European tax law », *Intertax*, 1991, n° 2, p. 83.

⁴⁰³ Pour d'autres références à des comportements abusifs que ce que nous analyserons par la suite, voir art. 5 de la Directive n° 2003/49/CE du Conseil du 3 juin 2003 concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents, JOUE n° L 157, 26.06.2003, pp. 1 – 2; ou considérant n° 4 de la Directive n° 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, JOUE n° L 157, 26.06.2003, pp. 38 – 48.

Section I. L'abus de droit dans le cadre de la directive n° 90/434⁴⁰⁴ (fusions) et de la directive n° 90/435⁴⁰⁵ (sociétés-mères et filiales)

La directive n° 90/434/CEE contient indirectement des mesures contre l'abus de droit. Elle ne donne aucune définition de l'abus et laisse l'appréciation du celui-ci dans les mains des autorités nationales. Cette directive vise l'élimination de toutes les restrictions fiscales nationales entravant les fusions, les scissions, apports d'actifs et échanges d'actions entre sociétés d'États membres différents. Elle établit les règles selon lesquelles les entreprises sont dans certaines circonstances exemptées de l'obligation de payer certaines taxes. D'abord, la directive établit dans son préambule,

« qu'il convient de prévoir la faculté pour les États membres de refuser le bénéfice de l'application de la présente directive lorsque l'opération de fusion, de scission, d'apport d'actifs ou d'échange d'actions a pour objectif la fraude ou l'évasion fiscales [...] » (considérant n° 9).

Dans le même sens, l'article 11 de la directive, telle que modifiée en 2005, réserve aux États membres la possibilité de refuser d'appliquer tout ou partie des dispositions de la directive ou en retirer le bénéfice lorsque l'opération de fusion, de scission, de scission partielle, d'apport d'actifs, d'échange d'actions ou de transfert du siège statutaire d'une société européenne ou d'une société coopérative européenne *« a comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscale »*. Le législateur communautaire va plus loin et institue une présomption que l'une des opérations énumérées (fusion, scission, etc.) a comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscale dès lors que cette opération n'est pas effectuée pour des motifs économiques valables, tels que la restructuration ou la rationalisation des activités des sociétés participant à l'opération.

La directive n° 90/435/CEE traite les différences existantes entre les règles des États membres concernant les relations entre les sociétés mères et leurs filiales en matière fiscale. La directive prévoit certains allègements fiscaux qui cependant ne doivent pas faire obstacle *« à l'application de dispositions nationales ou conventionnelles nécessaires afin d'éviter les fraudes et abus »*⁴⁰⁶. M.

⁴⁰⁴La directive n° 90/434/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents JOCE n° L 225, 20.8.1990, pp. 1–5, modifiée par la Directive 2005/19/CE du Conseil du 17 février 2005, JOUE n° L 58, 4.03.2005, pp. 164 – 172.

⁴⁰⁵ La directive n° 90/435/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, JOCE n° L 225, 20.8.1990, pp. 6–9.

⁴⁰⁶ Article 1(2). Il faut mettre en exergue que les deux directives ne font pas preuve de cohérence terminologique. La directive n° 90/435 parle des « fraudes et abus », tandis que la directive n° 90/434 mentionne la lutte contre *« la fraude ou l'évasion fiscale »*.

Burgio⁴⁰⁷ considère que, dans le cadre de cette directive, en absence de la possibilité pour les groupes de sociétés de bénéficier de l'élimination de la double imposition, les mesures nationales anti-contournement peuvent avoir un impact important.

Par la suite, il convient d'analyser quelques arrêts de la Cour de Justice qui ont mis en évidence les stratégies utilisées par les agents économiques qui, en utilisant les directives mentionnées ou leur transposition dans les droits nationaux, cherchent à éluder les dispositions fiscales des pays membres.

& I. L'arrêt *Denkavit-VITIC-Voormeer*⁴⁰⁸

Denkavit International BV, domiciliée aux Pays-Bas détenait une participation de 20% dans le capital de la société allemande Denkavit Futtermittel GmbH depuis 1973. En juillet 1992, à la suite de l'acquisition d'autres parts sociales, la participation de Denkavit dans sa filiale est passée à 99,4%. En vue, apparemment, d'une distribution de bénéfices de la filiale prévue pour octobre 1992, Denkavit a sollicité auprès de l'administration fiscale allemande la réduction de la retenue à la source, conformément à la loi allemande. Dans sa demande, Denkavit s'engage à ce que sa participation dans sa filiale reste supérieure à 25% pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans à compter de la date d'acquisition, à savoir juillet 1992⁴⁰⁹. Cependant l'administration fiscale allemande refuse l'exemption sollicitée au motif que le délai de 12 mois imposé par la législation allemande pour la conservation de la participation dès l'acquisition jusqu'à l'exigibilité de l'impôt n'avait pas été respecté. Le délai doit donc être accompli au moment de l'exigibilité de l'impôt. La question préjudicielle porte sur la compatibilité de cette clause anti-contournement avec la directive n° 90/435⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ M. BURGIO, *op. cit.*, p. 84.

⁴⁰⁸ Arrêt CJCE, *Denkavit International BV, VITIC Amsterdam BV et Voormeer BV c. Bundesamt für Finanzen*, 17 octobre 1996, Aff. Jtes. C-283, 291 et 292/94, Rec., p. I-5063. Voir commentaires de cet arrêt par D. M. WEBER, « The first steps of the ECJ concerning an abuse-doctrine in the field of harmonized direct taxes », *EC Tax Review*, 1997, n° 1, pp. 22 – 31. Sur les clauses anti-contournement continues dans les deux directives citées voir B. KNOBBE – KEUK, « The EC corporate tax directives – anti-abuse provisions, direct effect, German implementation law », *Intertax*, 1992, n° 8-9, pp. 485 – 494 ; D. WEBER, « The first steps of the ECJ concerning an abuse-doctrine in the field of harmonized direct taxes », *EC Tax Review*, 1997, n° 1, pp. 22 – 31.

⁴⁰⁹ La législation allemande imposait deux conditions, c'est-à-dire une participation d'au moins 25%, pendant au moins 12 mois.

⁴¹⁰ Les deux autres affaires jointes portent sur des faits similaires.

La Cour souligne que l'article 3 (2) de la directive⁴¹¹ laisse aux États membres la faculté de soumettre le bénéfice de l'exemption à une période minimale que les États membres sont libres de fixer, mais qui ne peut pas dépasser deux ans⁴¹². Dès lors que cet article constitue une exception à l'article 5 (1), qui permet l'exemption de la retenue à la source afin d'éviter la double imposition, il doit faire l'objet d'une interprétation restrictive. Par voie de conséquence, les États membres ne sauraient instaurer unilatéralement des mesures restrictives, telles que l'exigence d'une période de participation minimale déjà accomplie au moment de la distribution des bénéficiaires pour lesquels l'avantage fiscal est demandé⁴¹³.

Par la suite, la Cour fait des affirmations qui paraissent contradictoires. Ainsi l'article 1 (2) de la directive⁴¹⁴ serait une disposition de principe explicitée en détail dans l'article 3 (2) de la même directive. Cette dernière disposition « *vise en particulier [...] à lutter contre les abus résultant de participations prises dans le capital de sociétés dans le seul but de profiter des avantages fiscaux prévus et qui ne sont pas destinées à durer* »⁴¹⁵. En conséquence, dit la Cour, il ne saurait pas opportun de recourir à l'article 1(2) pour interpréter l'article 3(2). D. Waelbroeck⁴¹⁶ voit dans cette apparente contradiction une différenciation entre les cas d'abus. Ainsi, là où il existe de dispositions identifiant des situations possibles d'abus et offrant des solutions concrètes, on ne saurait recourir à des exigences plus strictes sur la base du principe général de l'abus de droit. Ainsi, la directive offrait un instrument suffisant pour empêcher l'abus de l'exemption fiscale moyennant le recours artificiel aux holdings de courte durée. La Cour considérerait cependant que l'exigence que la période de participation minimale soit déjà écoulée à la date de distribution des bénéfices constituait une condition additionnelle qui ne se justifierait pas.

⁴¹¹ « Article 3

1. Aux fins de l'application de la présente directive:

a) la qualité de société mère est reconnue au moins à toute société d'un État membre qui remplit les conditions énoncées à l'article 2 et qui détient, dans le capital d'une société d'un autre État membre remplissant les mêmes conditions, une participation minimale de 25 %;

b) on entend par « société filiale » la société dans le capital de laquelle la participation visée au point a) est détenue.

2. Par dérogation au paragraphe 1, les États membres ont la faculté:

- par voie d'accord bilatéral, de remplacer le critère de participation dans le capital par celui de détention des droits de vote,

- de ne pas appliquer la présente directive à celles de leurs sociétés qui ne conservent pas, pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans, une participation donnant droit à la qualité de société mère, ni aux sociétés dans lesquelles une société d'un autre État membre ne conserve pas, pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans, une telle participation. »

⁴¹² À notre avis, l'interprétation donnée par la Cour de Justice est contraire à une lecture littérale de l'article 3 (2) : « pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans », d'où il convient de tirer la conclusion que les États membres peuvent imposer des délais plus étendus.

⁴¹³ Points 25 à 27 de l'arrêt *Denkavit – VITIC – Voormeer*.

⁴¹⁴ « Article premier

1. Chaque État membre applique la présente directive:

- aux distributions de bénéfices reçues par des sociétés de cet État et provenant de leurs filiales d'autres États membres,

- aux distributions de bénéfices effectuées par des sociétés de cet État à des sociétés d'autres États membres dont elles sont les filiales.

2. La présente directive ne fait pas obstacle à l'application de dispositions nationales ou conventionnelles nécessaires afin d'éviter les fraudes et abus. »

⁴¹⁵ Point 31 de l'arrêt *Denkavit – VITIC – Voormeer*.

⁴¹⁶ D. WAELBROECK, « La notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire », *op. cit.*, p. 609.

Des instruments spécifiques de lutte contre l'abus excluent l'application d'un principe général d'interdiction de l'abus de droit⁴¹⁷.

Par ailleurs, le fait que l'article 3 (2) vise en particulier les cas d'abus signifierait que dans son champ d'application entreraient aussi d'autres cas non abusifs⁴¹⁸. En conséquent, le fait qu'un opérateur économique ne respecte pas la période de participation minimale et vend ses participations sociales détermine l'application de cet article et donc le refus d'octroyer l'avantage fiscal. L'interprétation donnée par la Cour à l'article 3 (2) est assez critiquable et elle devrait choisir entre les deux options : soit cet article couvre tous types de pratiques, abusives ou non, soit il ne couvre que les pratiques abusives⁴¹⁹.

& II. L'arrêt *Leur-Bloem*⁴²⁰

Cet arrêt est le premier qui porte sur la directive « fusions » et continue la ligne d'interprétation des clauses anti-abus, contenue dans l'affaire *Denkavit-VITIC-Voormeer*. Mme Leur-Bloem, qui est actionnaire unique et directeur de deux sociétés privées de droit néerlandais, envisage d'acquérir les actions d'une troisième société privée, une holding, le paiement devant s'opérer par échange avec les actions des deux premières sociétés. Mme Leur-Bloem devait devenir, après l'opération, non plus directement, mais seulement indirectement, l'actionnaire unique des deux autres sociétés. Mme Leur-Bloem demande à l'administration fiscale néerlandaise de considérer l'opération en tant que « fusion par échange d'actions » au sens de la loi néerlandaise de 1964 relative à l'impôt sur le revenu et de lui permettre de bénéficier de l'exonération d'impôt sur la plus-value éventuellement réalisée sur la cession d'actions et de la possibilité de compenser les pertes éventuelles à l'intérieur de l'entité fiscale ainsi créée. La loi néerlandaise définit les fusions entre sociétés néerlandaises et

⁴¹⁷ D. Weber souligne que, dès lors que la directive prévoit des instruments spécifiques de lutte contre l'abus, les États membres ne peuvent pas utiliser d'autres instruments. Cependant, dans le cas où le risque d'abus n'est pas écarté par le moyen de la clause spécifique de l'article 3 (2), les États membres ont le droit d'adopter d'autres mesures (D. WEBER, « A closer look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive », *EC Tax Review*, 1996, n° 2, p. 69).

⁴¹⁸ La Cour avait souligné que l'article 3 (2) est une application particulière de l'article 1 (2) qui a pour seul objectif de lutte contre l'abus et la fraude, ce qui limite substantiellement le champ d'application de l'article 3 (2). Cependant la Cour revient sur cette affirmation, en laissant entendre que l'article 3 (2) ne se limite pas à l'application des cas abusifs.

⁴¹⁹ D. M. WEBER, « The first steps of the ECJ concerning an abuse-doctrine in the field of harmonized direct taxes », *op. cit.*, p. 25.

⁴²⁰ Arrêt CJCE, *Leur-Bloem c. Inspecteur des Blastingsdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, 17 septembre 1997, Aff. C-28/95, Rec., p. I-4161. Voir commentaires de cet arrêt par : P. DEROUIN, « Fiscalité des fusions de sociétés et échanges d'actions », *DF*, 1997, n° 38, pp. 1100 – 1104 ; F. HOENJET, « The Leur-Bloem judgement : the jurisdiction of the European Court of Justice and the interpretation of the anti-abuse clause in the Merger Directive », *EC Tax Review*, 1997, n° 4, pp. 206 – 215 ; P. PISTONE, « L'abuso delle convenzioni internazionali in materia fiscale », in V. UCKMAR (coord.), *Corso di diritto tributario internazionale*, CEDAM, 1999, pp. 501 – 505 ; F. POILVACHE, « Compétence préjudicielle et dispositions nationales inspirées du droit communautaire », *JTDE*, 1998, n° 50, pp. 121 – 125.

les fusions entre sociétés domiciliées dans des États membres différents de la même manière : une société acquiert, contre remise de ses propres actions ou titres participatifs, avec paiement éventuel d'une soulte, une quantité d'actions dans une autre société lui permettant d'exercer plus de la moitié des droits de vote dans cette dernière société, afin de rassembler durablement, d'un point de vue financier et économique, l'entreprise de cette société et celle d'une autre dans une même entité. Ayant des doutes quant à la compatibilité de ces dispositions avec la directive « *fusions* », la juridiction néerlandaise saisit la Cour de Justice par plusieurs questions portant sur cet aspect.

Au-delà du fait que la Cour se déclare compétente même s'il s'agissait d'une situation purement interne mais pour le motif que le législateur néerlandais avait décidé d'octroyer le même traitement aux fusions nationales et aux fusions communautaires⁴²¹, il est important d'analyser les précisions qu'elle apporte sur les conditions à remplir par les clauses nationales anti-contournement. On le sait déjà, l'article 11(1) (a) de la directive « *fusions* » permet aux États membres de ne pas appliquer la totalité ou une partie des dispositions de la directive, y compris les avantages fiscaux sur lesquels porte le litige, et de retirer le bénéfice lorsque l'opération de fusion a comme objectif principal ou comme l'un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales. Dans le cadre de cette réserve de compétence, l'État membre peut prévoir une présomption de fraude ou d'évasion fiscales lorsqu'« *une des opérations visées ... n'est pas effectuée pour des motifs économiques valables, tels que la restructuration ou la rationalisation des activités des sociétés participant à l'opération* ». Cependant, pour vérifier si l'opération envisagée a un tel objectif, les autorités nationales compétentes ne sauraient se contenter d'appliquer des critères généraux prédéterminés, mais doivent procéder, au cas par cas, à un examen global de celle-ci⁴²².

Par la suite, la Cour limite strictement le type de comportement ne constituant pas une transaction commerciale pour « *motif valable* » au sens de l'article 11 : la notion de motifs économiques valables va au-delà de la seule recherche d'un avantage purement fiscal. Ainsi une opération de fusion par échange d'actions qui ne viserait qu'atteindre un tel but ne saurait constituer un motif économique valable au sens de cet article⁴²³. Au contraire, une fusion ou une restructuration faite sous la forme d'un échange d'actions impliquant une société holding

⁴²¹ En rappellent l'arrêt CJCE, *Massam Dzodzi contre État belge*, 18 octobre 1990, Aff. Jtes. C-297/88 et C-197/89, Rec., p. I-3763, la Cour de souligne que : *En effet, lorsqu'une législation nationale se conforme pour les solutions qu'elle apporte à des situations purement internes à celles retenues en droit communautaire afin, notamment, d'éviter l'apparition de discriminations à l'encontre des ressortissants nationaux ou, comme en l'espèce au principal, d'éventuelles distorsions de concurrence, il existe un intérêt communautaire certain à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, les dispositions ou les notions reprises du droit communautaire reçoivent une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elles sont appelées à s'appliquer* (point 32).

⁴²² Points 38 à 41 de l'arrêt *Leur-Bloem*.

⁴²³ Point 47 de l'arrêt *Leur-Bloem*.

nouvellement créée n'est pas nécessairement un abus. De la même façon, une fusion par échange d'actions visant à créer une structure déterminée pour une période limitée, et non de manière durable, peut avoir des motifs économiques valables. La Cour de Justice considère cependant que tels faits peuvent justifier une présomption d'abus, selon l'article 11 (1) (a) de la directive⁴²⁴. La conclusion est, donc, que l'analyse doit se faire au cas par cas, sans appliquer des « critères généraux prédéterminés »⁴²⁵, en excluant automatiquement certaines catégories d'opérations de l'avantage fiscal.

La Cour de Justice donne au juge national beaucoup des indices lui permettant d'analyser les actions des agents économiques afin de découvrir les comportements abusifs. Si on se demande quel type de clause anti-contournement serait permise par la directive « fusions », la réponse paraît assez simple : une clause que ressemble beaucoup à l'article 11 (1) (a) de la directive⁴²⁶.

& III. L'arrêt *Kofoed*⁴²⁷

MM. Kofoed et Toft détenaient, à part égale, la totalité du capital social de la société Cosmopolit Holding ApS, société à responsabilité limitée de droit danois. Par la suite, les deux ont acquis les actions de la société à responsabilité limitée de droit irlandais Dooralong Ltd. Après une augmentation du capital social de la société Dooralong, MM. Kofoed et Toft ont échangé la totalité des parts sociales qu'ils détenaient dans Cosmopolit contre la totalité des nouvelles actions de Dooralong. À la suite de cet échange, chacun détenait la moitié du capital social de Dooralong et cette dernière disposait de la totalité du capital social de Cosmopolit. Après encaisser les dividendes versés par la filiale Cosmopolit, l'assemblée générale de Dooralong a décidé de distribuer des dividendes à ses deux associés. Dans le cadre de l'imposition au titre de l'impôt sur le revenu, M. Kofoed a demandé que l'échange d'actions réalisé soit exonéré d'impôt. L'administration danoise a pourtant refusé d'octroyer l'exemption en considérant que la distribution des dividendes fait partie de l'opération d'échange d'actions. L'une des questions préjudicielles présente beaucoup d'intérêt quant à la répression des abus dans le contexte de la directive « fusions ». Ainsi, la Cour a été invitée à se prononcer sur la question de savoir si l'administration fiscale conserve le droit de réagir à un éventuel abus de droit même dans le cas où l'État membre en cause n'ait pas adopté de mesures spécifiques pour transposer l'article 11 de la directive « fusions ».

⁴²⁴ Point 42 de l'arrêt *Leur-Bloem*.

⁴²⁵ Point 41 de l'arrêt *Leur-Bloem*.

⁴²⁶ F. HOENJET, *op. cit.*, p. 213.

⁴²⁷ Arrêt CJCE, *Hans Markus Kofoed contre Skatteministeriet*, 5 juillet 2007, Aff. C-321/05, Rec., p. I-5795.

Après conclure que la distribution de dividendes ne peut pas être considérée comme soulte en espèce, et que donc l'échange d'actions relève de l'article 8 (1) de la directive n° 90/434⁴²⁸ et son imposition est interdite⁴²⁹, la Cour de Justice analyse l'argument du gouvernement danois selon lequel ledit échange « a été effectué sans aucune raison commerciale et dans le seul but de réaliser des économies fiscales ». Le raisonnement de la Cour est important de plusieurs points de vue. En premier lieu, la Cour souligne expressément que l'article 11 (1) (a) de la directive « reflète le principe général du droit communautaire selon lequel l'abus de droit est prohibé »⁴³⁰. En deuxième lieu, et à différence de la jurisprudence antérieure dans ce domaine, la Cour rappelle sa jurisprudence dans d'autres domaines (*Centros*, *Agip Petroli*, précités, et *Cadbury Schweppes*⁴³¹) pour conclure que les pratiques abusives sont « des opérations réalisées non dans le cadre de transactions commerciales normales, mais seulement dans le but de bénéficier abusivement des avantages prévus par le droit communautaire »⁴³².

En revenant sur l'analyse de la possibilité pour les autorités nationales de sanctionner l'abus, même en l'absence d'une mesure de transposition de l'article 11 (1) (a), la Cour rappelle que l'obligation de transposition qui pèse sur les États membres ne signifie pas qu'ils doivent nécessairement entreprendre des actions législatives dans ce sens. Si d'autres dispositions internes peuvent assurer le même effet, un acte législatif de transposition n'est pas nécessaire. Dans ce contexte, et en rappelant l'obligation d'interprétation conforme qui pèse sur les autorités nationales, la Cour n'exclut pas que l'échange d'actions en cause puisse être qualifié d'abus de droit sur le fondement d'une disposition nationale.

Section II. Les montages purement artificiels

Il est certain que la fiscalité, en tant que domaine sensible de la souveraineté des États membres, reste très peu harmonisée et est susceptible d'affecter le fonctionnement du marché intérieur. Pour cette raison, le comportement abusif prend la forme du contournement des dispositions fiscales par l'invocation des libertés de circulation. Les États membres, conscients de l'éventualité d'un tel comportement, se sont dotés des clauses anti-contournement par lesquelles ils cherchent à empêcher l'évasion de leurs dispositions fiscales. La différence avec la première forme d'abus de droit manifestée dans le domaine de la fiscalité directe consiste

⁴²⁸ Cet article permet l'imposition de l'associé pour l'éventuelle soulte en espèce reçue à l'occasion de l'échange d'actions.

⁴²⁹ Point 35 de l'arrêt *Kofoed*.

⁴³⁰ Point 38 de l'arrêt *Kofoed*.

⁴³¹ Analysé *infra*, p. 134.

⁴³² Point 38 de l'arrêt *Kofoed*.

dans le fait que l'agent économique invoque la libre circulation⁴³³. Dans les affaires analysées auparavant, il s'agissait d'invoquer abusivement des normes communautaires relatives à la restructuration des entreprises.

& I. L'arrêt *Lankborst – Hoborst GmbH*⁴³⁴

Cet arrêt met en évidence la dichotomie liberté de circulation (et plus particulièrement le droit d'établissement) – entrave fiscale. Dans l'espèce, il s'agissait de la filiale allemande d'une société néerlandaise ayant bénéficié d'un prêt avec intérêt de la part de la société mère. L'administration fiscale allemande a considéré que les intérêts payés à la société mère étaient assimilables à une distribution de bénéfices occultes et les a imposées à ce titre. La question préjudicielle soulevée portait sur la compatibilité avec le droit communautaire d'une disposition de la loi allemande relative à l'impôt sur les sociétés, l'article 8 bis, qui prévoyait que les dispositions relatives au crédit d'impôt ne bénéficiaient pas aux actionnaires non résidents et aux personnes morales de droit allemand exonérées de l'impôt sur les sociétés.

En premier lieu, la Cour considère que la disposition en cause constitue une entrave à la liberté d'établissement parce qu'elle crée une différence de traitement entre filiales résidentes en fonction du siège de leur société mère. Les intérêts versés sont traités comme des dépenses pour les sociétés mères résidentes et comme des dividendes occultes pour les non résidentes. Par voie de conséquence, la mesure fiscale citée rend moins attrayant l'exercice du droit d'établissement par des sociétés établies dans d'autres États membres,

⁴³³ Il est vrai que l'abus de droit s'est manifesté dans le domaine de la fiscalité directe, prioritairement en relation avec le droit d'établissement. Les affaires analysées par la suite traiteront exclusivement du droit d'établissement. Cependant, l'aspect de l'abus de droit a été analysé aussi en ce qui concerne la libre circulation des travailleurs. Voir les arrêts CJCE, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Danemark*, 15 septembre 2005, Aff. C-464/02, Rec., p. I-7929 ; *Procédures pénales contre Claude Nadin, Nadin-Lux SA (C-151/04) et Jean-Pascal Durré (C-152/04)*, 15 décembre 2005, Aff. Jtes. C-151/04 et C-152/04, Rec., p. I-11203. Il était en cause la législation d'un État membre taxant, avec l'objectif de lutter contre l'évasion fiscale, des automobiles immatriculés dans un autre État membre, par une société établie dans ce deuxième État, mais qui le met à la disposition de ses travailleurs résidant dans le premier État. Pour la Cour, un tel montage ne peut que difficilement être vu comme abusif. Cependant, dans le cas où l'immatriculation s'est faite avec l'objectif d'être utilisés essentiellement sur le territoire du premier État, cet État a le droit d'imposer le paiement d'une taxe.

⁴³⁴ Arrêt CJCE, *Lankborst-Hoborst GmbH c. Finanzamt Steinfurt*, C-324/00, 12 décembre 2002, Rec., p. I – 11779. Voir commentaires de cet arrêt par : A. CORDEWENER, « Company taxation, cross-border financing and thin capitalization in the EU internal market : some comments on *Lankborst-Hoborst GmbH* », *European Taxation*, avril 2003, vol. 43, n° 4, pp. 102 – 113 ; O. F. GRAF KERSSENBROCK, « In the wake of *Lankhorst-Hohorst* », *Intertax*, 2004, vol. 32, pp. 306 – 319 ; D. GUTMANN, L. HINNEKENS, « The *Lankhorst-Hohorst* case. The ECJ finds German thin capitalization rules incompatible with freedom of establishment », *EC Tax Review*, 2003, n° 2, pp. 90 – 97 ; L. IDOT, « Un régime différencié pour l'octroi du crédit d'impôt en matière d'impôt sur les sociétés est contraire à l'article 43 CE », *Revue Europe*, février 2003, commentaire n° 55, p. 17 ; A. KÖRNER, « The ECJ's *Lankhorst-Hohorst* judgment – incompatibility of thin capitalization rules with european law and further consequences », *Intertax*, 2003, vol. 31, pp. 162 – 168 ; N. VINTHER, E. WERLAUFF, « The need for fresh thinking about tax rules on thin capitalization: the consequences of the judgment of the ECJ in *Lankhorst-Hohorst* », *EC Tax Review*, 2003, n° 2, pp. 97 – 106.

lesquelles pourraient en conséquence renoncer à l'acquisition, à la création ou au maintien d'une filiale dans l'État membre qui édicte une telle mesure⁴³⁵.

Ensuite, même s'il s'agissait d'une mesure clairement discriminatoire fondée sur le critère du siège des personnes morales et donc susceptible d'être justifiée seulement par les exceptions prévues par le Traité, la Cour analyse les raisons impérieuses invoquées⁴³⁶. Une des justifications invoquées par le gouvernement allemand était celle de la lutte contre l'évasion fiscale à laquelle aboutirait le recours au mécanisme dit « *de la sous-capitalisation* » ou de la « *capitalisation dissimulée* » auxquelles arrive le financement des filiales par des emprunts. La réponse de la Cour est très concise et directe :

« [...] la législation en cause au principal n'a pas pour objet spécifique d'exclure d'un avantage fiscal les montages purement artificiels dont le but serait de d'échapper à l'emprise de la législation fiscale allemande, mais vise, de manière générale, toute situation dans laquelle la société mère a son siège, pour quelque raison que ce soit, en dehors de la République fédérale d'Allemagne. Or une telle situation n'implique pas, en elle-même, un risque d'évasion fiscale, une telle société étant en tout état de cause soumise à la législation fiscale de l'État où elle est établie »⁴³⁷.

Tant la Cour comme l'Avocat Général Mischo, dans ses conclusions présentées le 26 septembre 2002, s'appuient sur la jurisprudence *ICI*⁴³⁸ pour refuser la justification de la mesure nationale anti-abus en cause. Dans cette affaire, la Cour avait souligné que « l'établissement d'une société en dehors du Royaume-Uni n'implique pas, en soi, l'évasion fiscale, la société en cause étant en tout état de cause soumise à la législation fiscale de l'État d'établissement »⁴³⁹. En l'espèce, il n'y avait d'abus pour deux motifs. D'une part, le prêt avait effectivement intervenu pour réduire, en faveur de la filiale, la charge des intérêts financiers résultant de son crédit bancaire. D'autre part, la société, même si elle était établie en dehors de l'Allemagne, restait soumise à la législation du pays d'établissement. La Cour de Justice répond ainsi aux soucis de la Commission européenne pour laquelle il existe un risque de double imposition dans la mesure où la filiale allemande était soumise à l'impôt allemand au titre des intérêts versés alors

⁴³⁵ Point 32 de l'arrêt *Lankborst-Hoborst*.

⁴³⁶ Sur la fluctuation de la position de la Cour sur la constatation des discriminations et sur la prise en compte des raisons impérieuses d'intérêt général, voir R. LYAL, « Non-discrimination and direct tax in Community law », *EC Tax Review*, 2003, n° 2, pp. 68 – 74.

⁴³⁷ Point 37 de l'arrêt *Lankborst-Hoborst*.

⁴³⁸ Arrêt CJCE, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) c. Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, 16 juillet 1998, Aff. C-264/96, Rec., p. I-4695. Voir commentaires de cet arrêt par : P. DIBOUT, « Territorialité de l'impôt, répression de l'évasion fiscale et liberté d'établissement dans la Communauté Européenne », *DF*, 1998, n° 48, pp. 1475 – 1481 ; J. TUROT, « L'article 209 B est-il soluble dans le droit communautaire ? à propos de l'arrêt CJCE 16 juillet 1998, *Imperial Chemical Industries (ICI)* », *RJF*, 1998, n° 12, pp. 940 – 945.

Dans le même voir l'arrêt CJCE, *X et Y*, Aff. C-436/00, 21 novembre 2002, Rec., p. I-10829.

⁴³⁹ Point 26 de l'arrêt *ICI*. Cependant cette affirmation ne prend pas en compte les disparités de pression fiscale d'un État membre à l'autre.

que la société mère non-résidente devait encore déclarer aux Pays-Bas, en tant que recettes, les intérêts qu'elle avait perçus⁴⁴⁰.

Le point 32 de l'arrêt se réfère tant à l'exception d'évasion fiscale qu'à des montages purement artificiels. Il pourrait s'agir ici d'une première définition de l'évasion fiscale en droit communautaire. La formule utilisée par la Cour fait penser à l'abus de droit en tant que montage « *artificiel* », c'est-à-dire « *sans véritable substance ni objet autre que de contourner la loi fiscale de l'État d'origine* »⁴⁴¹.

À ce stade, il paraît que l'arrêt *Lankhorst – Hoborst* exclut la nécessité de créer une nouvelle notion en ce qui concerne l'abus de droit. La poursuite des comportements abusifs en matière de droit d'établissement consistant dans le fait d'éluder la législation fiscale nationale pourrait se faire parfaitement en utilisant la technique des raisons impérieuses, et plus précisément, le motif de l'évasion fiscale⁴⁴².

& II. L'arrêt *Lasteyrie du Saillant*⁴⁴³

Cet arrêt a repris *l'ober dictum* de l'arrêt *Lankhorst-Hoborst* et donc n'a pas apporté des éléments nouveaux quant à la théorie de l'abus de droit. Il confirme la possibilité d'invoquer l'évasion fiscale en tant que raison impérieuse d'intérêt général pouvant justifier une entrave à la liberté d'établissement.

M. Hughes de Lasteyrie du Saillant avait quitté la France pour s'installer en Belgique. En vertu de l'article 167 bis du Code général des impôts, il a vu ses participations dans

⁴⁴⁰ Point 35 de l'arrêt *Lankhorst-Hoborst*.

⁴⁴¹ P. DIBOUT, *op. cit.*, p. 1478.

⁴⁴² Dans l'arrêt CJCE, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation contre Commissioners of Inland Revenue*, 13 mars 2007, Aff. C-524/04, Rec., p. I-2107, il était en cause la législation britannique sur la sous-capitalisation. La Cour, confortée par la jurisprudence *Lankhorst-Hoborst*, n'hésite pas à considérer qu'il pourrait s'agir d'un abus dès lors que les prêts octroyés à la filiale ne répondaient pas les conditions de pleine concurrence.

Voir commentaires de cet arrêt par : F. FONTANEAU VANDOREN, « La Cour de Justice Européenne se prononce sur les règles de la "sous capitalisation" en Grande Bretagne », *FEDLA*, 2007, n° 149, pp. 3 – 8 ; F. PERROTIN, « Un élargissement inattendu de la notion communautaire d'abus de droit », *LPA*, 2 avril 2007, n° 66, pp. 3 et s. ; J. TRONNET, « La décision CJCE Test Claimants in the Thin Group Cap Litigation (13 mars 2007, aff. C-524/04) : un plaidoyer 'indirect' en faveur de l'euro-compatibilité de l'article 57 du CGI ? », *DF*, 22 mai 2008, n° 21, pp. 327 et s.

⁴⁴³ Arrêt CJCE, *Hughes de Lasteyrie du Saillant c. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, Aff. C-9/02, 11 mars 2004, Rec., p. I-2409. Voir commentaires de cet arrêt par : B. BOUTEMY, E. MEIER, « Liberté d'établissement », commentaire n° 483, *DF*, 2004, n° 20, pp. 880 – 882 ; S. GIANONCELLI, « Commentaire sur l'arrêt Lasteyrie du Saillant », *Giurisprudenza Italiana*, 2004, p. 1758 ; S. KOTANIDIS, « French exit tax incompatible with the freedom of establishment », *European Taxation*, août 2004, pp. 375 – 383 ; J. MALHERBE, L. CASIMIR, « Fiscalité internationale française et mise en œuvre du droit communautaire », *JTDE*, 2005, n° 122, pp. 228 – 229 ; J. –P. MAUBLANC, « Liberté d'établissement – incompatibilité avec les Traités communautaires de la taxation à la sortie par l'article 167 bis du CGI », *RMCUE*, 2004, n° 483, pp. 684 – 689 ; R. MOISE (IONESCU), « Libertatea de stabilire si fiscalitatea directa in dreptul comunitar », *RRDC*, 2005, n° 3, pp. 59 – 70 ; O. THOEMMES, « French Exit Taxation for Individuals Violates EC Treaty », *Intertax*, vol. 32, 2004, pp. 343 – 344.

différentes sociétés, soumises à l'impôt sur les plus-values⁴⁴⁴ potentielles. La Cour de Justice est invitée à se prononcer sur la compatibilité avec le droit d'établissement de la législation nationale citée qui institue, à des fins de prévention d'un risque d'évasion fiscale, un mécanisme d'imposition des plus-values en cas de transfert du domicile fiscal. L'intérêt de l'affaire est pratique et cela expliquerait le grand nombre des gouvernements qui ont intervenu avec leurs observations dans la procédure devant la Cour de Justice. Ce type d'impôt ne caractérise pas seulement la France, d'où l'intérêt de ces pays d'intervenir pour argumenter la légalité d'une telle législation.

En premier lieu, la Cour confirme que la liberté d'établissement telle que consacrée par l'article 43 CE, même si elle vise notamment à assurer le bénéfice du traitement national dans l'État d'accueil, s'oppose également à ce que l'État membre d'origine entrave l'établissement dans un autre État membre de l'un de ses ressortissants⁴⁴⁵. La Cour arrive à la conclusion que l'article 167 bis du Code général des impôts a un effet dissuasif à l'égard des contribuables qui souhaitent s'installer dans un autre État membre et donc il entrave la liberté d'établissement. Bien qu'il soit possible de bénéficier d'un sursis de paiement, celui-ci n'est pas automatique et il est soumis à des conditions strictes.

En ce qui concerne la possible justification de cette entrave par la raison impérieuse consistant dans la lutte contre l'évasion fiscale, la Cour la rejette pour ne pas respecter la condition de proportionnalité. Après avoir repris l'*ober dictum* de l'arrêt *Lankborst-Hoborst* et au-delà de la confusion terminologique entre évasion et fraude, la Cour dit :

« Or, le transfert du domicile d'une personne physique en dehors du territoire d'un État membre n'implique pas, en soi, l'évasion fiscale. Une présomption générale d'évasion ou de fraude fiscale ne saurait être fondée sur la circonstance que le domicile d'une personne physique a été transférée dans un autre État membre et justifier une mesure fiscale portant atteinte à l'exercice d'une liberté fondamentale garantie par le traité »⁴⁴⁶.

Nous attirons l'attention sur la terminologie utilisée par la Cour. Les termes d'évasion fiscale et de fraude fiscale apparaissent de manière non différenciée, comme s'il s'agissait de notions apparentées ou ayant le même contenu. Comme expliqué dans notre introduction à ce chapitre, il s'agit de deux notions différentes, à contenu différent et ayant des sanctions différentes. La terminologie utilisée par la Cour est confuse et peut donner lieu à des controverses.

Dans ses conclusions présentées le 13 mars 2003, l'Avocat Général Mischo avait insisté plus sur ce qu'il faut entendre par abus. Ainsi, si la cession des titres peu après le départ

⁴⁴⁴ La plus-value est l'excédent du prix de cession sur le prix d'acquisition ou de valeur.

⁴⁴⁵ Point 42 de l'arrêt *Lasteyrie du Saillant*.

⁴⁴⁶ Point 51 de l'arrêt *Lasteyrie du Saillant*.

de France ne constitue pas un indice certain de la volonté d'échapper à l'impôt, au contraire, le retour rapide, après un bref séjour à l'étranger, durant lequel les titres seraient cédés, peut présumer l'existence d'un montage abusif.

Par la suite, il convient de s'interroger sur le fait de savoir si les deux arrêts, *Lankhorst – Hoborst* et *Lasteyrie du Saillant*, ont eu une certaine influence sur la notion d'abus de droit en droit communautaire. En effet, l'évasion fiscale a une existence autonome. Il s'agit d'une notion consacrée dans le droit fiscal des États membres de la Communauté et en droit communautaire elle prend la forme d'une raison impérieuse d'intérêt général. Si nous présentons des doutes quant à l'existence d'une différence matérielle réelle entre la notion d'évasion fiscale et celle d'abus dans ces cas particuliers analysés ici, il convient en tout cas de chercher d'autres possibles explications de la relation évasion – abus comme celle consistant en l'émergence d'une notion d'abus de droit en droit communautaire qui a permis l'inclusion de la notion d'évasion fiscale.

La Cour ne fait aucune référence à ses arrêts antérieurs⁴⁴⁷ portant sur la notion d'abus de droit dans d'autres domaines du droit communautaire, même si l'un des arguments invoqués par le gouvernement français consistait dans l'invocation de l'arrêt *Singh*⁴⁴⁸ et le fait « qu'il s'agirait d'une application dans le domaine fiscal de ce que la Cour a considéré comme l'exercice abusif d'un droit conféré par le droit communautaire »⁴⁴⁹. L'Avocat Général Mischo dans ses conclusions sur l'affaire *Lasteyrie du Saillant*, de son côté, fait une référence à l'arrêt *Centros*, précité, ce qui nous permet de penser que son intention était d'inclure l'évasion fiscale parmi les cas d'abus de droit en droit communautaire⁴⁵⁰.

& III. L'arrêt *Cadbury Schweppes*⁴⁵¹

L'affaire se centrait sur la compatibilité avec le droit communautaire d'une législation nationale telle que la législation du Royaume-Uni relative aux « sociétés étrangères contrôlées », ayant pour but de lutter contre l'évasion fiscale, et plus spécifiquement, contre la pratique des

⁴⁴⁷ Cependant la Cour reprend la même formule que celle utilisée dans ces arrêts antérieurs où elle a pourtant mis en évidence le caractère transversal de la notion d'abus de droit (voir par exemple la référence qu'elle fait dans l'arrêt *X et Y*, précité, points 42 et s.).

⁴⁴⁸ Arrêt CJCE, *The Queen contre Immigration Appeal Tribunal et Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department*, 7 juillet 1992, C-370/90, Rec., p. I – 4265. L'arrêt traitait de la libre circulation des personnes.

⁴⁴⁹ Point 24 de l'arrêt *Lasteyrie du Saillant*.

⁴⁵⁰ Point 58 des conclusions.

⁴⁵¹ Arrêt CJCE, *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, 12 septembre 2006, Aff. C-196/04, Rec., p. I-7995. Voir commentaire de cet arrêt par : B. BOUTEMY, E. MEIER, « Sociétés étrangères contrôlées et liberté d'établissement », *LPA*, 6 novembre 2006, n° 221, pp. 4 et s. ; D. GUTMANN, « L'arrêt 'Cadbury Schweppes' et son impact sur le droit français », *Les Nouvelles Fiscales*, 15 décembre 2006, n° 970, pp. 4 – 6 ; F. MARIATTE, « Fiscalité directe des entreprises et liberté d'établissement », *Revue Europe*, novembre 2006, commentaire n° 314, pp. 18 – 20 ; A. MOURRE, « Liberté d'établissement », *JDI*, 2007, n° 2, pp. 653 – 659.

sociétés résidentes au Royaume-Uni consistant à transférer leurs bénéfices imposables à des sociétés sous leur contrôle et implantées dans d'autres États, qui appliquent un taux d'imposition beaucoup plus faible que celui en vigueur au Royaume-Uni.

La Cour de Justice commence par analyser l'existence d'une éventuelle utilisation abusive de la liberté d'établissement. En invoquant principalement la jurisprudence *Centros*⁴⁵² mais aussi d'autres arrêts pertinents en matière de droit d'établissement (*Knoors*, *Bouchoucha*, *Inspire Art*, précités) ou de libre circulation des capitaux⁴⁵³, la Cour établit que « *le fait qu'un ressortissant communautaire, personne physique ou morale, a entendu profiter de la fiscalité avantageuse en vigueur dans un État membre autre que celui dans lequel il réside n'autorise pas, à lui seul, à le priver de la possibilité d'invoquer les dispositions du traité* »⁴⁵⁴. Donc il n'y a pas d'abus et le droit communautaire doit s'appliquer à l'espèce. La Cour décide qu'il y avait une différence de traitement des sociétés résidentes en fonction du niveau d'imposition qui frappe les sociétés contrôlées par elles, et il y avait une restriction à la liberté d'établissement qui devrait être justifiée par les exceptions prévues au Traité. Comme elle nous a déjà habitués, la Cour, étant donné le nombre réduit des exceptions prévues dans le Traité, préfère recourir à la technique des raisons impérieuses d'intérêt général, et plus précisément au motif de l'évasion fiscale. Selon le gouvernement du Royaume-Uni, l'évasion fiscale consistait dans le fait pour une société résidente de transférer artificiellement des bénéfices de l'État membre dans lequel ceux-ci ont été réalisés vers un État à faible niveau d'imposition au moyen de la création d'une filiale dans celui-ci et la conclusion de transactions destinées principalement à réaliser un tel transfert au profit de cette filiale⁴⁵⁵.

En premier temps, la Cour rejette une présomption générale de « fraude » fiscale (la Cour se réfère en effet à l'évasion)⁴⁵⁶. Au contraire, une telle mesure nationale anti-contournement doit viser « *spécifiquement les montages artificiels dont le but est d'échapper à l'emprise de la législation de l'État membre concerné* »⁴⁵⁷. La Cour avait déjà précisé dans l'arrêt *Marks & Spencer*⁴⁵⁸ que « *les États membres demeurent libres d'adopter ou de maintenir des règles ayant pour objet*

⁴⁵² L'Avocat Général P. Léger, dans ses conclusions présentées sur l'affaire *Cadbury Schweppes* le 2 mai 2006 se fonde sur les arrêts *Daily Mail*, *Centros* et *Inspire Art*, précités, pour dire que « *dès lors que la filiale contrôlée exerce une activité réelle et effective dans l'État membre d'accueil, les motifs pour lesquels la société mère a décidé d'implanter cette filiale dans cet État n'affectent pas les droits que cette société tire du droit communautaire* (point 49). Cependant, aucun de ces arrêts n'impose la condition de l'exercice d'une activité effective dans l'État d'accueil.

⁴⁵³ Arrêt *Héritiers de M. H. Barbier/Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen*, 11 décembre 2003, Aff. C-364/01, Rec., p. I-15013, point 71.

⁴⁵⁴ Point 36 de l'arrêt *Cadbury Schweppes*.

⁴⁵⁵ Point 48 de l'arrêt *Cadbury Schweppes*.

⁴⁵⁶ L'incompatibilité avec le droit communautaire d'une disposition nationale qui établit une présomption générale d'abus a été déjà consacrée dans la jurisprudence antérieure. Voir par exemple les arrêts *ICI*, point 26 ; *X et Y*, point 61, précités.

⁴⁵⁷ Points 50 et 51 de l'arrêt *Cadbury Schweppes*.

⁴⁵⁸ Arrêt CJCE, *Marks & Spencer plc c. David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, 13 décembre 2005, Aff. C-446/03, Rec., p. I-10837. Voir commentaires de cet arrêt par : A. CORDEWENER, I. DÖRR, « Case C-446/03,

spécifique d'exclure d'un avantage fiscal les montages purement artificiels dont le but serait de contourner ou d'échapper à l'emprise de la loi fiscale nationale ». Pour apprécier l'existence d'un montage artificiel, la Cour de Justice vérifie si la liberté d'établissement, telle qu'exercée par Cadbury Schweppes, a été exercée avec l'objectif que le Traité CE lui a reconnu. Ainsi une pratique abusive serait dépourvue de réalité économique et aurait le but d'éluider l'impôt normalement dû sur les bénéfices générés par des activités réalisées sur le territoire national⁴⁵⁹. Cette méthode est complétée par le « *business purpose test* ». Ce test suppose pour la société résidente de démontrer que, d'une part, la diminution significative de l'impôt au Royaume-Uni n'était pas l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux des transactions passées avec la société étrangère contrôlée et que, d'autre part, l'obtention d'une diminution dudit impôt par la voie d'un détournement de bénéfices au sens de ladite législation n'était pas la raison principale ou l'une des raisons principales de la constitution de la société étrangère contrôlée⁴⁶⁰. Finalement, la Cour souligne que le montage purement abusif consiste dans l'implantation fictive de la filiale, n'exerçant aucune activité économique sur le territoire de l'État membre d'accueil, équivalente d'une « *boîte aux lettres* »⁴⁶¹.

La jurisprudence analysée met en évidence les stratégies complexes utilisées par les agents économiques en vue d'éluider la législation fiscale plus contraignante du pays d'établissement. Même si la Cour de Justice avance considérablement dans la création d'une notion autonome de l'abus de droit en droit communautaire, sa position réticente quant à la création d'un principe général d'interdiction de l'abus de droit est certaine. Il s'agit d'un domaine sensible, réservé aux États membres, auquel le droit communautaire ne peut apporter des limites que de la perspective des libertés de circulation, ce qui suppose finalement la nécessité de faire recours à la technique des raisons impérieuses d'intérêt général.

Marks & Spencer plc v. David Halsey (HM Inspector of Taxes), Judgement of the Court of Justice (Grand Chamber) of 13 December 2005 », *CMLR*, 2006, vol. 43, pp. 855 – 884; F. MARIATTE, « Impôts directs », *Revue Europe*, février 2006, commentaire n° 48, pp. 21 – 23 ; T. O'SHEA, « Marks and Spencer v Halsey (HM Inspector of Taxes) : restriction, justification and proportionality », *EC Tax Review*, 2006, n° 2, pp. 66 – 82.

⁴⁵⁹ Point 55 de l'arrêt *Cadbury Schweppes*. L'Avocat Général Léger, dans ses conclusions présentées sur l'affaire le 2 mai 2006, avait beaucoup insisté sur la réalité de l'implantation de la filiale dans l'État d'accueil. Il a souligné que l'appréciation de cet aspect doit se faire sur le fondement de plusieurs critères parmi lesquels la présence physique de la filiale dans l'État d'accueil ou le caractère effectif des prestations fournies (points 111 et s. des conclusions).

⁴⁶⁰ Point 62 de l'arrêt *Cadbury Schweppes*.

⁴⁶¹ Point 68 de l'arrêt *Cadbury Schweppes*.

Chapitre V. *L'abus de droit en matière de la protection sociale et de l'accès aux soins de santé*

Faute d'une compétence de la Communauté européenne en matière de sécurité sociale, une coordination des systèmes nationaux des États membres s'est imposée à cause des inconvénients pour la libre circulation des personnes, dérivés de la territorialité⁴⁶² de ces systèmes. Les mécanismes mis en œuvre par la Communauté sur le fondement de l'article 42 CE reposent sur quatre principes directeurs⁴⁶³ : le maintien des législations nationales, la déterritorialisation des législations des États membres, la collaboration des institutions nationales de sécurité sociale et l'égalité de traitement.

Le droit communautaire n'organise ni une harmonisation, ni *a fortiori* une uniformisation des régimes nationaux de sécurité sociale, d'où le maintien des différences notables entre les ordres nationaux. Inévitablement, il est apparu une tendance des particuliers à chercher la loi nationale la plus adéquate à leurs intérêts, accompagné par le souci des États membres de chercher des moyens pour lutter contre ce type de comportements (Section II).

À côté des régimes de sécurité sociale, les citoyens de l'Union européenne sont les bénéficiaires de la politique sociale telle qu'établie par l'article 136 CE et, dans ce contexte, l'abus de droit a pris la forme de l'invocation abusive des avantages sociaux (Section I). Finalement, nous analyserons la question du « tourisme » médical (Section III).

Section I. La libre circulation des travailleurs, l'accès à des avantages sociaux et le risque d'abus de droit

Dans le cadre de cette section, il convient d'analyser la manifestation de l'abus de droit dans l'exercice de la libre circulation des travailleurs. Il s'agit des particuliers qui invoquent abusivement cette liberté communautaire avec l'objectif d'avoir accès à des avantages sociaux.

⁴⁶² Sur la notion et les limites du principe de territorialité, voir G. LYON-CAEN, A. LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, Précis Dalloz, Paris, 1991, pp. 71 et s.

⁴⁶³ P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, Paris, 2002, pp. 571 – 575.

& I. L'arrêt *Lair*

Le cycle des arrêts constatant des manœuvres abusives commence par l'arrêt *Lair*⁴⁶⁴ du 21 juin 1988. Mme Lair, de nationalité française, vit en Allemagne où elle a travaillé pour deux ans et demi, avant de connaître une alternance des périodes de chômage et de reconversion entrecoupées de brèves périodes d'emploi. Par la suite, elle a commencé des études universitaires. La législation allemande prévoit qu'une aide à la formation est accordée, outre aux Allemands, aux étrangers qui ont, pendant une période de cinq ans avant le début des études, séjourné et exercé une activité professionnelle régulière sur le territoire de l'Allemagne. La juridiction nationale s'interroge sur le point de savoir si les étrangers ont le droit d'accéder à une telle aide et si la condition d'une période préalable d'activité ne détermine pas une discrimination des étrangers dès lors que cette condition n'est pas imposée aux Allemands.

L'Avocat Général G. Slynn⁴⁶⁵ commence par analyser la notion de « *travailleur* » en précisant qu'il s'agit d'un concept communautaire qui ne doit pas varier d'un État membre à l'autre et ne peut être restreint par des mesures nationales. Il s'agit d'une notion assez large bien qu'elle ne couvre que « *l'exercice des activités réelles et effectives, à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement marginales et accessoires* »⁴⁶⁶. Dès lors que les caractéristiques nécessaires d'une relation d'emploi sont remplies⁴⁶⁷, il s'agit d'un travailleur au sens de l'article 39 CE et par la suite sont dénuées de toute pertinence les intentions accessoires ayant inspiré sa décision d'aller travailler dans un autre pays (par exemple, qu'il souhaite que son conjoint et ses enfants se trouvent dans une région particulièrement agréable ou à proximité d'un établissement d'enseignement particulier). En revanche, une personne qui se rend dans un autre pays pour entreprendre des études ou acquérir une brève expérience

⁴⁶⁴ Arrêt CJCE, *Sylvie Lair c. Universität Hannover*, 21 juin 1988, Aff. 39/86, Rec., p. 3161. Voir commentaire de cet arrêt par : B. VILÁ COSTA, « Libre circulación de personas », RJC, 1989, pp. 246 – 248. Des faits analogues, suivis d'une solution similaire, ont fait l'objet de l'arrêt CJCE, *Franca Ninni-Orasche contre Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst*, 6 novembre 2003, Aff. C-413/01, Rec., p. I-13187.

⁴⁶⁵ Conclusions de l'Avocat Général Sir Gordon SLYNN présentées le 17 septembre 1987 dans l'affaire *Lair*, précitée.

⁴⁶⁶ Il s'agit d'une définition consacrée par l'arrêt CJCE, *D. M. Levin c. Secrétaire d'État à la justice*, 23 mars 1982, Aff. 53/81, Rec., p. 1035, point 17. Il est dans l'arrêt CJCE, *María Martínez Sala c. Freistaat Bayern*, 12 mai 1998, C-85/96, Rec., p. I-2691 (voir commentaire de cet arrêt par M. BROBERG, N. HOLST-CHRISTENSEN, *Free movement in the European Union*, DJØF Publishing, Copenhague, 2004, pp. 444 – 445), que la Cour de Justice donne une définition plus complète de la notion de travailleur : « *la personne qui accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle perçoit une rémunération* » (point 32). La définition sera reprise postérieurement (voir par exemple, les arrêts CJCE, *Brian Francis Collins et Secretary of State for Work and Pensions*, 23 mars 2004, Aff. C-138/02, Rec., p. I-2703, point 26 ; *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Danemark*, 15 septembre 2005, Aff. C-464/02, Rec., p. I-7929, point 64).

⁴⁶⁷ L'arrêt CJCE, *Deborah Lanvie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, 3 juillet 1986, Aff. 66/85, Rec., p. 2121, point 12, avait établi que la caractéristique pour déterminer si une personne est un travailleur est le fait que, pendant un certain temps, elle assure des prestations pour un tiers et sous sa direction et reçoit une rémunération.

utile pour le commencement des études, même si pendant cette période elle effectue un travail véritable et effectif, ne peut être considérée comme travailleur au sens de l'article 39 CE.

L'Avocat Général opère une distinction entre l'invocation de la période minimale de résidence en tant que condition pour invoquer certains avantages sociaux et son invocation en tant que condition pour bénéficier du statut de travailleur. La première restriction est prohibée, tandis que la deuxième peut être acceptée dès lors qu'on prend en compte la durée de la période de résidence et la nature des activités exercées pour décider s'il s'agit d'un travailleur véritable. Cependant l'exigence d'une période de cinq ans, comme exigée dans l'affaire *Lair*, s'avère disproportionnée. Une période d'un an est acceptable en tant que règle pratique pour apprécier la véracité de la relation de travail, sans que ce soit une condition nécessaire. Il peut y avoir des éléments permettant à démontrer, que même avant l'expiration d'une telle période, une personne se trouve dans un État membre en tant que travailleur véritable.

Les éléments de la présente affaire permettent à l'Avocat Général de conclure que Mme Lair est couverte par la qualification de « *travailleur véritable économiquement intégré dans l'État d'accueil* ». L'utilisation d'une qualification communautaire, à notre avis, permet ainsi de faire une distinction entre les personnes qui se rendent dans un autre État pour y travailler et celles qui se déplacent pour pouvoir invoquer des avantages sociaux accessoires à la condition de travailleur. La protection sociale, comme la fiscalité, est un domaine sensible de la souveraineté des États membres, bien que des progrès soient réalisés au plan communautaire, ce qui permet des mesures nationales, encadrées par le principe de proportionnalité, restreignant l'accès à certains avantages sociaux, dès lors qu'il y a la preuve d'un comportement frauduleux.

Après avoir considéré qu'une aide accordée aux étudiants pour l'entretien et pour la formation échappe en principe au domaine d'application du Traité au sens de son article 12⁴⁶⁸, la Cour de Justice analyse cette aide de la perspective des avantages sociaux concernés par l'article 7⁴⁶⁹ du règlement n° 1612/68⁴⁷⁰. Dans ce sens, la Cour introduit une condition de

⁴⁶⁸ « [...] il convient de constater que, au stade actuel de l'évolution du droit communautaire, une aide accordée aux étudiants pour l'entretien et pour la formation échappe en principe au domaine d'application du Traité CEE au sens de son article 7 [actuellement article 12]. En effet, elle relève, d'une part, de la politique d'enseignement, laquelle n'a pas été soumise en tant que telle à la compétence des institutions communautaires [...], et, d'autre part, de la politique sociale, qui appartient au domaine de la compétence des États membres dans la mesure où elle ne fait pas l'objet de dispositions particulières du Traité CEE [...] ».

⁴⁶⁹ « Article 7

1. Le travailleur ressortissant d'un État membre ne peut, sur le territoire des autres États membres, être, en raison de sa nationalité, traité différemment des travailleurs nationaux, pour toutes conditions d'emploi et de travail, notamment en matière de rémunération, de licenciement, et de réintégration professionnelle ou de réemploi s'il est tombé en chômage.

2. Il y bénéficie des mêmes avantages sociaux et fiscaux que les travailleurs nationaux.

continuité entre l'activité professionnelle précédemment exercée et les études poursuivies, pour pouvoir bénéficier de l'aide en cause. Cependant cette condition ne sera pas exigée dans le cas d'un travailleur migrant, tombé en chômage involontaire, que la situation du marché de l'emploi contraint d'opérer une reconversion professionnelle. Cette précision a pour but de prendre en considération l'évolution des carrières professionnelles qui ne présentent pas toujours un caractère continu et qui, dans un grand nombre des cas, supposent des périodes de formation, de conversion ou de recyclage. Sur ce fondement, le juge communautaire accepte d'inclure le cas de Mme. Lair dans la notion de « *travailleur* » au sens de l'article 7 du règlement n° 1612/68⁴⁷¹.

Par la suite, la Cour rejette de manière catégorique le fait pour un État membre de subordonner unilatéralement l'octroi des avantages sociaux à une certaine période d'activité

3. Il bénéficie également, au même titre et dans les mêmes conditions que les travailleurs nationaux, de l'enseignement des écoles professionnelles et des centres de réadaptation ou de rééducation.

4. Toute clause de convention collective ou individuelle ou d'autre réglementation collective portant sur l'accès à l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail et de licenciement, est nulle de plein droit dans la mesure où elle prévoit ou autorise des conditions discriminatoires à l'égard de travailleurs ressortissants des autres États membres. »

⁴⁷⁰ Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, JOCE L n° 257, 19.10.1968, pp. 2–12. Voir version consolidée disponible au site internet <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/consleg/1968/R/01968R1612-20060430-fr.pdf>.

⁴⁷¹ Dans la jurisprudence plus récente, la Cour a souligné que la limitation à l'accès à des prestations sociales peut viser l'exigence d'un lien réel entre l'étudiant demandant l'aide visant à couvrir ses frais d'entretien et le marché de travail de l'État membre d'accueil ou, de manière équivalente, « *un certain degré d'intégration dans la société de cet État* » qui peut être démontré par le séjour pendant une certaine période considérée comme raisonnable, durant laquelle la personne a effectivement et réellement cherché un emploi (arrêt CJCE, *Dany Bidar c. London Borough of Ealing, Secretary of State for Education and Skills*, 15 mars 2005, Aff. C-209/03, Rec. p. I-2119, points 57 et 58. Voir commentaires de cet arrêt par: C. BARNARD, « Case C-209/03 R (on the application of Dany Bidar) v. London Borough of Ealing, Secretary of State for Education and Skills, judgement of the Court (Grand Chamber) 15 march 2005 », *CMLR*, 2005, vol. 42, pp. 1465-1489 ; C. BARNARD, « Of students and babies », *CLJ*, 2005, vol. 64, n°3, pp. 560 – 563 ; A.P. VAN DER MEI, « Union Citizenship and the 'de-nationalisation' of the territorial welfare state », *EJML*, 2005, n° 7, pp. 203 – 211). Cette exigence pourrait être une des « *considérations objectives indépendantes de la nationalité des personnes concernées et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national* » (point 54 de l'arrêt *Bidar*). Les critères utilisés par les autorités nationales pour apprécier ces circonstances doivent être « *clairs et connus à l'avance* » et accompagnés par la possibilité d'une voie de recours de nature juridictionnelle (arrêt CJCE, *Brian Francis Collins contre Secretary of State for Work and Pensions*, 23 mars 2004, Aff. C-138/02, Rec., p. I-2703. Voir commentaires de cet arrêt par : M. GNES, « Il 'turismo sociale' tra scelta ed abuso del diritto europeo », *Giornale di Diritto Administrativo*, 2004, n° 10, pp. 1082 – 1085 ; H. OOSTEROM – STAPLES, « Case C-138/02, Brian Francis Collins v. Secretary of State for work and Pensions, Judgement of 23 March 2004 », *CMLR*, 2005, vol. 42, pp. 205 – 223). Le critère unique relatif au lieu d'obtention du diplôme de fin d'études secondaires donnant droit à un certain avantage social est trop général et exclusif (arrêts CJCE, *Marie-Nathalie D'Hoop et Office national de l'emploi*, 11 juillet 2002, C-224/98, Rec., p. I-6191 ; *Office national de l'emploi c. Ioannis Ioannidis*, 15 septembre 2005, Aff. C-258/04, Rec., p. I-8275.). Cependant le fait d'exclure les étudiants de la possibilité d'obtenir la qualité de personne établie dans l'État d'accueil, même si la personne en cause réside légalement et a effectué une partie importante de ses études et a établi un lien réel avec la société de cet État, constituerait une violation du principe de non-discrimination institué par l'article 12 CE (point 63 de l'arrêt *Bidar*). En effet, la Cour de Justice s'est montrée assez déterminée à utiliser la citoyenneté européenne comme instrument destiné à faire estomper la différence entre citoyens économiquement actifs et ceux inactifs. C'était dans l'arrêt *Martinez Sala*, précité, que la Cour a utilisé la citoyenneté européenne pour échapper aux limitations strictes à l'accès à des avantages sociaux, contenus dans le droit communautaire dérivé.

On cherche à éviter par ces moyens ce que la doctrine a dénommé le « *tourisme social* » (expression utilisée par M. GNES, *op.cit.*, p. 1085 et l'Avocat Général Ruiz-Jarabo Colomer dans ses conclusions présentées sur l'affaire *Collins* le 10 juillet 2003, point 75) et qui consisterait dans la pratique des citoyens de l'Union européenne qui se déplacent d'un État membre à un autre dans le but de bénéficier de prestations non contributives, c'est-à-dire des prestations d'un système de sécurité sociale auquel ils n'ont pas contribué.

professionnelle. L'argument le plus intéressant de l'arrêt est contenu dans le point 43 qui contient une référence importante à la notion d' « abus » :

« Dans la mesure où l'argumentation des trois États membres en question est animée par la préoccupation de prévenir certains abus, qui pourraient par exemple se présenter lorsque des éléments objectifs permettent d'établir qu'un travailleur entre dans un État membre dans le seul but d'y bénéficier, après une très courte période d'activités professionnelles, du système d'aide aux étudiants, il y a lieu d'observer que de tels abus ne sont pas couverts par les dispositions communautaires en cause ».

Ce paragraphe nous apporte plusieurs informations. En premier lieu, le comportement abusif serait constitué tant par des éléments objectifs (« un travailleur entre dans un État membre », « après une courte période d'activités professionnelle ») que par un élément subjectif (« dans le seul but d'y bénéficier »). C'est le but poursuivi, et donc le critère subjectif, qui permet de faire la distinction entre, d'une part, des comportements licites de manifestation de la liberté de circulation et des manœuvres frauduleuses.

L'affirmation que de tels abus ne sont pas couverts par les dispositions communautaires laisse place à des ambiguïtés. « Ne sont pas couverts » signifie qu'un comportement abusif n'entre pas dans le champ d'application de la liberté de circulation des travailleurs ou qu'un État membre, en invoquant la nécessité de prévenir des abus, pourrait imposer des restrictions ? La différence est de substance : dans le premier cas, l'abus efface le droit à la libre circulation, tandis que dans le second, le droit à la libre circulation existe mais pourra être restreint par des mesures nationales respectant le principe de proportionnalité.

& II. Les arrêts *Paletta I* et *Paletta II*

Le pas suivant et très important est fait par la Cour de Justice dans les arrêts *Paletta I*⁴⁷² et *Paletta II*⁴⁷³. Le litige opposant M. Paletta, ressortissant italien, à son employeur, Brennet, établi en Allemagne, à propos du refus de ce dernier de maintenir le versement du salaire de l'intéressé au motif qu'il n'est pas lié par les constatations médicales effectuées à l'étranger, tient deux épisodes. L'arrêt *Paletta I* portait sur la reconnaissance en Allemagne des certificats constatant l'incapacité de travail émis par les autorités italiennes compétentes. La Cour insiste sur l'obligation de reconnaissance de ce type de certificat, en invoquant le principe de

⁴⁷² Arrêt CJCE, *Alberto Paletta e.a. c. Brennet AG*, 3 juin 1992, Aff. C-45/90, Rec., p. I-3423. Voir commentaire de cet arrêt par Anonyme, « Corte di Giustizia delle Comunità Europee ; sentenza 3 giugno 1992 (causa C-45/90) », *Il Foro Italiano*, 1993, IV, pp. 306 – 307.

⁴⁷³ Arrêt CJCE, *Brennet AG c. Vittorio Paletta*, 2 mai 1996, Aff. C-206/94, Rec., p. I-2357. Voir commentaires de cet arrêt par : E. ADOBATI, « I lavoratori sospettati di fingersi malati possono essere sottoposti a controllo », *Dir. Com. Scamb. Int.*, 1996, n° 3, pp. 581 – 583.

confiance mutuelle, même si l'Avocat Général dans ses conclusions présentées sur cette affaire le 21 novembre 1991 met en évidence des circonstances particulières qui peuvent faire échec à cette obligation. Il s'agit par exemple de la circonstance que les constatations faites par l'autorité d'origine ont été obtenues à la suite de manœuvres frauduleuses qui ont trompé cette autorité et/ou si elles se sont révélées comme étant manifestement inexactes. L'existence des manœuvres frauduleuses se révèle ici comme une exception au principe de reconnaissance mutuelle, limitant la portée de la libre circulation des travailleurs⁴⁷⁴.

Suite à cet arrêt, la juridiction de renvoi a fait droit à M. Paletta, ce qui a déterminé Brennet à introduire un pourvoi. La juridiction saisie s'est interrogée si la preuve d'un abus pourrait cependant être rapportée dans le litige national pour permettre que le demandeur soit empêché d'obtenir, par le biais des manœuvres frauduleuses, des prestations indues.

L'Avocat Général G. Cosmas⁴⁷⁵ s'interroge donc sur la possibilité pour l'employeur d'invoquer des circonstances constitutives d'abus, c'est-à-dire des circonstances permettant de prouver ou de montrer l'existence d'une forte présomption que les certificats médicaux d'incapacité de travail ont été obtenus par des manœuvres frauduleuses. L'article 18 du règlement n° 574/72 fixant les modalités d'application du règlement n° 1408/71⁴⁷⁶, en établissant une présomption de régularité des certificats médicaux obtenus à l'étranger, exclut toute possibilité d'invoquer des circonstances susceptibles de créer des doutes quant à la véracité des faits accrédités par les certificats⁴⁷⁷. Cependant, l'Avocat Général admet la possibilité d'invoquer des éléments qui prouvent l'existence des vices qui affectent la validité

⁴⁷⁴ Point 11 des conclusions.

⁴⁷⁵ Conclusions présentées le 30 janvier 1996.

⁴⁷⁶ Règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, JOCE n° L 74, 27.3.1972, pp. 1 – 83. Voir version consolidée : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/consleg/1972/R/01972R0574-20060428-fr.pdf>.

⁴⁷⁷ « Article 18

Prestations en espèces en cas de résidence dans un État membre autre que l'État compétent

1. Pour bénéficier des prestations en espèces en vertu de l'article 19 paragraphe 1 point b) du règlement, le travailleur salarié ou non salarié est tenu de s'adresser, dans un délai de trois jours après le début de l'incapacité de travail, à l'institution du lieu de résidence en présentant un avis d'arrêt de travail ou, si la législation appliquée par l'institution compétente ou par l'institution du lieu de résidence le prévoit, un certificat d'incapacité de travail délivré par le médecin traitant.

2. Lorsque les médecins traitants du pays de résidence ne délivrent pas de certificat d'incapacité de travail, l'intéressé s'adresse directement à l'institution du lieu de résidence dans le délai fixé par la législation qu'elle applique. Cette institution fait procéder immédiatement à la constatation médicale de l'incapacité de travail et à l'établissement du certificat visé au paragraphe 1. Ce certificat, qui doit préciser la durée probable de l'incapacité, est transmis sans délai à l'institution compétente.

3. Dans les cas où le paragraphe 2 ne s'applique pas, l'institution du lieu de résidence procède dès que possible, et en tout cas dans un délai de trois jours suivant la date à laquelle l'intéressé s'est adressé à elle, au contrôle médical de l'intéressé comme s'il était assuré auprès d'elle. Le rapport du médecin contrôleur, qui indique notamment la durée probable de l'incapacité de travail, est transmis par l'institution du lieu de résidence à l'institution compétente dans un délai de trois jours suivant la date du contrôle.

4. L'institution du lieu de résidence procède ultérieurement, en tant que de besoin, au contrôle administratif ou médical de l'intéressé comme s'il était assuré auprès d'elle. Dès qu'elle constate que l'intéressé est apte à reprendre le travail, elle l'en avertit sans délai, ainsi que l'institution compétente, en indiquant la date à laquelle prend fin l'incapacité de travail. Sans préjudice des dispositions du paragraphe 6, la notification à l'intéressé est présumée valoir décision prise pour le compte de l'institution compétente.

5. L'institution compétente conserve en tout cas la faculté de faire procéder au contrôle de l'intéressé par un médecin de son choix.»

du certificat. Ainsi, mise à part la possibilité offerte par l'article 18 (5) du règlement n° 574/72, l'employeur peut invoquer l'absence « *des caractéristiques de forme essentielles* » comme, par exemple, des inexactitudes ou des faits qui montrent que les faits mentionnés dans le certificat ne correspondent à la réalité⁴⁷⁸. Ainsi, dans cette catégorie pourraient s'inclure des circonstances prouvant les manœuvres frauduleuses utilisées dans l'obtention du certificat. Selon l'avis de l'Avocat Général, la Cour de Justice pourrait ainsi éviter « *l'application du droit communautaire d'une manière contraire à son effet utile et la méconnaissance des réalités évidentes et indiscutables* »⁴⁷⁹. L'Avocat Général ajoute cependant sa réserve concernant le risque que peut soulever le fait que la juridiction nationale sera compétente pour apprécier, selon le droit national, les cas d'abus et que donc ceci peut affecter la primauté du droit communautaire⁴⁸⁰.

À son tour, la Cour de Justice rappelle sa jurisprudence anti-contournement (*Van Binsbergen*, *TV10*, *Leclerc*⁴⁸¹, *Lair*, *General Milk Products*) pour statuer que « *les intéressés ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir du droit communautaire* »⁴⁸². La Cour reconnaît par la suite le droit de la juridiction nationale de prendre en compte le comportement abusif ou frauduleux de la personne en cause, si des éléments objectifs permettent sa constatation. Dans l'affirmative, la personne peut se voir refusé le bénéfice des dispositions communautaires en cause. Cependant, la Cour de Justice pose une limite importante du pouvoir des juridictions nationales à refuser l'exercice des droits qui ont comme source le droit communautaire : la prise en considération des objectifs poursuivis par la disposition concernée⁴⁸³. Cette limitation est censée assurer une application uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des États membres, faute de laquelle sa primauté pourrait se voir tronquée.

Par la suite, la Cour réalise un contrôle de cette condition dans l'affaire qui lui a été soumise. Ainsi l'application d'une jurisprudence nationale qui imposerait au travailleur l'obligation d'apporter des preuves supplémentaires au soutien de la réalité de l'incapacité de travail créerait pour ce travailleur des difficultés que le droit communautaire même cherche à éliminer et serait donc contraire aux objectifs de la disposition communautaire en cause (article 18 du règlement n° 574/72). D'un autre côté, l'employeur pourra apporter les éléments de preuve permettant à la juridiction nationale de constater que le travailleur ne se trouvait pas en incapacité de travail⁴⁸⁴.

⁴⁷⁸ Voir points 47 à 51 des conclusions.

⁴⁷⁹ Voir point 52 des conclusions.

⁴⁸⁰ Voir points 60 et 61 des conclusions.

⁴⁸¹ Le plus célèbre arrêt en matière de libre circulation des marchandises portant sur la question de l'abus (10 janvier 1985, Aff. 229/83, Rec., p. 1).

⁴⁸² Point 24 de l'arrêt *Paletta II*.

⁴⁸³ Point 26 de l'arrêt *Paletta II*.

⁴⁸⁴ Point 27 de l'arrêt *Paletta II*.

Si dans l'arrêt *Paletta I* la Cour de Justice avait reconnu, sur le fondement d'une interprétation littérale du règlement communautaire, une valeur probante absolue du certificat médical obtenu à l'étranger par le travailleur, dans ce deuxième arrêt la solution est tempérée par la limite consistant dans le comportement abusif ou frauduleux de l'intéressé. La Cour ne s'inquiète pas à définir ce concept, en se limitant à reconnaître la compétence du juge national de le préciser⁴⁸⁵.

Certains auteurs⁴⁸⁶ considèrent qu'il s'agit ici plutôt d'une situation voisine à celle du véritable abus de droit communautaire, qui relève de la logique de la fraude au sens de l'adage « *fraus omnia corrumpit* ». Nous considérons aussi qu'il ne s'agit pas d'une situation « *typique* » d'abus de droit et qu'il est vrai qu'il s'agit plutôt d'une fraude au sens très strict, type délit⁴⁸⁷. Cependant, les précisions apportées par la Cour dans ces arrêts sont tellement importantes qu'il faut les retenir parmi ceux ayant contribué à la construction d'une théorie de l'abus de droit en droit communautaire. De plus, nous considérons que cette notion est calquée sur un abus du droit communautaire et une fraude au droit national, donc qu'il s'agit d'une notion inédite et pas totalement susceptible de se confondre avec les notions existantes dans les droits nationaux.

& III. L'arrêt *Günaydin*

Dans l'affaire *Günaydin*⁴⁸⁸, la Cour a été invitée à se prononcer, de manière interprétative, sur la question de savoir si un travailleur turc, en l'espèce M. Günaydin, appartient au marché régulier de l'emploi d'un État membre au sens de l'article 6 de la décision n° 1/80 du conseil d'association CEE-Turquie⁴⁸⁹ et y est employé régulièrement,

⁴⁸⁵ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordenamiento comunitario*, *op. cit.*, p. 117.

⁴⁸⁶ D. SIMON, A. RIGAUX, « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », *op. cit.*, p. 565. Voir aussi A. KJELLGREN, « On the border of abuse : the jurisprudence of the European Court of Justice on circumvention, fraud and abuses of Community law », *op. cit.*, pp. 251 – 253; K. ENGSIG SØRENSEN, « Abuse of rights in Community law : a principle of substance or merely rhetoric ? », *op. cit.*, p. 431.

⁴⁸⁷ Une situation similaire nous rencontrons dans l'arrêt CJCE, *The Queen contre Secretary of State for the Home Department, ex parte Wieslaw Gloszczuk et Elzbieta Gloszczuk*, 27 septembre 2001, Aff. C-63/99, Rec., p. I-6369, où il s'agissait d'un ressortissant polonais « *qui, tout en ayant l'intention d'entreprendre une activité de travailleur salarié ou indépendant dans un État membre, déjoue les contrôles pertinents des autorités nationales, en déclarant faussement se rendre dans cet État à des fins de tourisme* ».

⁴⁸⁸ Arrêt CJCE, *Faik Günaydin, Hatice Günaydin, Günes Günaydin et Seda Günaydin c. Freistaat Bayern*, 30 septembre 1997, Aff. C-36/96, Rec., p. I-5143. Voir commentaires de cet arrêt par : G. BRINKMANN, « Case reports of the European Court of Justice », *EJML*, 1999, vol. 1, pp. 131 – 137; I. DAUGAREILH, « Conditions d'accès à l'emploi salarié des travailleurs turcs », *RDSJ*, 1998, n° 2, pp. 456 – 458 ; M. LUBY, « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de Justice des Communautés européennes. Libre circulation des personnes et des services », *JDI*, 1998, pp. 526 – 528.

⁴⁸⁹ « *Sous réserve des dispositions de l'article 7 relatif au libre accès à l'emploi des membres de sa famille, le travailleur turc, appartenant au marché régulier de l'emploi d'un État membre :*

lorsqu'il n'est autorisé à exercer un emploi salarié auprès d'un employeur de l'État membre qu'à titre provisoire et uniquement dans le but de se préparer à une activité dans une filiale de son employeur à Turquie. Dans l'affirmative, ceci signifierait que le travailleur a le droit à un permis de séjour permanent. L'autre question est plus intéressante et porte sur la possibilité de refuser, sur le grief d'abus de droit, une telle demande de permis de séjour lorsque le travailleur turc avait expressément exprimé son intention de rentrer en Turquie après avoir achevé la préparation et lorsque l'administration nationale, en l'espèce allemande, responsable des étrangers ne lui avait autorisé le séjour provisoire que compte tenu de cette déclaration.

L'Avocat Général Elmer, dans ses Conclusions présentées le 29 avril 1997, s'interroge premièrement sur ce qu'il faut comprendre par abus de droit, dès lors que la juridiction de renvoi n'a pas apporté des éclaircissements à ce sujet. L'abus, dans l'opinion de l'Avocat Général, suppose une manœuvre dolosive et, dans la présente affaire, la question qui se pose est celle de savoir si les droits tirés de l'article 6 de la décision n° 1/80 se trouveraient affectés par la circonstance que le travailleur turc aurait obtenu le permis de séjour à la suite d'une fraude. Après avoir rappelé ses conclusions du 6 mars 1997 dans l'affaire *Suat Kol*⁴⁹⁰, pour affirmer que les périodes d'activités accomplies par un travailleur turc sur la base d'une autorisation de séjour obtenue d'une manière frauduleuse ne peuvent pas être considérées comme ayant le caractère d'un emploi régulier⁴⁹¹, l'Avocat Général se penche sur ce qu'il faut comprendre par fraude. Dans ce contexte, serait fraude le fait de fournir aux autorités compétentes des informations « *inexactes ou incomplètes* » en vue d'obtenir l'autorisation de séjour. À cette condition s'ajoute celle de la faute de la part du travailleur qui supposerait une absence de bonne foi. Dans ce cas, la bonne foi consisterait dans la fourniture des informations exactes au moment où elles ont été faites, mais qui deviennent inexactes par le changement des circonstances. Il s'agirait plutôt d'une « *erreur liée à l'absence des conditions voulues* » que d'une hypothèse de dol⁴⁹². Selon l'exposition faite par l'Avocat Général, il semble que l'intention frauduleuse joue un rôle important dans l'appréciation des faits, qui, en tout cas, incombe aux juridictions nationales et non au juge communautaire.

- a droit, dans cet État membre, après un an d'emploi régulier, au renouvellement de son permis de travail auprès du même travailleur, s'il dispose d'un emploi ;

- a le droit dans cet État membre, après trois ans d'emploi régulier et sous réserve de la priorité à accorder aux travailleurs des États membres de la Communauté, de répondre dans la même profession auprès d'un employeur de son choix à une autre offre, faite à des conditions normales, enregistrée auprès des services de l'emploi de cet État membre ;

- bénéficie, dans cet État membre, après quatre ans d'emploi régulier, du libre accès à toute activité salariée de son choix. »

⁴⁹⁰ Arrêt CJCE, *Suat Kol contre Land Berlin*, 5 juin 1997, Aff. C-285/95, Rec., p. I-3069.

⁴⁹¹ Points 37 et 38 des conclusions.

⁴⁹² Points 39 à 43 des conclusions.

Après avoir repris le critère de l'exercice des activités réelles et effectives pour l'inclure dans la définition du marché régulier de l'emploi⁴⁹³, la Cour se penche sur la question d'un abus de droit commis par le travailleur turc dans sa demande de prolongation de son séjour dans l'État d'accueil. Ainsi le fait pour le travailleur d'avoir déclaré dans le passé son intention de quitter le territoire de l'État d'accueil à l'issue de la période de préparation à l'emploi qu'il se proposait d'exercer dans son pays d'origine, n'est pas suffisant pour faire la preuve d'un comportement abusif de sa part. Il est parfaitement acceptable que le travailleur ait pendant des années l'intention de retourner dans son pays et puis, suite à « *des circonstances légitimes nouvelles* », qu'il change d'avis⁴⁹⁴. Cependant, ce serait un abus de la part du travailleur turc de déclarer son intention de retourner à son pays d'origine après une période déterminée « *dans le seul but d'amener les autorités compétentes à lui délivrer indûment les autorisations requises* ». Dans ce cas, le travailleur pourrait être privé du bénéfice des droits découlant de l'article 6 de la décision 1/80⁴⁹⁵.

En guise de conclusion de l'analyse de cet arrêt, nous nous interrogeons sur la forme que prend la fraude et s'il s'agit vraiment d'une fraude au droit national par l'intermédiaire du droit communautaire. Il est vrai que les accords conclus avec les pays tiers font partie du droit communautaire et que les travailleurs de ces pays bénéficient sur le territoire de l'Union européenne d'une liberté de circulation « *tronquée* », circonstance qui certainement peut conduire à des invocations abusives des dispositions communautaires (dans ce cas, l'article 6 de la décision 1/80, disposition pourvue d'effet direct⁴⁹⁶) pour échapper au droit national. Même si, comme l'Avocat Général l'a rappelé, l'autorisation de séjour relève de la compétence des États membres, dans l'affaire *Günaydin* il ne s'agit pas vraiment d'éluder le droit national par une invocation frauduleuse du droit communautaire. Au-delà des qualifications communautaires de travailleur ou de marché régulier de l'emploi qui peuvent susciter des réserves quant à la véracité de l'activité exercée, l'affaire *Günaydin* ne traite pas d'un comportement abusif. Il s'agit plutôt, comme dans les affaires *Paletta I* et *II*, d'une fraude type délit qui engage une responsabilité administrative ou pénale : la fourniture des renseignements incorrects ou incomplets et dont la sanction du retrait de l'autorisation de séjour peut être accompagnée par des sanctions administratives ou pénales (des amendes, par exemple). Cependant, à différence des arrêts *Lair*, *Paletta I* et *Paletta II*, où la libre circulation avait été exercée, dans l'affaire ici commentée, il ne s'agit pas d'un tel exercice.

⁴⁹³ Point 55 de l'arrêt *Günaydin*.

⁴⁹⁴ Point 59 de l'arrêt *Günaydin*.

⁴⁹⁵ Point 60 de l'arrêt *Günaydin*.

⁴⁹⁶ Arrêt CJCE, *S. Z. Sevince contre Staatssecretaris van Justitie*, 20 septembre 1990, Aff. C-192/89, Rec., p. I-3461, point 26.

Section II. Les cumuls abusifs de prestations de sécurité sociale

Selon l'article 13 (1) du règlement n° 1408/71⁴⁹⁷, « les personnes auxquelles le présent règlement est applicable ne sont soumises qu'à la législation d'un seul État membre », disposition qui permet, en principe, la limitation du cumul de prestations sociales octroyées par les institutions de deux ou plusieurs États membres. Cependant, les cumuls restent inévitables et le motif est lié à la diversité des régimes de sécurité sociale des États membres⁴⁹⁸. Le législateur communautaire se limite à la coordination des législations nationales, « sans changer substantiellement » le contenu de ces normes⁴⁹⁹.

Conformément à son article 12 (1)⁵⁰⁰, le règlement n° 1408/71 « ne confère ni ne maintient, à moins qu'il n'en soit disposé autrement, le droit de bénéficier de plusieurs prestations de même nature se rapportant à une même période d'assurance obligatoire ». Les cumuls seraient ainsi limités soit par la loi nationale, conformément à l'article 12 (2), soit par la réglementation communautaire, conformément au septième considérant⁵⁰¹ du règlement tendant à interdire les cumuls injustifiés.

En tant que « système complet et impératif de règles de conflit de lois »⁵⁰², le règlement n° 1408/71 cherche à assurer la couverture du travailleur migrant par une loi de sécurité sociale sans lacune ni cumul de droit applicable. Ainsi, le travailleur relève normalement de la loi du pays où il exerce son emploi [art. 13 (2) (a)]⁵⁰³, mais, dans certaines situations, cette règle générale sera écartée par d'autres rattachements (art. 14 à 17)⁵⁰⁴.

Par l'arrêt *Nonnenmacher*⁵⁰⁵, la Cour de Justice a interprété le principe d'unité de loi applicable selon l'article 12 comme ne signifiant pas l'exclusivité de loi applicable. Dans ce cas, une Néerlandaise réclamait le bénéfice de l'assurance-survivant de la loi néerlandaise alors

⁴⁹⁷ Ce règlement sera abrogé à partir de l'adoption du règlement établissant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JOUE n° L 166, 30.4.2004, pp. 1 – 123. L'article 13 du règlement n° 1408/71 sera repris par l'article 11 du règlement n° 883/2004.

⁴⁹⁸ Sur les systèmes de sécurité sociale dans la Communauté européenne, voir Y. CHASSARD, P. VENTURINI, « La dimension européenne de la protection sociale », *DS*, 1995, n° 9-10, pp. 772 – 778 ; M. LAROQUE, « Coordination et convergence des systèmes de sécurité sociale des États membres de la CEE », *DS*, 1993, n° 9-10, pp. 792 – 800 ; P. MAILLET, « La politique sociale européenne : mythe ou réalité prochaine ? », *RMCUE*, 2000, n° 439, pp. 364 – 381.

⁴⁹⁹ S. VAN RAEPENBUSCH, « La jurisprudence communautaire en matière de règles anticumul de sécurité sociale », *CDE*, 1985, n° 1-2, p. 252.

⁵⁰⁰ L'article 12 (1) du règlement n° 1408/71 sera repris par l'article 10 du règlement n° 883/2004.

⁵⁰¹ Sera repris par le considérant n° 15 du règlement n° 883/2004.

⁵⁰² P. RODIÈRE, *op. cit.*, p. 576.

⁵⁰³ Sera repris par l'article 11(3) du règlement n° 883/2004.

⁵⁰⁴ Seront repris par les articles 12 à 16 du règlement n° 883/2004.

⁵⁰⁵ Arrêt CJCE, *M. Th. Nonnenmacher, veuve H.E. Moebis contre Bestuur der Sociale Verzekeringsbank*, 9 juin 1964, Aff. 92/63, Rec., p. 557. Voir commentaire sur cet arrêt dans P. RODIÈRE, *op. cit.*, pp. 589 – 591.

que la législation de sécurité sociale applicable était la législation française, loi du lieu de travail de son mari décédé. Le revenu qui lui revenait en vertu de la législation française était peu élevé d'où l'intérêt à se faire appliquer l'autre législation.

La Cour de Justice admet un cumul d'application des deux lois, en considérant que la loi dont l'application est superposée à celle qui est compétente selon la législation communautaire, permet d'apporter au travailleur le bénéfice d'une protection complémentaire. Comme cette interprétation de l'article 12 pouvait laisser place à des comportements abusifs, le législateur communautaire est intervenu et l'article 15 (3) du même règlement prévoit maintenant que le cumul n'est possible qu'entre un régime obligatoire désigné par la règle de conflit communautaire et un régime facultatif d'une autre loi.

Selon la doctrine⁵⁰⁶, le cumul de prestations est considéré comme abusif « *dès lors que des périodes prises en compte pour le calcul d'une prestation dans un État membre le sont également pour le calcul d'une prestation dans un autre État membre, soit qu'il s'agisse d'une seule et même période, soit qu'il s'agisse de périodes effectives et fictives, soit qu'il s'agisse uniquement de périodes fictives* ». Ainsi il revient aux autorités nationales de l'État membre, dont la législation prévoit des périodes fictives en faveur de l'assuré, de déduire de celles-ci les périodes effectivement accomplies dans un autre État membre⁵⁰⁷.

Une autre limite des cumuls abusifs était contenue dans l'ancien article 46 (3) du règlement n° 1408/71 qui imposait une sorte de « *règle d'équité* »⁵⁰⁸ selon laquelle un pensionné ne peut jamais recevoir un montant supérieur à ce qu'il aurait perçu s'il était demeuré sous l'empire de sa seule législation nationale. Cependant la Cour de Justice, dans l'affaire *Petroni*⁵⁰⁹, a décidé que cette disposition est contraire à l'article 42 CE dans la mesure où elle impose « *une limitation de cumul de deux prestations acquises dans différents États membres par une diminution du montant d'une prestation acquise en vertu de la seule législation nationale* »⁵¹⁰. Toutefois l'article 46 (3) restera valable en ce qui concerne les droits conférés par le droit communautaire⁵¹¹. La jurisprudence *Petroni* s'appliquera en ce qui concerne des prestations dues aux travailleurs au titre des dispositions combinées du droit communautaire et du droit national⁵¹². En tout cas, il incombe à l'autorité nationale compétente d'établir une comparaison entre les prestations fondées sur le seul droit national et celles fondées sur le droit communautaire et de faire

⁵⁰⁶ S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, p. 255.

⁵⁰⁷ Arrêt CJCE, *Jules Guissart contre Etat belge*, 13 décembre 1967, Aff. 12/67, Rec., p. 551.

⁵⁰⁸ S. NERI, « Le cumul des prestations de Sécurité sociale en droit communautaire », *RTDE*, 1988, n° 4, p. 607.

⁵⁰⁹ Arrêt CJCE, *Teresa et Silvana Petroni contre Office national des pensions pour travailleurs salariés (ONPTS)*, Bruxelles, 21 octobre 1975, Aff. 24/75, Rec., p. 1149. Dans le même sens l'arrêt CJCE, *Fonds national de retraite des ouvriers mineurs contre Giovanni Mura*, 13 octobre 1977, Aff. 22/77, Rec., p.1699.

⁵¹⁰ Point 22 de l'arrêt *Petroni*.

⁵¹¹ S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, p. 288.

⁵¹² Arrêt CJCE, *Kurt Beeck contre Bundesanstalt für Arbeit*, 19 février 1981, Aff. 104/80, Rec., p. 503.

bénéficier le travailleur des prestations dont le montant est le plus élevé⁵¹³. Ainsi la Cour de Justice opère un revirement par rapport à la jurisprudence *Naselli*⁵¹⁴ où elle avait introduit une séparation stricte entre le domaine des prestations communautaire et celui des prestations nationales, chacun des domaines étant assujetti aux règles anticumul contenues dans la législation nationale ou communautaire sous laquelle la prestation est acquise.

Section III. Le « tourisme » médical

Fait inévitable, les règles d'intégration économique, en général, et celles sur la libre prestation des services, particulièrement, sont entrées en collision avec la protection sociale, domaine où la souveraineté des États membres se manifeste encore assez fortement. Après avoir admis que la libre prestation des services suppose aussi la perspective passive, c'est-à-dire la liberté de circulation du destinataire du service⁵¹⁵, la Cour de Justice s'est rendue à une analyse des normes nationales qui entravent cette liberté. Les systèmes nationaux de protection sociale se fondent principalement sur une logique de territorialisation ce qui implique qu'un assuré social ne peut obtenir le remboursement des frais de soins que si les soins ont été délivrés sur le territoire national⁵¹⁶. La Cour a tracé les premiers pas vers une déterritorialisation des systèmes nationaux de protection sociale en matière de soins de santé⁵¹⁷.

Si dans l'affaire *Cowan*⁵¹⁸, l'Avocat Général Lenz pensait que le « tourisme » médical n'est pas un objectif du Traité CE⁵¹⁹, cette affirmation ne trouve pas de fondement dans la jurisprudence plus récente. La Cour de Justice a adopté une énergique démarche de promotion de la libre circulation dans le domaine des soins de santé, tant du point de vue des prestataires de services que des patients.

⁵¹³ Arrêt CJCE, *Caterina Insalaca contre Office national des pensions (ONP)*, 7 mars 2002, Aff. C-107/00, Rec., p. I-2403.

⁵¹⁴ Arrêt CJCE, *Giovanni Naselli contre Caisse auxiliaire d'assurance maladie-invalidité en présence de l'Institut national d'assurance maladie-invalidité*, 14 mars 1978, Aff. 83/77, Rec., p. 683.

⁵¹⁵ Aujourd'hui cet aspect est régi par la directive n° 2006/123/CE du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JOUE n° L 376, 27.12.2006, pp. 36 – 68.

⁵¹⁶ F. KESSLER, J. – P. LHERNOULD, « L'impact sur le droit de la protection sociale de la jurisprudence de la CJCE relative à la libre prestation des services », *DS*, n° 7/8, 2002, p. 750.

⁵¹⁷ A. NOBLET, *op. cit.*, p. 133.

⁵¹⁸ Arrêt CJCE, *Ian William Cowan contre Trésor public*, 2 février 1989, Aff. 186/87, Rec., p. 195.

⁵¹⁹ Conclusions de l'Avocat Général Lenz présentées le 6 décembre 1988.

Suite aux arrêts *Kboll*⁵²⁰ et *Decker*⁵²¹, la doctrine⁵²² s'est interrogée sur le fait de savoir s'il faut considérer l'article 22 du règlement n° 1408/71 du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, périmé⁵²³. La doctrine opte plutôt en faveur d'une dualité des systèmes. Ainsi, un particulier pourrait choisir soit la voie du Traité, ce qui signifie que le remboursement des frais engagés à l'occasion d'achat de produits ou de soins fournis à l'étranger doit être effectué dans les mêmes conditions et les mêmes tarifs prévus par l'État d'affiliation (même si une autorisation nationale est exigée), soit la voie du règlement n° 1408/71, ce qui implique le remboursement des frais selon les dispositions de la législation de l'État dans lequel les prestations ont été servies. Cela veut-il-dire, en d'autres mots, qu'on peut aller chez le dentiste ou acheter des lunettes chez un opticien d'un autre État membre et exiger ensuite le remboursement des frais à l'organisme de sécurité sociale auquel on est affilié ? Y a-t-il un risque réel de voir arriver dans certains États membres « *des trains pleins de malades* » ? L'Avocat Général Tesauro dans ses Conclusions présentées sur ces deux affaires le 16 septembre 1997 avait mis en évidence ce risque : « *Il va de soi que si de nombreux assurés choisissaient de recourir à des infrastructures présentes sur le territoire d'autres États membres, les infrastructures nationales resteraient partiellement inutilisées tout en continuant à supporter des coûts en personnel et en équipements aussi élevés qu'en cas d'utilisation optimale des capacités* »⁵²⁴. Cependant, considère l'Avocat Général, la thèse selon laquelle « *s'il on admettait la liberté de choisir le médecin et l'hôpital, il y aurait un flux incontrôlable de malades d'État membre à l'autre* » n'est pas viable, car « *un déplacement dans un État membre autre que celui de résidence comporte des inconvénients considérables, souvent également du point de vue linguistique, ainsi que des coûts supplémentaires* ». Cette opinion a été

⁵²⁰ Arrêt CJCE, *Raymond Kohll contre Union des caisses de maladie*, 28 avril 1998, Aff. C-158/96, Rec., p. I-1931. Voir commentaires de cet arrêt par : R. GIESEN, « Case C120/95, *Nicolas Decker v. Caisse de maladie des employés privés*, Judgment of 28 April 1998, [1998] ECR I1831; Case C158/96, *Raymond Kohll v. Union des caisses de maladie*, Judgment of 28 April 1998, [1998] ECR I1935 », *CMLR*, 1999, vol. 36, pp. 841 – 850 ; P. MAVRIDIS, « Libéralisation des soins de santé en Europe : un premier diagnostic », *RMCUE*, 1998, n° 3, pp. 145 – 196 ; S. VAN RAEPENBUSCH, « Tendances récentes de la jurisprudence sociale de la Cour de Justice des Communautés européennes (1998-2003) », *DS*, 2003, n° 9-10, pp. 859 – 867.

⁵²¹ Arrêt CJCE, *Nicolas Decker contre Caisse de maladie des employés privés*, 28 avril 1998, Aff. C-120/95, Rec., p. I-1831. Voir bibliographie sur l'arrêt *Kboll*, précité.

⁵²² P. MAVRIDIS, « Une libéralisation des soins de santé ? Un premier diagnostic après les arrêts CJCE Kohll et Decker », *DS*, 1999, n° 2, p. 173.

⁵²³ « *Les articles 59 et 60 du traité s'opposent à une réglementation nationale qui subordonne à l'autorisation de l'organisme de sécurité sociale de l'assuré le remboursement, selon le barème de l'État d'affiliation, des prestations de soins dentaires fournies par un orthodontiste établi dans un autre État membre. Une telle réglementation décourage les assurés sociaux de s'adresser aux prestataires de services médicaux établis dans un autre État membre et constitue, tant pour ces derniers que pour leurs patients, une entrave à la libre prestation des services.* » (arrêt *Kboll*, précité, point 35).

« *Les articles 30 et 36 du traité s'opposent à une réglementation nationale en vertu de laquelle un organisme de sécurité sociale d'un État membre refuse à un assuré le remboursement forfaitaire d'une paire de lunettes avec verres correcteurs achetée auprès d'un opticien établi dans un autre État membre, au motif que l'achat de tout produit médical à l'étranger doit être au préalable autorisé.* » (arrêt *Decker*, précité, point 46)

⁵²⁴ Point 59 des conclusions.

combattue par l'Avocat Général Ruiz-Jarabo Colomer⁵²⁵ en insistant sur les suivants arguments : les barrières linguistiques sont loin de coïncider avec les barrières géographiques ; la distance ne constitue non plus un facteur dissuasif en raison des progrès réalisés en ce qui concerne les moyens de communication ; un nombre relativement élevé de patients, qui peuvent se le permettre financièrement, choisiront de se déplacer à un autre pays pour éviter attendre des délais plus ou moins longs avant d'être soignés. D'autres auteurs⁵²⁶, considèrent que cette jurisprudence va entraîner une « spécialisation » des États : les États qui sont très déficitaires dans l'offre des soins hospitaliers et qui auront la possibilité d'« exporter » des malades, d'une part, et les États qui ont des équipements hospitaliers très modernes et qui donc recevront des patients venus de toute l'Europe afin de leur offrir des traitements inaccessibles dans leur pays d'affiliation.

De toute façon, quelle que soit la nature des soins, ambulatoires ou hospitaliers, les assurés sociaux seraient toujours en mesure de bénéficier de la prise en charge des soins par le système qui assure le traitement le plus favorable, qu'il s'agit de celui de l'État d'affiliation ou de celui de l'État où les soins ont été fournis⁵²⁷.

L'interprétation jurisprudentielle de l'article 22 du règlement n° 1408/71 a certainement soulevé la crainte d'un contournement du droit national au moyen d'un « tourisme médical ». Si le danger peut paraître minime, il ne faut pas sous-estimer la possibilité d'éluder l'insuffisance du droit national, en invoquant le droit communautaire pour obtenir couverture à l'étranger de soins non remboursés dans l'État d'origine⁵²⁸.

La jurisprudence subséquente en matière des soins de santé donne l'impression d'ouvrir encore plus de possibilités pour les particuliers pour éluder les dispositions nationales en la matière. Dans les arrêts *Vanbraekel*⁵²⁹ et *Smits et Peerboms*⁵³⁰ du 12 juillet 2001, il s'agissait,

⁵²⁵ Dans ses Conclusions sur l'affaire CJCE, *V.G. Müller-Fauré contre Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA et E.E.M. van Riet contre Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen*, 13 mai 2003, Aff. C-385/99, Rec., p. I-4509, conclusions présentées le 22 octobre 2002, points 50 à 52.

⁵²⁶ F. KESSLER, J. – P. LHERNOULD, *op. cit.*, p. 758.

⁵²⁷ *Idem*, p. 756.

⁵²⁸ *Idem*, p. 752.

⁵²⁹ Arrêt CJCE, *Abdon Vanbraekel et autres contre Alliance nationale des mutualités chrétiennes (ANMC)*, Aff. C-368/98, 12 juillet 2001, Rec., 2001, p. I-5363. Voir commentaires de cet arrêt par : C. BARNARD, *The substantive law of the EU*, Oxford University Press, 2004, pp. 362 – 369 ; V. G. HATSPoulos, « Killing national health and insurance systems but healing patients? The european market for health care services after the judgments of the ECJ in Vanbraekel and Peerbooms », *CMLR*, 2002, vol. 39, pp. 683 – 729 ; A. PAULUS, S. EVERS, F. FECHER, J. VAN DER MADE, A. BOONEN, « Cross border health care : an analysis of recent ECJ rulings », *EJLE*, 2002, n° 14, pp. 61 – 73. Voir aussi Commission européenne, *The internal market and health services. Report of the High level Committee on Health*, 12 décembre 2001, en ce qui concerne les conséquences pratiques de la jurisprudence communautaire sur les systèmes sociaux des États membres en terme de dépenses ; Commission européenne, *Report of the application of internal market rules to health services*, 28 juillet 2003, SEC (2003) 900 en ce qui concerne l'application par les États membres de la jurisprudence communautaire.

d'une côté, du refus de remboursement par une caisse de maladie belge des frais d'hospitalisation, liées à une opération chirurgicale subie en France, au motif que l'intéressé n'avait pas produit l'avis d'un professeur médecin exerçant dans une structure universitaire nationale, et, d'autre côté, du refus de remboursement par une caisse de maladie des Pays-Bas des frais d'hospitalisation subies en Autriche et en Allemagne au motif qu'un traitement satisfaisant et adéquat était disponible dans le premier pays. Dans ces deux arrêts, la Cour établit que, même si une autorisation préalable peut être imposée par la législation nationale, le pouvoir d'appréciation de la caisse nationale quant aux motifs susceptibles de justifier un refus d'autorisation est strictement encadré, ce qui peut laisser plus de manœuvre aux particuliers qui veulent bénéficier d'un remboursement plus avantageux. Un remboursement moindre du fait de l'exercice de la libre circulation constituerait une restriction à la libre circulation des patients qui sont libres d'obtenir l'application de la loi la plus favorable⁵³¹. Cependant, l'autorisation pourra être refusée lorsqu'un traitement identique ou présentant le même degré d'efficacité pour le patient pourra être obtenu en temps opportun dans un établissement national conventionné⁵³².

Plus récemment, par l'arrêt *Stamatelaki*⁵³³ du 19 avril 2007, « *un maillon supplémentaire est ajouté à la chaîne* », selon les mots de l'Avocat Général Ruiz-Jarabo Colomer⁵³⁴. La question préjudicielle adressée à la Cour dans cette affaire visait la compatibilité avec la libre prestation des services, et principalement l'article 49 CE, d'une législation nationale de sécurité sociale qui exclut le remboursement des frais engagés à l'étranger auprès d'un établissement de soins privé⁵³⁵. La Cour renforce la reconnaissance de la libre circulation des patients européens et

⁵³⁰ Arrêt CJCE, *B.S.M. Smits, épouse Geraets, contre Stichting Ziekenfonds VGZ et H.T.M. Peerbooms contre Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, 12 juillet 2001, Aff. C-157/99, Rec., p. I-5473. Pour les commentaires de cet arrêt, voir la bibliographie sur l'affaire *Vanbraekel*, précitée.

⁵³¹ A. NOBLET, *op. cit.*, p. 140.

⁵³² Arrêt CJCE, *V.G. Müller-Fauré contre Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekering UA et E.E.M. van Riet contre Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen*, 13 mai 2003, Aff. C-385/99, Rec., p. I-4509, point 89. Voir commentaires de cet arrêt par : M. FLEAR, « Case C-385/99 *V.G. Müller-Fauré v. Onderlinge Waarborgmaatschappij O.Z. Zorgverzekeringen U.A. and E.E.M. van Riet v. Onderlinge Waarborgmaatschappij Z.A.O. Zorgverzekeringen*, Judgment of the Court of 13 May 2003 », *CMLR*, 2003, vol. 41, pp. 209 – 233 ; L. IDOT, « Assurance maladie », *Revue Europe*, juillet 2003, commentaire n° 244, pp. 15 - 16.

⁵³³ Arrêt CJCE, *Aikaterini Stamatelaki contre NPDD Organismos Asfaliseos Eleftheron Epangelmaton (OAE)*, 19 avril 2007, Aff. C-444/05, Rec., p. I-3185. Voir commentaires de cet arrêt par : J. – P. LHERNOULD, « La prise en charge de soins transfrontaliers dispensés dans un hôpital privé britannique », *RDSJ*, 2007, n° 4, pp. 633 – 638 ; H. MICHAUD, « Une législation nationale qui prévoit l'exclusion absolue du remboursement des frais d'hospitalisation à l'étranger est contraire au droit communautaire », *RJS*, 2007, n° 10, pp. 789 – 791.

⁵³⁴ Conclusions dans l'affaire *Stamatelaki*, présentées le 11 janvier 2007, point 1.

⁵³⁵ La législation grecque prévoit que le remboursement des frais d'hospitalisation à l'étranger d'un assuré est subordonné à l'autorisation d'une commission sanitaire. Les conditions d'octroi de l'autorisation sont les suivantes: l'autorisation est accordée si l'assuré souffre une affection grave qui ne peut pas être traitée efficacement ou en temps utile en Grèce dans un établissement de soins conventionné par l'organisme de sécurité sociale. L'autorisation peut être accordée aussi postérieurement, après du départ d'urgence de l'assuré pour l'étranger, dans le cas où une intervention rapide est nécessaire. Si l'autorisation est accordée, l'assuré aura droit à percevoir l'ensemble des frais d'hospitalisation mais à condition qu'il ait été hospitalisé dans un établissement de soins public. Dans le cas où il a été hospitalisé dans un établissement de soins privé, l'assuré n'a

considère qu'une telle législation « décourage, voire empêche, les assurés sociaux de s'adresser aux prestataires de services hospitaliers établis dans des États membres autres que l'État membre d'affiliation et constitue, tant pour les assurés que pour les prestataires, une restriction à la libre prestation de services »⁵³⁶. Ce renforcement de la libre circulation des patients en Europe apporte l'accroissement de la possibilité du « tourisme » médical, ce qui peut signifier que la Cour ne trouve pas nécessaire de lutter contre l'abus de droit en ce domaine. Elle privilégie, pour le moment, la libre circulation et exclut la prise en compte d'un risque d'abus du droit communautaire. Les États membres gardent toujours la possibilité d'invoquer des raisons impérieuses d'intérêt général, comme le risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale, ou un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous, mais le contrôle du principe de proportionnalité se maintiendra très strict⁵³⁷.

pas le droit d'être remboursé, mis à part le cas où il s'agit d'un enfant de moins de 14 ans. C'est sur ce dernier aspect, que la Cour a été saisie par plusieurs questions préjudicielles.

⁵³⁶ Point 28 de l'arrêt *Stamatelaki*.

⁵³⁷ La justification du fait que le *forum shopping* n'a pas été pris en considération par la Cour est double. D'une part, l'État membre n'avait pas invoqué la lutte contre les abus en tant que raison impérieuse d'intérêt général, ce qui limite directement la marge d'appréciation de la Cour. D'autre part, dans la situation du M. Stamatelaki il n'y avait aucun doute sur le caractère réel de son hospitalisation à l'étranger.

Chapitre VI. *L'abus de droit et la citoyenneté de l'Union européenne*

Le projet communautaire repose sur l'idée de la circulation transfrontière des biens et des personnes, donc sur un phénomène de délocalisation. Cette délocalisation joue sur les disparités existantes entre les différentes législations nationales et sur la possibilité des particuliers de choisir celle qui leur est plus favorable. Toute délocalisation n'est pas frauduleuse pour autant, et la Cour de Justice a essayé de mettre en place les éléments pouvant permettre aux juridictions nationales de reconnaître de tels comportements.

Dans le cadre de ce chapitre, nous analyserons les cas d'invocation abusive des droits complémentaires à la citoyenneté de l'Union européenne et plus précisément la situation des membres de la famille du citoyen communautaire. Ceux-ci bénéficient, indirectement, de certains privilèges, dès lors que le citoyen communautaire fait usage d'une des libertés de circulation. Comme l'exercice d'une telle liberté est une condition indispensable pour que les membres de la famille bénéficient de certains droits, comme par exemple le droit de séjour sur le territoire de l'Union européenne, sont apparues des situations où la famille se transfère temporairement dans un autre État membre pour pouvoir ensuite retourner dans l'État de nationalité du citoyen communautaire et pouvoir invoquer certains bénéfices en sa faveur. La question qui se pose est de savoir si ces comportements sont répréhensibles et dans quelles conditions.

En premier lieu, nous analyserons la question des mariages de complaisance en tant qu'instrument pour échapper aux droits nationaux en matière d'immigration (Section I). En deuxième et dernier lieu, nous examinerons le critère de la nationalité en tant que critère de détermination de la qualité de citoyen de l'Union européenne et sa possible utilisation abusive en vue de bénéficier des droits complémentaires (Section II).

Section I. Les mariages de complaisance, instrument pour échapper aux législations nationales en matière d'immigration

La pratique judiciaire, tant aux niveaux nationaux, que, récemment, au niveau communautaire, prouve que le mariage est souvent utilisé dans un autre but que celui de vivre ensemble et de former un couple. Il y a des cas dans lesquels le mariage est utilisé pour obtenir certains droits auxquels on n'aurait pas autrement accès. Le plus souvent, dans un monde caractérisé par des flux massifs de délocalisation volontaire des personnes, il s'agit de la législation sur l'immigration qui, octroyant un statut plus favorable aux membres de la

famille du ressortissant d'un État membre ou du ressortissant d'un pays tiers mais légalement établi dans un État membre, est plus visée par les mariages de complaisance.

Au niveau communautaire, le pouvoir législatif est limité et la matière reste principalement dans les mains des États membres (& I). D'autre part, la Cour de Justice des Communautés européennes cherche, par sa jurisprudence, à donner certaines indications sur l'effet que le phénomène des mariages de complaisance peut avoir sur l'application du droit communautaire (& II).

& I. La lutte contre les mariages de complaisance au niveau du droit communautaire et dans les droits nationaux

En 1997 le Conseil de l'Union européenne attirait déjà l'attention sur le risque des mariages de complaisance. Il s'agit de la résolution du 4 décembre 1997 sur les mesures à adopter en matière de lutte contre les mariages de complaisance⁵³⁸. Dans ce contexte la définition donnée aux mariages de complaisance est la suivante :

« Le mariage d'un ressortissant d'État membre ou d'un ressortissant d'un pays tiers, séjournant régulièrement dans un État membre, avec un ressortissant d'un pays tiers, dans le seul but de détourner les règles relatives à l'entrée et au séjour des ressortissants des pays tiers et d'obtenir pour le ressortissant du pays tiers un permis de séjour ou une autorisation de résidence dans un État membre » (point 1 de la Résolution).

La Résolution établit aussi quelques éléments qui feront présumer l'existence d'un mariage simulé, parmi lesquels nous citons : l'absence du maintien de la communauté de vie, l'absence d'une contribution appropriée aux responsabilités découlant du mariage, le fait que les époux ne se sont jamais rencontrés avant le mariage, le fait qu'une somme est remise pour que le mariage soit conclu (point 2 de la Résolution). Lorsqu'il y a des facteurs qui permettent de présumer qu'il y a une simulation, l'État membre en cause ne délivrera le permis de séjour ou l'autorisation de résidence qu'après avoir vérifié qu'il ne s'agit pas d'un mariage de complaisance et que les autres conditions liées à l'entrée et au séjour sont remplies (point 3 de la Résolution). Si les autorités compétentes de l'État en cause établissent qu'il s'agit un mariage de complaisance, le permis de séjour ou l'autorisation de résidence sera, en règle générale, retiré, révoqué ou non renouvelé (point 4 de la Résolution).

⁵³⁸ JOCE n° C 382, 16.12.1997, pp. 1-2.

La même logique est reprise dans la directive n° 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial⁵³⁹, comme limite du droit au regroupement familial⁵⁴⁰. Ainsi, les États membres peuvent rejeter une demande d'entrée ou de séjour aux fins du regroupement familial, ou retirer ou refuser de renouveler le titre de séjour d'un membre de la famille, s'il est établi soit que des informations fausses ou trompeuses ou des documents faux ou falsifiés ont été utilisés ou qu'il a été recouru à la fraude ou à d'autres moyens illégaux, soit que le mariage, le partenariat ou l'adoption ont été conclus uniquement pour permettre à la personne concernée d'entrer ou de séjourner dans un État membre (il s'agirait ici du mariage de complaisance)⁵⁴¹. Les États membres peuvent procéder à des contrôles spécifiques lorsqu'il existe de telles présomptions de fraude ou de mariage de complaisance.

Après avoir annoncé dans son préambule que les États membres doivent avoir la possibilité d'adopter « *les mesures nécessaires pour se préserver de l'abus de droit ou de la fraude, en particuliers des mariages blancs ou de toute autre forme d'unions contractées uniquement en vue de bénéficier de la liberté de circulation et de séjour* »⁵⁴², la directive n° 2004/38⁵⁴³ encadre cette réserve de compétence. Ainsi, l'article 35 de la directive prévoit que les États membres peuvent refuser, annuler ou retirer tout droit conféré par la directive, en cas d'abus de droit ou de fraude, tels que les mariages de complaisance. Ces mesures doivent être proportionnées et respecter les garanties procédurales prévues par les articles 30 et 31, relatives à la notification des décisions et l'accès aux voies de recours juridictionnelles/administratives.

⁵³⁹ JOUE n° L 251, 3.10.2003, pp. 12-18. Voir aussi un commentaire de la directive dans F. JAULT-SESEKE, « Commentaire de la directive n° 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial », *RerDIPr*, 2004, n° 1, pp. 254 – 258. L'auteur considère qu'il s'agit d'« *un texte inutile* », d'« *un compromis* » qui met en évidence « *une sorte de suspicion à l'égard des demandeurs et des bénéficiaires du regroupement familial* ».

⁵⁴⁰ Il faut préciser que la directive s'applique lorsque le regroupant est titulaire d'un titre de séjour délivré par un État membre d'une durée de validité supérieure ou égale à un an, ayant une perspective fondée d'obtenir un droit de séjour permanent, si les membres de sa famille sont des ressortissants de pays tiers, indépendamment de leur statut juridique (article 1). Par voie de conséquence la directive ne s'applique pas aux membres de la famille d'un citoyen de l'Union Européenne. La directive ne s'applique non plus au Royaume-Uni, Irlande et Danemark.

⁵⁴¹ Art. 16 (2).

⁵⁴² Considérant n° 28.

⁵⁴³ Directive n° 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JOUE n° L 158, 30.04.2004, pp. 77–123. Le délai de transposition de la directive a expiré le 30 avril 2006.

Voir commentaires de cette directive par : P. DE BRUYCKER, « La libre circulation des citoyens européens entre codification et réforme », in J. – Y. CARLIER, E. GUILD (sous la direction de), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'UE*, Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 21 – 43 ; C. URBANO DE SOUSA, « Le droit des membres de la famille du citoyen de l'Union Européenne de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres, dans la directive 2004/38/CE », in J. – Y. CARLIER, E. GUILD (sous la direction de), *op. cit.*, pp. 103 – 125.

Le sujet des mariages de complaisance n'est pas non plus méconnu au niveau des États membres de l'Union européenne⁵⁴⁴. L'article de Mme. C. Nast⁵⁴⁵ présente de manière succincte, mais assez complète la situation des législations nationales en France et au Royaume-Uni. En France, le régime national de traitement de mariages de complaisance est assez récent. Il s'agit principalement de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité⁵⁴⁶ et de la loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages⁵⁴⁷. Ce régime légal accroît les pouvoirs des autorités françaises dans la lutte contre les fraudes, mais il s'inscrit dans « *une contestable logique de méfiance vis-à-vis des mariages mixtes* »⁵⁴⁸. La loi de 2003 introduisait déjà des sanctions pénales en cas de conclusion d'un mariage simulé avec l'objectif de l'obtention d'un titre de séjour ou de la nationalité française⁵⁴⁹, ce qui fait que le droit français figure parmi les « *droits les plus méfiants et répressifs face aux mariages de complaisance* »⁵⁵⁰.

L'officier d'état civil a la possibilité, après l'audition du couple et éventuellement une enquête, de refuser la célébration du mariage s'il y a des éléments qui font la preuve qu'il s'agit d'un mariage de complaisance. Il s'agit ainsi d'une action préventive avec l'objectif de limiter les cas d'annulation du mariage parce que, très souvent, les décisions d'annulation sont rendues trop tard et des effets divers, comme la concession d'un titre de séjour, ont été déjà produits⁵⁵¹.

⁵⁴⁴ Par la suite, nous avons choisi de présenter la situation réglementaire des mariages de complaisance en France, Royaume-Uni et Espagne. Pour la situation dans d'autres pays, voir par exemple : D. DIGRUBER, I. MESSINGER, « Marriage of residence in Austria », *EJML*, 2006, n° 8, pp. 281 – 302 ; M. – C. FOBLETS, D. VANHEULE, « Marriages of convenience in Belgium : the punitive approach gains ground in migration law », *EJML*, 2006, n° 8, pp. 263 – 280.

⁵⁴⁵ C. NAST, « Matrimoni simulati e frode in materia di stato civile : esempi di misure nazionali e di cooperazione internazionale », XXVIe Congrès National de l'Anusca, Fiuggi, 13-17 novembre 2006, téléchargeable du site Internet de la Commission internationale de l'état civil www.ciecl.org.

⁵⁴⁶ Journal Officiel n° 274, 27.11.2003, p. 20136. Voir commentaires de cette loi : F. BELLIVIER, « Immigration. Séjour. Nationalité », *RTDC*, 2004, pp. 148 – 152 ; S. CORNELOUP, « Maîtrise de l'immigration et célébration du mariage », in *Mélanges à Paul Lagarde*, éd. Dalloz, 2005, pp. 207 – 226 ; Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI), « Contrôler, surveiller et punir. Analyse de la réforme Sarkozy : loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité », 2003, disponible sur le site Internet du GISTI www.gisti.org.

⁵⁴⁷ Journal Officiel n° 264, 15.11.2006, p. 17113.

⁵⁴⁸ S. CORNELOUP, *op. cit.*, p. 208.

⁵⁴⁹ Pour un aperçu des différentes sanctions en cas de mariage fictif dans différents États membres, voir I. GUYON-RENARD, « La fraude en matière d'état civil dans les États membres de la CIEC », décembre 2000, édition actualisée de l'étude publié en 1996, Tableau n° 4, disponible sur le site Internet de la CIEC : www.ciecl.org.

⁵⁵⁰ S. CORNELOUP, *op. cit.*, p. 209.

⁵⁵¹ C. NAST, *op. cit.*, p. 2.

Au Royaume-Uni le cadre juridique est donné par la Loi de 22 juillet 2004 sur l'asile et l'immigration (*Asylum and Immigration, Treatment of Claimants, etc, Act 2004*)⁵⁵², entrée en vigueur le 1er février 2005. La loi s'applique à tous les étrangers qui envisagent se marier au Royaume-Uni et qui sont soumis à des mesures de contrôle de la part des services d'immigration durant leur présence sur le territoire de ce pays (donc des ressortissants des pays qui ne sont pas membres de l'Espace Économique Européen). Si l'étranger ne réside pas sur le territoire du Royaume-Uni, il faudra obtenir un visa de mariage auprès de l'ambassade ou du consulat britannique dans le pays de résidence. S'il réside sur le territoire du Royaume-Uni, il faudra demander au « *Home Office* » (Ministère des Affaires Intérieures) un certificat de capacité de mariage (« *certificate for approval of marriage* ») (articles 19 à 24 de l'Act 2004).

Il convient de mentionner aussi l'article 281 des *Immigration rules*⁵⁵³ qui établit les exigences qui doivent être remplies par un lien marital pour pouvoir être invoqué avec l'effet de l'obtention d'un titre de séjour. Parmi ces exigences nous trouvons la nécessité pour les parties au mariage de se connaître, leur intention de vivre en tant que couple ou le fait de disposer d'un logement commun.

En Espagne, le cadre légal est donné par les Instructions de la Direction Générale des Registres et du Notariat du 31 janvier 2006 sur les matrimoines de complaisance⁵⁵⁴. Cet acte est la conséquence du nombre croissant des mariages qui se célèbrent dans un but autre que celui de fonder une famille. La Direction générale avait déjà adopté les Instructions du 9 janvier 1995 sur les normes relatives à l'autorisation préalable au mariage quand un des époux est domicilié à l'étranger⁵⁵⁵ avec le même but de lutter contre les mariages blancs. Les Instructions de 2006 développent cette question et apportent des éléments susceptibles d'aider les Registres de l'état civil à mieux lutter contre ces comportements frauduleux⁵⁵⁶. À

⁵⁵² Disponible sur le site Internet de l'*Office of public sector information* <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2004/20040019.htm>. Sur l'évolution de la législation britannique sur la matière, voir H. WRAY, « An ideal husband ? Marriages of convenience, moral gate-keeping and immigration to the UK », *EJML*, 2006, n° 8, pp. 303 – 320.

⁵⁵³ Version consolidée disponible sur le site Interne du Ministère Britannique des Affaires Intérieures (« *Home Office* ») : www.ind.homeoffice.gov.uk/lawandpolicy/immigrationrules/.

⁵⁵⁴ Bulletin Officiel de l'État, 17.02.2006.

⁵⁵⁵ Bulletin Officiel de l'État, 25.01.1995.

⁵⁵⁶ Sur les mariages de complaisance dans la doctrine espagnole, voir M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, H. GRIEDER MACHADO, « El matrimonio de conveniencia », *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 2000, n° 1879, pp. 3213 – 3234 ; P. DIAGO DIAGO, « Matrimonios por conveniencia », *Actualidad Civil*, 1996, n° 14, pp. 329 – 347 ; I. GARCÍA RODRÍGUEZ, « La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio : medios de control internos y comunitarios », *Actualidad civil*, 1999, n° 18, pp. 447 – 463 ; C. OTERO-GARCÍA-CASTRILLÓN, « La capacidad y la simulación en el matrimonio : fraude y extranjería en la doctrina de la DGRN », in *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 287 – 296 ; S. SÁNCHEZ LORENZO, « La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia », in *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero, op. cit.*, pp. 247 – 273.

défaut des preuves directes de la simulation, il convient de procéder à des présomptions judiciaires (titre XI des Instructions de 2006). Ainsi, les faits qui peuvent faire présumer l'absence d'un consentement valide au mariage seraient : le fait pour l'un des époux de ne pas connaître les coordonnées personnelles et/ou familiales de l'autre, ou l'inexistence des relations antérieures entre les époux. C'est le chargé du Registre qui a la compétence pour apprécier la validité et la véracité du consentement au mariage⁵⁵⁷.

Nous abordons maintenant la façon dont la Cour de Justice perçoit le phénomène des mariages de complaisance dans le contexte du droit communautaire, ce qui implique une analyse du principal arrêt donné en la matière, l'arrêt *Akrich*.

& II. Les mariages de complaisance dans la jurisprudence de la Cour : l'arrêt *Akrich*⁵⁵⁸

M. Akrich, citoyen marocain a été autorisé à entrer sur le territoire du Royaume-Uni mais, suite à la commission des différents délits, il a été expulsé plusieurs fois. Après quelques années, se trouvant toujours en situation d'illégalité sur le territoire du Royaume-Uni, M. Akrich s'engage dans un mariage avec une citoyenne britannique. De nouveau expulsé, cette fois-ci vers l'Irlande, suite à son souhait, et après y avoir travaillé, il demande un permis d'entrée au Royaume-Uni en tant que conjoint d'une personne établie dans cet État.

La question préjudicielle posée par l'*Immigration Appeal Tribunal* porte sur le point de savoir si, dans une situation telle que celle de l'espèce, lorsqu'un ressortissant d'un pays membre marié avec un ressortissant d'un pays tiers qui ne remplit pas les conditions du droit national en ce qui concerne l'entrée et le séjour, déménage dans un autre pays pour ensuite pouvoir réclamer les bénéfices tirés du droit communautaire lors de l'entrée dans le premier pays, cet État membre pourrait prendre en considération l'intention du couple comme « une prétention à l'application du droit communautaire afin d'éviter l'application de la législation nationale ». Dans le cas d'une réponse affirmative à cette question, la juridiction nationale s'interroge sur le droit de l'État membre d'origine de refuser, d'une part, de supprimer tout obstacle préalable

⁵⁵⁷ Pour certains aspects concernant le consentement, voir R. ARENAS GARCÍA, « Algunos problemas relativos al consentimiento matrimonial en los supuestos internacionales », à paraître dans la collection des contributions de la Journée « Dona i vulneracions internacionals dels drets », Universitat Autònoma de Barcelona, 2006.

⁵⁵⁸ Arrêt CJCE, *Secretary of State for the Home Department et Hacene Akrich*, 23 septembre 2003, Aff. C-109/01, Rec., p. I-9607. Voir commentaires de cet arrêt par : A. LANG, « Ingresso e soggiorno nell'Unione europea del coniuge non comunitario del lavoratore migrante », *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2004, n° 1, pp. 241 – 246 ; M. LUBY, « Entrée et séjour dans l'Union », *JDI*, 2004, n° 2, pp. 580 – 581 ; R. PLENDER, « Quo vadis ? Nouvelle orientation des règles sur la libre circulation des personnes suivant l'affaire Akrich », *CDE*, 2004, n° 1-2, pp. 261 – 288 ; C. SCHILTZ, « Akrich : a clear delimitation without limits », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2005, vol. 12, n° 3, pp. 241 – 252 ; E. SPAVENTA, « Case C-109/01, *Secretary of State for the Home Department v. H. Akrich*, judgment of the Full Court of 23 September 2003, [2003] ECR I-9607 », *CMLR*, 2005, vol. 42, pp. 225 – 239 ; R. C. A. WHITE, « Conflicting competences : free movement rules and immigration laws », *ELR*, 2004, vol. 29, n° 3, pp. 385 – 396.

à l'entrée du conjoint étranger dans cet État membre (en l'espèce, une ordonnance d'expulsion en cours de validité), et, d'autre part, d'accorder au conjoint étranger un droit d'entrée sur son territoire.

L'Avocat Général L. A. Geelhoed⁵⁵⁹ met en évidence le fait que l'affaire se trouve à la confluence de deux domaines de compétence différentes : d'une part, la compétence des États membres en ce qui concerne l'immigration des ressortissants des pays tiers (au moment de l'affaire, la directive 2003/86 sur le regroupement familial n'avait pas d'incidence) et, d'autre part, la législation communautaire sur les ressortissants de ces États membres. Le Traité CE accorde directement des droits aux ressortissants des États membres, et le droit secondaire a réalisé une harmonisation quasi-totale de leurs droits en termes de déplacement et de séjour. Dans l'affaire, M. Akrich s'est vu refuser le droit d'entrer au Royaume-Uni en vertu de la compétence nationale en matière d'immigration, même si le droit communautaire lui confère ce droit en tant que conjoint d'un ressortissant d'un État membre. Le « *dilemme* » auquel est confrontée la Cour est encore plus difficile si on prend en compte le fait que le droit communautaire ne contrôle ni la nature ni la durée du mariage alors que ces éléments sont très importants en matière d'immigration en vue de prévenir les mariages de complaisance⁵⁶⁰. Au contraire, les États membres se sont munis de procédures pour contrôler les mariages de complaisance. Certains États membres ont opté pour un contrôle préalable (par exemple, Espagne, France, Royaume-Uni) où le fonctionnaire de l'état civil peut refuser de célébrer un mariage lorsqu'il existent des indices sérieux montrant l'absence de l'intention du couple de vivre ensemble. D'autres États membres n'ont organisé qu'un contrôle *a posteriori*.

Après une présentation de l'état de la jurisprudence communautaire sur l'article 39 CE, et principalement sur les droits complémentaires visant les membres de la famille du travailleur communautaire, l'Avocat Général se penche sur la question d'un éventuel exercice abusif du droit communautaire⁵⁶¹. Sur le fondement d'une riche jurisprudence de la Cour, l'Avocat Général admet que les libertés de circulation prévues par le Traité CE n'empêchent pas les États membres de prendre les mesures nécessaires pour empêcher l'usage abusif de ces libertés. Cependant cette marge de manœuvre réservée aux États est limitée. Il s'agit en premier lieu du fait que la mise en œuvre de telles mesures nationales ne peut pas porter atteinte « *au plein effet et à l'application uniforme des dispositions communautaires dans les États membres* ». En deuxième lieu, il s'agit des intentions des particuliers qui font usage des libertés communautaires. Au début, dans sa jurisprudence *Levin*, précitée, la Cour a jugé que les

⁵⁵⁹ Conclusions de l'Avocat Général L. A. Geelhoed présentées le 27 février 2003.

⁵⁶⁰ Point 10 des conclusions.

⁵⁶¹ Points 96 à 105 des conclusions.

intentions ne peuvent pas être contrôlées, car elles sont dénuées de pertinence. Ce qui est susceptible de déterminer un travailleur à chercher un emploi dans un autre État peut être la carrière, mais aussi le climat ou le fait d'habiter à proximité de sa famille. Cependant, dans la jurisprudence *Lair*, précitée, la Cour change d'avis en considérant qu'un élément constitutif d'abus est le fait pour un travailleur d'entrer dans un autre État membre dans le seul but de pouvoir invoquer un droit déterminé après une courte période d'activité professionnelle.

Après ce rappel de la jurisprudence, l'Avocat Général essaie à résoudre le « dilemme ». Il s'agit en effet de préciser la portée de l'arrêt *Singh*⁵⁶². L'arrêt *Singh* ouvre un droit pour le ressortissant communautaire de se faire accompagner par son conjoint lors de son retour dans son propre pays, et un droit pour le conjoint possédant la nationalité d'un pays tiers de s'établir dans cet État membre sans être soumis à la législation sur l'immigration. Cependant cet arrêt ne reconnaît aucun droit du ressortissant d'un pays tiers d'entrer sur le territoire de l'Union européenne. L'Avocat Général considère que « toute extension de la jurisprudence de la Cour est susceptible de déboucher sur de nouvelles formes de contournement des législations nationales »⁵⁶³, et donc il faut être prudent avec la jurisprudence *Singh*. Par voie de conséquence, un État membre peut appliquer sa législation en matière d'immigration en tant que justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général, comme par exemple l'applicabilité efficace de cette législation, tant que cette restriction à la libre circulation des personnes s'avère appropriée et proportionnelle.

Saisissant « une bonne occasion de soumettre la notion d'exercice abusif du droit communautaire à une analyse plus détaillée », l'Avocat Général présente les différents points faibles d'une théorie de l'abus de droit, fondés principalement sur la difficulté d'appliquer une telle théorie à un cas concret. Ces points visent la manque de pertinence des critères subjectifs, la possibilité de contourner les éléments objectifs et le fait qu'il est difficile de tracer la frontière entre l'exercice abusif et l'utilisation d'un droit dans un but qui n'a pas été visé par le législateur (ou théorie de l'élément inhérent)⁵⁶⁴. C'est le troisième point que l'Avocat Général développe plus. La situation de M. Akrich n'a certes pas été envisagée par le législateur communautaire qui n'a pas eu l'intention de créer un droit pouvant être utilisé pour contourner la législation nationale sur l'immigration. Le législateur communautaire a institué nonobstant le droit pour

⁵⁶² Arrêt CJCE, *The Queen contre Immigration Appeal Tribunal et Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department*, 7 juillet 1992, Aff. C-370/90, Rec., p. I-4265. Voir commentaires de cet arrêt par : G. BARRETT, « Family matters : European Community law and third-country family members », *CMLR*, 2003, vol. 40, pp. 369 – 421 ; M.-C. BOUTARD-LABARDE, « Droit de séjour. Établissement dans l'État de nationalité. Conjoint », *JDI*, 1993, pp. 426 – 427 ; M. BROBERG, N. HOLST-CHRISTENSEN, *Free movement in the European Union*, Djøf-Publishing, Copenhague, 2004, pp. 429 – 432 ; J. M. DE DIOS, « Sentencia de 7 de julio de 1992, asunto C-370/90. The Queen v. Immigration Appeal Tribunal y Surinder Singh », *RJC*, 1993, n° 1, pp. 587 – 589 ; P. WATSON, « Free movement of workers : a one way ticket ? », *ILJ*, 1993, vol. 22, no. 1, pp. 68 – 77.

⁵⁶³ Point 141 des conclusions.

⁵⁶⁴ Point 173 des conclusions.

un ressortissant d'un État membre de s'établir dans un autre État membre. Par voie de conséquence, et en invoquant la jurisprudence *Centros*, précitée, l'Avocat Général conclut que « l'établissement d'un travailleur dans un autre État membre en vue de bénéficier d'un régime juridique plus favorable ne constitue pas, de par sa nature, un exercice abusif du droit communautaire »⁵⁶⁵. La question de savoir si cette règle trouve application aussi dans le cas du retour du travailleur communautaire dans son propre État membre ne peut recevoir qu'une réponse positive. Finalement, l'Avocat Général conclut que « quelle que soit la signification de la théorie de l'abus en droit communautaire en général », la situation de M. Akrich ne comporte pas un exercice abusif du droit communautaire⁵⁶⁶.

La Cour de Justice, quant à elle, interprète la question préjudicielle posée comme visant, en substance, à savoir quelle est la portée de jurisprudence *Singh* à l'égard d'une situation telle que celle du M. Akrich. La Cour analyse principalement l'application de l'article 10 du règlement n° 1612/68⁵⁶⁷. Ainsi, il faut faire une différence entre l'entrée d'un ressortissant d'un pays tiers sur le territoire de l'Union européenne et le mouvement d'un État membre à un autre État membre. L'article 10 s'applique seulement à la deuxième situation. Par voie de conséquence, pour pouvoir invoquer cet article le conjoint du ressortissant communautaire doit disposer d'un droit de séjour valable dans un État membre⁵⁶⁸. Dans le cas contraire, il ne s'agirait en aucun cas d'un traitement moins favorable que dans le cas où le travailleur n'aurait pas fait usage des facilités créées par le droit communautaire⁵⁶⁹.

En ce qui concerne la possibilité d'un abus du droit communautaire, la Cour précise de manière univoque que

⁵⁶⁵ Point 181 des conclusions.

⁵⁶⁶ Point 185 des conclusions.

⁵⁶⁷ « Article 10

1. Ont le droit de s'installer avec le travailleur ressortissant d'un État membre employé sur le territoire d'un autre État membre, quelle que soit leur nationalité: a) son conjoint et leurs descendants de moins de vingt et un ans ou à charge; b) les ascendants de ce travailleur et de son conjoint qui sont à sa charge.

2. Les États membres favorisent l'admission de tout membre de la famille qui ne bénéficie pas des dispositions du paragraphe 1 s'il se trouve à la charge ou vit, dans le pays de provenance, sous le toit du travailleur visé ci-dessus.

3. Pour l'application des paragraphes 1 et 2, le travailleur doit disposer d'un logement pour sa famille, considéré comme normal pour les travailleurs nationaux dans la région où il est employé, sans que cette disposition puisse entraîner de discriminations entre les travailleurs nationaux et les travailleurs en provenance d'autres États membres.»

⁵⁶⁸ La Cour de Justice revient sur cette condition dans l'arrêt CJCE, *Yunying Jia contre Migrationsverket*, 9 janvier 2007, Aff. C-1/05, où elle considère que la jurisprudence *Akrich* n'impose aux États membres de soumettre l'octroi d'un droit d'entrée ou de séjour à un ressortissant d'un pays tiers, membre de la famille d'un ressortissant communautaire ayant fait usage de la liberté de circulation, à la condition d'un séjour légal préalable dans un autre État membre (point 33). Voir commentaires de cet arrêt par : J. CAVALLINI, « Condition de résidence légale préalable dans un État membre et droit d'entrée et de séjour des membres de la famille d'un citoyen européen », *JCP ed. S*, 27 février 2007, n° 9-10, pp. 20 – 21 ; M. ELSMORE, P. STARUP, « Case C-1/05, *Yunying Jia v. Migrationsverket*, Judgement of the Court (Grand Chamber), 9 January 2007 », *CMLR*, 2007, vol. 44, pp. 787 – 801 ; F. KAUFF-GAZIN, « Droit de séjour de l'ascendant à charge, membre de la famille du ressortissant communautaire », *Revue Europe*, mars 2007, commentaire n° 86, pp. 14 – 15.

Cet arrêt sera confirmé postérieurement par l'arrêt CJCE, *Blaise Babeten Metock et autres contre Minister for Justice, Equality and Law Reform*, 25 juillet 2008, Aff. C-127/08, non encore publié.

⁵⁶⁹ Point 53 de l'arrêt *Akrich*.

« [...] *Les intentions qui ont pu inciter un travailleur d'un État membre à chercher du travail dans un autre État membre sont indifférentes en ce qui concerne son droit d'entrée et de séjour sur le territoire de ce dernier État, du moment où il exerce ou souhaite exercer une activité réelle et effective.* »⁵⁷⁰

Le critère subjectif ne serait pas non plus pertinent dans l'analyse de la situation juridique du couple au moment du retour dans l'État membre dont le travailleur est ressortissant, même si le conjoint ne disposait pas d'un droit de séjour dans cet État membre au moment où ils ont déménagé dans un autre État membre. En l'espèce, c'est pour échapper à une interdiction d'entrée au Royaume-Uni prononcée par les autorités britanniques que les époux Akrich ont invoqué l'application du droit communautaire. En effet, ils ont explicitement reconnu qu'ils ont déménagé pour aller en Irlande pour pouvoir ensuite retourner au Royaume-Uni en application du droit communautaire. L'application du droit communautaire peut ainsi être utilisée pour enlever toute valeur juridique à une décision d'expulsion et d'interdiction du territoire dont la légalité au regard du droit communautaire n'était pas contestée⁵⁷¹.

Au contraire, il s'agirait d'un abus lorsque « *les facilités créées par le droit communautaire en faveur des travailleurs migrants et de leur conjoint étaient invoquées dans le cadre de mariages de complaisance conclus afin de contourner les dispositions relatives à l'entrée et au séjour des ressortissants des pays tiers* ». Cependant la question de l'appréciation du caractère authentique ou artificiel du mariage est réservée aux États membres. La Cour se limite seulement à rappeler que cette appréciation doit se faire à la lumière des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950, et plus précisément du droit au respect de la vie familiale⁵⁷², même dans le cas où le conjoint ne peut pas invoquer l'article 10 du règlement n° 1612/68, dès lors qu'il s'agit d'un mariage authentique⁵⁷³. La référence à la convention européenne comble de nouveau des lacunes du droit communautaire⁵⁷⁴ et réduit largement le pouvoir discrétionnaire des autorités nationales en la matière⁵⁷⁵.

La Cour aborde la question des mariages de complaisance alors que celle-ci n'était pas arguée par les parties. Donc, ses observations doivent être interprétées dans le contexte plus large des orientations données sur la question plus générale de l'abus de droit. Ainsi, il convient de considérer qu'un mariage célébré dans le but de permettre à un des conjoints de résider dans un État membre n'est pas un mariage de complaisance dès lors que le couple a

⁵⁷⁰ Point 56 de l'arrêt *Akrich*.

⁵⁷¹ R. PLENDER, *op. cit.*, p. 270.

⁵⁷² Point 58 de l'arrêt *Akrich*.

⁵⁷³ Point 61 de l'arrêt *Akrich*.

⁵⁷⁴ M. LUBY, *op. cit.*, p. 581.

⁵⁷⁵ R. PLENDER, *op. cit.*, p. 274.

l'intention de cohabiter. Au contraire, il s'agit d'un mariage de complaisance si le couple n'a jamais cohabité après la célébration du mariage, alors que l'un des conjoints a déclaré frauduleusement le contraire⁵⁷⁶.

Certains auteurs, comme R. Plender⁵⁷⁷ considèrent que l'une des principales conséquences de la jurisprudence *Akerich* est une restriction considérable de la notion d'abus du droit communautaire. Il considère que, hormis le cas des mariages de complaisance, la Cour n'a identifié aucune circonstance dans laquelle les États membres seraient autorisés à prendre des mesures pour éviter les abus de la citoyenneté communautaire, créés par les individus cherchant à échapper à l'application du droit national. Nous ne sommes pas d'accord avec cette conception assez restrictive de la notion d'abus de droit. L'instrument d'un mariage de complaisance utilisé pour échapper à la législation nationale sur l'immigration est assez répandu dans les États membres, surtout dans ceux qui connaissent un afflux massif d'immigrants. La Cour ne fait que préciser un cas particulier d'application de la théorie de l'abus de droit, ce qui implique, comme l'Avocat Général l'avait mentionné dans ses conclusions, une adaptation de cette théorie à un cas d'espèce. Les mariages de complaisance constituent seulement une forme de manifestation des comportements qui tombent sous le chapeau de la qualification d'abus du droit communautaire dans le domaine de la libre circulation des personnes⁵⁷⁸.

D'autres auteurs⁵⁷⁹ considèrent que la principale conséquence de l'arrêt *Akerich*, suivie par l'arrêt *Jia*, précité, concerne la possibilité pour les particuliers d'éluder la législation nationale sur l'immigration par le recours au droit communautaire. En l'absence d'une harmonisation totale, car la directive n° 2003/86 laisse une compétence législative importante aux États membres, le principe de reconnaissance mutuelle permet aux individus de choisir les États les plus « accueillants » en matière d'immigration et puis, sur la base de la libre

⁵⁷⁶ Arrêt CJCE, *Suat Kol contre Land Berlin*, 5 juin 1997, Aff. C-285/95, Rec., p. I-3069.

⁵⁷⁷ R. PLENDER, *op. cit.*, p. 283.

⁵⁷⁸ Dans le même sens se prononce K. ENGSIG SØRENSEN, *op. cit.*, pp. 431 – 432. L'auteur inclut les mariages de complaisance (« sham marriages » ou « marriages of convenience » ou « pro forma marriages ») dans la catégorie des « arrangements artificieux et pro forma » (actes accomplis pour répondre formellement aux dispositions légales, mais dans un autre but que celui pour lequel les dispositions légales ont été prévues), même si la Cour utilise toujours, intentionnellement ou pas, le terme d'« abus ». Dans tous les cas, il faut étudier les effets juridiques produits par une telle qualification.

Si les mariages de complaisance nous font songer à la théorie de la fraude à loi en tant que notion de droit international privé de la famille, la doctrine (voir É. CORNUT, *Théorie critique de la fraude à la loi. Étude de droit international privé de la famille*, Défrenois, Paris, 2006) considère qu'il s'agit seulement d'une fraude à la loi purement interne parce qu'il ne s'agit pas de « provoquer l'application d'une loi autre, notamment étrangère, que celle qui aurait été normalement compétente, mais simplement d'échapper à une prohibition ou une obligation, prévue par la loi pour une telle situation, en se plaçant dans une autre situation qui n'en relève plus » (p. 67).

En droit communautaire, cette fraude à la loi purement interne se réalise par l'invocation des libertés communautaires de circulation, ce qui nous amène à considérer qu'il s'agit d'une nouvelle forme d'abus. Le comportement abusif comporte trois phases : le mariage en conformité avec la loi interne du premier État, l'exercice abusif de la liberté de circulation et enfin, l'invocation de la législation sur l'immigration.

⁵⁷⁹ M. ELSMORE, P. STARUP, *op. cit.*, pp. 797 – 798.

circulation, s'installer dans des pays moins « accueillants ». Il serait ainsi souhaitable, soutiennent ces auteurs, que la Cour développe en la matière le concept de « *non-mutual recognition at Community level* », ce qui peut évidemment affecter l'exercice des libertés de circulation.

Section II. L'invocation de la qualité de citoyen de l'Union européenne : moyen pour échapper aux législations nationales sur l'immigration ?

L'affaire *Kunqian Catherine Zhu*⁵⁸⁰ a à la base une question préjudicielle posée par l'*Immigration Appellate Authority of Hatton Cross* (commission de recours en matière d'immigration de Hatton Cross) du Royaume-Uni qui invite la Cour à se prononcer sur le point de savoir si le droit communautaire s'oppose au refus d'un État membre d'accorder un permis de séjour de longue durée à un enfant de bas âge, ressortissante d'un autre État membre, qui a vécu depuis sa naissance sur le territoire du premier État membre, et à sa mère, ressortissante d'un pays tiers.

La situation soumise à l'analyse concernait une fillette, Kunqian Catherine Zhu, qui avait la nationalité irlandaise pour être née sur le territoire de l'Irlande du Nord⁵⁸¹, mais qui n'avait pas la nationalité britannique parce qu'elle ne remplissait pas les conditions imposées par la législation du Royaume-Uni. Sa mère, Man Lavette Chen, de nationalité chinoise, était venue en Irlande de Nord pour accoucher⁵⁸², en vue d'échapper à la politique chinoise dite de « *l'enfant unique* ». Après s'être transférée à Cardiff, au Pays des Galles, Mme Chen demande un permis de longue durée au Royaume-Uni pour elle et pour sa fille, ce que les autorités

⁵⁸⁰ Arrêt CJCE, *Kunqian Catherine Zhu et Man Lavette Chen contre Secretary of State for the Home Department*, 19 octobre 2004, Aff. C-200/02, Rec., p. 9925. Voir commentaires de cet arrêt par : J.-Y. CARLIER, « Case C-200/02, Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department, Judgement of the Court of Justice (Full Court) of 19 October 2004 », *CMLR*, 2005, vol. 42, pp. 1121 - 1131 ; B. HOFSTÖTTER, « A cascade of rights, or who shall care for little Catherine ? Some reflections on the *Chen* case », *ELR*, 2005, vol. 30, n° 4, pp. 548 - 558 ; P. ROBERT, « 19 octobre 2004, Aff. N1 C-200/02, Chen et autres c/ Secretary of State for the Home department », *RDE*, 2004, n° 130, pp. 645-653 ; D. SIMON, « Droit de séjour : les tribulations d'une chinoise et de sa fille au Royaume-Uni », *Revue Europe*, décembre 2004, commentaire n° 401, pp. 14 - 16 ; A. TRYFONIDOU, « Case C-200/02, Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department : futher cracks in the 'great wall' of the European Union ? », *EPL*, 2005, vol. 11, n° 4, pp. 527 - 541.

⁵⁸¹ Conformément à la législation irlandaise, quiconque naît sur le territoire de l'île d'Irlande, même en dehors des frontières politiques de l'Irlande acquiert la nationalité irlandaise.

⁵⁸² L'Irlande s'est confrontée à un numéro impressionnant des étrangers demandant le droit de résider après la naissance d'un enfant de nationalité irlandaise (en 2004, 16 000 personnes se trouvaient dans cette situation). Voir dans ce sens J.-Y. CARLIER, *op. cit.*, p. 1122. Cependant, suite à l'affaire *Katherine Zhu*, l'Irlande a changé sa législation avec effet à partir du 1 janvier 2005 et a imposé un nouveau critère d'attribution de la nationalité consistant dans une combinaison du *jus soli* et *jus sanguinis*. Ainsi, dans le cas des enfants nés sur le territoire de l'Irlande mais des parents non-irlandais, les parents doivent montrer une connexion substantielle avec ce pays (Voir A. TRYFONIDOU, *op. cit.*, p. 531).

britanniques refusent, et alors les demanderesses introduisent un recours devant l'*Immigration Appellate Authority of Hatton Cross*.

Le « *cas certainement insolite et avec des caractéristiques si singulières* » ne détermine pas l'Avocat Général Tizzano⁵⁸³ à chercher des solutions aussi particulières. L'Avocat Général recherche si les caractéristiques les plus inhabituelles pourraient être attachées à des règles habituelles et à des principes juridiques communautaires, tels que définis par la jurisprudence de la Cour de Justice. Cet approche implique une systématisation des questions : il s'agit, d'une part, de savoir si la fillette peut fonder son droit de séjour au Royaume-Uni en tant que destinataire de services, au sens de la directive n° 73/148⁵⁸⁴, ou en tant que ressortissante communautaire inactive mais disposant de ressources suffisantes et d'une assurance-maladie, en vertu de la directive n° 90/364⁵⁸⁵, ou directement sur la base de l'article 18 du Traité CE. D'autre part, l'analyse doit se concentrer sur le fait de savoir si la mère bénéficie d'un droit de séjour en tant que « *parent à charge* », au sens des directives précitées, ou en tant que responsable principale de l'éducation et des soins de Catherine, ou compte tenu du droit au respect de la vie familiale consacré par l'article 8 de la CEDH.

Avant d'entrer dans l'analyse du fond de l'affaire, l'Avocat Général traite l'exception d'irrecevabilité soulevée par le gouvernement britannique. Celui-ci considère qu'il s'agit d'une situation purement interne, dès lors que le seul élément d'extranéité, c'est-à-dire la nationalité de la fillette, serait le résultat artificiel d'une manœuvre des époux Chen, qui serait constitutif d'un abus de droit. En rappelant la jurisprudence *Garcia Avello*⁵⁸⁶, l'Avocat Général souligne que le fait d'avoir la nationalité d'un État membre autre que celui dans lequel une personne réside constitue un élément suffisant pour donner lieu à l'application du droit communautaire, même si la personne qui invoque le droit communautaire n'a jamais franchi les frontières de l'État membre dans lequel elle réside⁵⁸⁷. Par voie de conséquence, l'exception d'irrecevabilité ne peut pas être retenue.

En ce qui concerne le premier point de sa présentation, l'Avocat Général conclut que Catherine ne peut pas disposer d'un droit de séjour fondée sur sa qualité de destinataire de services de puériculture et de services médicaux, car ces prestations ne sont pas fournies à caractère temporaire, mais permanent. Or, la liberté de prestation de services ne peut pas être

⁵⁸³ Conclusions de l'Avocat Général Tizzano présentées le 18 mai 2004.

⁵⁸⁴ Directive 73/148/CEE du Conseil, du 21 mai 1973, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des États membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestation de services, JOCE n° L 172, 28.6.1973, pp. 14–16.

⁵⁸⁵ Directive 90/364/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour, JOCE n° L 180, 13.7.1990, pp. 26–27.

⁵⁸⁶ Arrêt CJCE, *Carlos Garcia Avello et État belge*, 2 octobre 2003, Aff. C-148/02, Rec., p. I-11613, points 26 et 27.

⁵⁸⁷ Points 32 et 33 des conclusions.

invoquée à propos d'une activité exercée à titre permanent⁵⁸⁸. Cependant Catherine peut bénéficier d'un droit de séjour fondé sur la directive n° 90/364 étant donné qu'elle dispose d'une assurance-maladie apte à couvrir tous les risques dans l'État membre d'accueil et que, même si elle n'est pas directement bénéficiaire de revenus ou de rentes, elle a à sa disposition, par le biais de ses parents, des ressources suffisantes pour exclure qu'elle puisse devenir une charge pour les finances de l'État membre d'accueil⁵⁸⁹.

En ce qui concerne le deuxième point, l'Avocat Général souligne que Mme Chen ne peut pas invoquer la qualité de « *parent à charge* », car elle ne remplit les conditions prévues par les directives précitées. Cependant, la mère pourrait se prévaloir d'un droit de séjour dérivé de celui de sa fille, car, dans le cas contraire, Catherine serait privée de son droit de séjour conféré par le droit communautaire et cela contreviendrait à l'exigence de respecter l'unité de la vie familiale⁵⁹⁰.

La partie finale des conclusions est dédiée à l'analyse de l'abus de droit, suite à l'argumentation développée par le gouvernement britannique. L'Avocat Général rappelle de manière succincte les éléments de la notion d'abus de droit, tels que consacrés par la jurisprudence communautaire, même s'il reste assez sceptique vis-à-vis d'une notion dont la définition est encore « *incertaine* », dont la transposition au niveau communautaire soulève encore des réserves et qui doit se manifester seulement dans « *des circonstances exceptionnelles* ». Pour qu'il ait abus, « *il faut qu'il ressorte d'un ensemble des circonstances objectives que, malgré un respect formel des conditions prévues par la réglementation communautaire, l'objectif poursuivi par cette réglementation n'a pas été atteint* ». Le critère de référence doit être « *une dénaturation des finalités et des objectifs de la disposition communautaire attribuant le droit en question* »⁵⁹¹. En l'espèce, les conditions ne sont pas remplies, car le comportement des époux Chen n'est pas de nature à impliquer « *une mise en échec éventuelle du droit national par des ressortissants communautaires faisant un recours abusifs ou frauduleux du droit communautaire* »⁵⁹². Il s'agit seulement des personnes qui, connaissant le contenu des libertés prévues par le droit communautaire, s'en prévalent, par des moyens légaux, dans le but d'atteindre l'objectif que la disposition communautaire veut assurer, c'est-à-dire le droit de séjour.

L'Avocat Général reconnaît que l'origine de la controverse se trouve dans le critère d'attribution de la nationalité adopté par la législation irlandaise. Cependant, « *restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre État membre, en exigeant une condition supplémentaire pour la reconnaissance de cette nationalité en vue de l'exercice des libertés fondamentales prévues par le Traité* » n'est

⁵⁸⁸ Points 56 à 61 des conclusions.

⁵⁸⁹ Point 62 à 78 des conclusions.

⁵⁹⁰ Points 88 à 96 des conclusions.

⁵⁹¹ Points 114 et 115 des conclusions.

⁵⁹² Point 116 des conclusions.

pas autorisé par le droit communautaire⁵⁹³. L'Avocat Général Tizzano conclut donc qu'il n'y a pas un abus du droit communautaire.

Le traitement par la Cour de la question de l'abus de droit est beaucoup plus réduit⁵⁹⁴. La Cour se penche plutôt sur la portée de la jurisprudence *Micheletti*, précitée, en mettant en exergue qu'un État membre ne peut pas restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre État membre⁵⁹⁵. La Cour n'examine pas les différents éléments de la notion d'abus de droit et donc sa contribution à la théorie de l'abus de droit est, dans ce cas, très limitée.

L'analyse de cette jurisprudence nous permet de mettre en exergue que, dans le domaine de la citoyenneté européenne, la délocalisation peut être utilisée comme instrument de l'abus de droit. Il prend ici la forme de la création d'un conflit artificiel entre le droit national sur l'immigration et le droit communautaire⁵⁹⁶. Les personnes en question se transfèrent dans un autre État membre pour pouvoir ensuite retourner dans le premier État et y invoquer le droit communautaire de la libre circulation en défaveur de la législation nationale qui ne leur offrait pas le droit de séjour. Il s'agit ainsi de la création d'une apparence d'internationalité de la situation.

Il s'agit aussi, surtout dans l'affaire *Katherine Zhu*, de la manipulation de l'élément de rattachement pertinent pour déterminer l'application du droit communautaire. Dans le cas de la prestation de services, à côté de la nationalité, il y a la condition de l'établissement de la personne sur le territoire de l'Union européenne, ce qui permet un contrôle de l'efficacité du rattachement avec le droit communautaire. Dans le cas du droit d'établissement, intervient aussi l'élément d'intégration économique dans l'État membre d'accueil. Dans le cas de la détermination de la qualité de citoyen de l'Union européenne, on ne prend en compte que le facteur de la nationalité et tout facteur territorial est exclu⁵⁹⁷. La définition de la nationalité revient à chaque État membre et le droit communautaire leur laisse le soin de déterminer les critères d'attribution de la nationalité. Jusqu'à ce moment, aucun seuil d'effectivité de la nationalité n'a été requis et donc la reconnaissance d'un abus est difficilement concevable.

⁵⁹³ Arrêt CJCE, *Mario Vicente Micheletti et autres contre Delegación del Gobierno en Cantabria*, 7 juillet 1992, Aff. C-369/90, Rec., p. I-04239, point 10.

⁵⁹⁴ La Cour ne fait aucune référence à l'arrêt *Akerich*, même s'il s'avérait nécessaire en tant que précédent dans la matière.

⁵⁹⁵ Points 36 à 41 de l'arrêt *Chen*.

⁵⁹⁶ M. FALLON, « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes », *op. cit.*, p. 171.

⁵⁹⁷ M. FALLON, « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes », *op. cit.*, pp. 184 – 185.

Conclusion du Premier Titre

L'analyse de la jurisprudence communautaire nous a permis de mettre en exergue un éventail de situations où l'abus de droit peut se manifester, laissant l'impression que l'abus de droit peut toucher quasiment tous les domaines du droit communautaire⁵⁹⁸. Il s'agit premièrement des libertés de circulation, auxquelles nous ajoutons les domaines sensibles de la fiscalité directe et de la protection sociale. L'imagination des particuliers pour trouver les plus efficaces méthodes de frauder les législations nationales, surtout en matière fiscale, est admirable, mais en même temps, condamnable.

Dans ces secteurs, l'abus de droit consiste dans la recherche par les particuliers d'un système juridique plus favorable à leurs intérêts. Compréhensible et légitime dans sa nature, ce comportement devient abusif au moment où l'intérêt public ou les droits des tiers sont fraudés. Face à ce conflit, il revient au juge de trouver un équilibre entre l'exercice des droits issus du droit communautaire et les intérêts protégés par la législation nationale. Si celui-ci est le modèle général, l'abus de droit présente des formes sous-jacentes, spécifiques à chaque domaine analysé. Dans le domaine de la citoyenneté européenne, on parle des mariages de complaisance, dans le cadre de la libre prestation de services, on parle d'une délocalisation artificielle des entreprises, tandis que dans le secteur de la fiscalité directe on arrive à parler des fraudes type « *carousel* ». En droit communautaire, en suivant le modèle des droits nationaux, l'abus de droit est une notion protéiforme, capable à s'adapter à la spécificité du domaine visé.

Dans les cas où l'harmonisation n'est pas poussée ou elle n'existe pas, le comportement abusif prend la forme d'une fraude au droit national par une invocation abusive des dispositions du droit communautaire. La jurisprudence analysée met en évidence la diversité des comportements qui tombent sous le chapeau d'une telle typologie.

⁵⁹⁸ Même si nous ne l'avons pas analysée, nous n'excluons pas que la libre circulation des marchandises soit apte à être exercée de manière abusive. En effet, dans l'arrêt CJCE, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc et autres contre SARL "Au blé vert" et autres*, 10 janvier 1985, Aff. 229/83, Rec., p. 1, la Cour de Justice avait souligné qu'un État membre peut appliquer une législation nationale imposant, pour la vente de livres édités dans cet État et réimportés après avoir été préalablement exportés dans un autre État membre, le respect du prix de vente fixé par l'éditeur, dans les cas où « *des éléments objectifs établiraient que les livres en cause auraient été exportés au seules fins de leur réimportation dans le but de tourner une législation comme celle de l'espèce* » (point 27). Voir commentaires de cet arrêt par : Y. GALMOT, J. BIANCARELLI, « Les réglementations nationales en matière de prix au regard du droit communautaire », *RTDE*, 1985, n° 2, pp. 269 – 311 ; P. J. KUYPER, « Case 229/83, Association des Centres Distributeurs Edouard Leclerc, Paris and Thouars Distribution & Autres S.A., Sainte Verge, v. "Au Blé Vert" S.à.r.l., Thouars et al. Preliminary ruling of 10 January 1985 requested by the Court of Appeal (Cour d'Appel) Poitiers », *CMLR*, 1985, vol. 22, pp. 787 – 811 ; C. PHILIP, « À propos des arrêts Leclerc : la France découvre-t-elle la Cour de Justice ? », *Revue d'Intégration Européenne*, 1986, vol. 10, pp. 5 – 22.

Titre Second. L'abus de droit dans les domaines harmonisés (ou l'abus du droit communautaire)

Dans le Premier Titre, nous avons analysé une des deux principales formes que l'abus de droit peut prendre en droit communautaire. Le fait que nous avons trouvé plus des manifestations de l'abus de droit dans le cadre des domaines non complètement harmonisés n'est que le résultat du fait que le processus d'harmonisation est loin d'être accompli et que les particuliers sont plus incités à recourir à l'abus dans le cas où ils peuvent choisir parmi des ordres juridiques différents.

Il revient maintenant d'analyser l'abus de droit dans les domaines caractérisés par une harmonisation plus poussée. Si en droit des sociétés (Chapitre I), par la spécificités des affaires soumises à la Cour, nous pouvons parler d'un abus de droit *stricto sensu*, telle qu'il a été conçue dans les ordres juridiques nationaux, il convient de remarquer que dans le cadre de la politique agricole commune (Chapitre II) et de la fiscalité indirecte (Chapitre III), il s'agit d'une création artificielle d'une situation entrant dans le champ d'application de la législation communautaire permettant l'accès à des bénéfices financières. Finalement, nous analyserons le cas particulier de l'abus de droit en droit international privé (Chapitre IV).

Chapitre I. L'abus de droit et le droit des sociétés

Le cadre jurisprudentiel⁵⁹⁹ est donné par le feuillet des arrêts rendus par la Cour de Justice à propos de la législation grecque en matière de droit des sociétés. La loi hellénique n° 1386/1983, du 5 août 1983 a institué l'*Organismo Anasygkrotiseos Epicheiriseon*, c'est-à-dire l'Organisme pour la restructuration des entreprises (ci-après « OAE »), une société par actions dont le capital est entièrement souscrit par l'État et dont le but est de contribuer au

⁵⁹⁹ La présentation de la manifestation de la notion d'abus de droit dans ce domaine concernera que la jurisprudence communautaire, car l'apparition de la notion dans la législation correspondante est très réduite. Nous avons trouvé que deux mentions des termes « *abus* » ou « *fraude* ». Il s'agit, d'abord, de l'article 79 (d) du Règlement n° 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC), JOUE n° L 207, 18.08.2003, pp. 1 – 24, qui dispose que, « *au plus tard cinq ans après l'entrée en vigueur du présent règlement, la Commission présente au Parlement européen et au Conseil un rapport sur l'application du présent règlement et, le cas échéant, des propositions de modifications. Le rapport examine en particulier s'il convient: [...]d) de permettre qu'un État membre prévoie un recours juridictionnel spécifique en cas de fraude ou d'erreur lors de l'immatriculation d'une SEC constituée par voie de fusion* ». Il s'agit aussi du considérant n° 16 du Règlement n° 2137/85 du Conseil du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE), JOCE n° L 199, 31.07.1985, pp. 1 – 9, qui dispose : « *considérant que l'activité du groupement est soumise aux dispositions du droit des États membres relatives à l'exercice d'une activité et au contrôle de celle-ci; que, dans l'hypothèse d'un abus ou d'un contournement par un groupement ou par ses membres de la loi d'un État membre, celui-ci peut prendre des sanctions appropriées* ».

développement économique et social du pays. Pour atteindre cet objectif, l'OAE peut assumer l'administration et la gestion courante d'entreprises en cours d'assainissement ou nationalisées, et ainsi décider l'augmentation du capital social de l'entreprise concernée. Les actionnaires conservent toutefois un droit préférentiel qui doit être exercé dans un certain délai. Le juge communautaire a statué depuis 1991⁶⁰⁰, que cette législation contrevient aux dispositions de la directive communautaire n° 77/91 du Conseil, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 44 (2) CE, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital⁶⁰¹ (ci-après « deuxième directive »). La particularité des affaires grecques, qui font l'objet de notre étude, est constituée par l'invocation de l'article 281 du code civil grec, qui prévoit que « *l'exercice d'un droit est interdit lorsqu'il excède manifestement les limites imposées par la bonne foi ou par les bonnes mœurs ou par la finalité économique et sociale dudit droit* ».

Notre approche, de facture chronologique, visera l'évolution de la position de la Cour de Justice sur ce qu'il faut comprendre par abus de droit en droit des sociétés. Après l'arrêt *Pafitis*, la première manifestation de l'abus de droit (Section I), il convient de se pencher sur le cas particulier des arrêts *Kefalas* (Section II) et *Diamantis* (Section III). Ces deux arrêts ont eu un impact important dans la consécration d'une notion autonome de l'abus de droit en droit communautaire.

⁶⁰⁰ Arrêt CJCE, *Marina Karella et Nicolas Karellas contre Ypourgio Viomichanias, Energeias & Technologias*, 30 mai 1991, Aff. Jtes. C-19/90 et C-20/90, Rec., p. I-2691. Voir commentaires de cet arrêt par : M. LASSERIE, « Note sur l'arrêt Karella », *Revue des Sociétés*, 1992, n° 3, pp. 533 – 535 ; C. PELLISÉ, « Sentencia 30 de mayo de 1991 (prejudicial), asunto C-19/90 y 20/90. M. Karellas c/ Ypourgos viomichanias, energias kai technologias, Organismos Anasygkrotiseos Epicheiriseon AE (OAE) », *RJC*, 1992, n° 1, pp. 268 – 270 ; A. SAMARA – KRISPIS, E. STEINDORFF, « Joined cases C-19/90 and 20/90, M. Karella and N. Karellas v. Ypourgos viomichanias, energias kai technologias, Organismos Anasygkrotiseos Epicheiriseon AE, Preliminary ruling of 30 January 1991, requested by the Greek Council of State on the interpretation of articles 25, 41 and 42 of the Second Directive on company law, not yet reported », *CMLR*, 1992, vol. 29, pp. 615 – 624 ; T. TRIDIMAS, « Direct effect and the Second Company Law Directive », *ELR*, 1992, n° 2, pp. 158 – 163.

Par cet arrêt, la Cour de Justice a eu l'occasion de reconnaître l'effet direct de l'article 25 (1) de la deuxième directive. Cet article prévoit que la compétence exclusive pour statuer sur l'augmentation du capital social appartient à l'assemblée générale.

⁶⁰¹ JOCE n° L 26, 31.01.1977, pp. 1 – 13.

Section I. L'arrêt *Pafitis*⁶⁰²: première manifestation de la notion d'abus de droit en droit des sociétés

Bien que l'arrêt *Pafitis* est le premier arrêt du cycle à traiter de la question de l'abus de droit, il nous paraît utile analyser aussi les affaires le précédant, pour mieux comprendre l'évolution de la position de la Cour de Justice à propos de la notion d'abus de droit en matière de droit des sociétés.

L'affaire *Syndesmos Melon*⁶⁰³ pose de manière tangentielle le problème de l'abus de droit d'une disposition communautaire pour échapper à l'emprise du droit national. La Cour de Justice ne se prononce pas sur l'argument de l'abus de droit, pour le simple motif que le juge national n'a pas posé une question préjudicielle en ce sens⁶⁰⁴. Toutefois, il peut être utile dans l'analyse des arrêts postérieurs de savoir les faits de l'affaire et la solution y donnée. Ainsi, les demanderesses dans l'affaire principale étaient les actionnaires de la société « *Elliniki Parketoviomichania Afoi Sotiropouloi AE* » (ci-après « *EPAS* »). La société a été soumise au régime prévu par la loi n° 1386/1983. À cet effet, l'OAE a décidé l'augmentation du capital social. Comme les actionnaires n'ont pas exercé leur droit d'option dans le délai prévu, l'OAE s'est déclaré acheteur des nouvelles actions. Après un certain temps, à la suite des négociations intervenues entre les créanciers, l'OAE et les autres actionnaires de l'EPAS, il a été décidé de maintenir la société et de mettre fin à l'administration provisoire. Les demanderesses, qui désormais ne détenaient qu'une participation minimale dans l'EPAS, ont estimé que l'augmentation du capital était contraire à l'article 25 (1)⁶⁰⁵ de la deuxième

⁶⁰² Arrêt CJCE, *Panagis Pafitis et autres contre Trapeza Kentrikis Ellados A.E. et autres*, 12 mars 1996, Aff. C-441/93, Rec., p. I-1347. Voir commentaires de cet arrêt par : A. CONESA HERNANDÉZ, « Los derechos de la junta general de accionistas frente a las normas de saneamiento bancario », *La Ley*, 1996, n° 4085, pp. 1310 – 1312 ; M. GIORDANO, « Corte di Giustizia delle Comunità Europee : sentenza 12 marzo 1996, causa C-441/93 », *Il Foro Italiano*, 1997, Partie IV, pp. 132 – 148 ; F. LAGONDET, « Ordre juridique communautaire. – Primauté. – Procédure nationale. – Abus de droit. », *Revue Europe*, mai 1996, commentaire n° 189, p. 12 ; C. NIZZO, « L'abuso dei 'diritti comunitari': un quesito non risolto », *Dir. Com. Int.*, 1997, n° 11.3, pp. 766 – 773 ; J. STUYCK, « Case C-192/94, El Corte Inglés SA v. Cristina Blázquez Rivero, judgement of the Court of Justice of 7 March 1996, nyr ; Case C-129/94, Rafael Ruiz Bernáldez, judgement of the Court of Justice of 28 March 1996, nyr ; Case C-441/93, Panagis Pafitis and others v. Trapeza Kentrikis Ellados AE and others, judgement of the Court of Justice of 12 March 1996, nyr », *CMLR*, 1996, vol. 33, pp. 1267 – 1272.

⁶⁰³ Arrêt CJCE, *Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklesiias et autres contre État hellénique et autres*, 24 mars 1992, Aff. C-381/89, Rec., p. I-2111. Voir commentaires de cet arrêt par : S. DANA-DEMARET, « Note sur l'arrêt *Pafitis* », *Revue des Sociétés*, 1993, n° 1, pp. 117 – 122 ; T. TRIDIMAS, « Company law and trade in securities », *ICLQ*, 1993, vol. 42, pp. 726 – 728.

Il convient de mentionner que dans l'arrêt CJCE, *Wienand Meilicke contre ADV/ORG A F. A. Meyer AG*, 16 juillet 1992, Aff. C-83/91, Rec., p. I-4871, les questions préjudicielles visaient aussi l'abus de droit mais que l'aspect n'a pas été analysé à cause de la constatation du caractère fictif du litige monté au niveau national.

⁶⁰⁴ Points 18 et 19 de l'arrêt *Syndesmos Melon*.

⁶⁰⁵ « Art. 25(1)

directive. Un des arguments des parties défenderesses concernait l'existence d'un abus de droit de la part des actionnaires. L'incompatibilité de la législation hellénique avec le droit communautaire était évidente.

À différence de la Cour de Justice, l'Avocat Général Tesaurò⁶⁰⁶, avant de rejeter l'argument de l'abus de droit pour le motif de n'avoir pas été inclut dans la question préjudicielle, se prononce de manière succincte sur cet aspect:

« [...] à première vue, les requérants, loin de poursuivre une utilisation abusive de la règle, ont simplement cherché à obtenir le respect des droits qui constituent le but principal de la règle elle-même, but qui est précisément d'empêcher que soient effectuées des augmentations de capital sans l'accord explicite de l'assemblée. »⁶⁰⁷

Dans ce conflit entre l'intérêt économique de l'entreprise et l'intérêt des actionnaires, l'Avocat Général semble trancher en faveur du second, en excluant donc la constatation d'un abus de droit. Le fait pour les actionnaires d'invoquer les dispositions de la directive, même si tardivement et à l'encontre de l'intérêt de la société, ne constitue pas un abus de droit selon le droit communautaire.

Quant à la Cour de Justice, elle ne se prononce pas sur l'abus de droit mais elle donne ce qu'on pourrait voir comme une définition de l'abus de droit en droit des sociétés :

« Il s'agit notamment des questions de savoir si les justiciables, invoquant devant le juge national des droits fondés sur une disposition de droit communautaire, sont soumis à un principe général de droit selon lequel les justiciables doivent avoir un intérêt légitime à invoquer une disposition de droit, sous peine que leur demande constitue un détournement ou un abus de droit [...] »⁶⁰⁸.

Finalement, l'arrêt *Syndesmos Melon* apporte une précision importante quant à la théorie de l'abus de droit en droit communautaire. Il s'agit de la confirmation de l'effet direct de l'article 25 (1) de la deuxième directive⁶⁰⁹. L'effet direct de la disposition en cause est une condition préalable pour la manifestation de l'abus de droit.

Toute augmentation du capital doit être décidée par l'assemblée générale. Cette décision ainsi que la réalisation de l'augmentation du capital souscrit font l'objet d'une publicité effectuée selon les modes prévus par la législation de chaque État membre conformément à l'article 3 de la directive 68/151/CEE. »

⁶⁰⁶ Conclusions de l'Avocat Général présentées le 16 janvier 1992.

⁶⁰⁷ Point 8 des conclusions.

⁶⁰⁸ Point 19 de l'arrêt *Syndesmos Melon*.

⁶⁰⁹ Point 38 de l'arrêt *Syndesmos Melon*. Il confirme ainsi l'arrêt *Karella*. Postérieurement, ces deux arrêts seront confirmés par l'arrêt CJCE, *Keramina-Keramische-und Finanz Holding AG et Vioktimatiki AEE contre République hellénique et Organismos Oikonomikis Anasygkrotissis Epicheiriseon AE*, 12 novembre 1992, Aff. Jtes. C-134/91 et C-135/91, Rec., p. I – 5699. Sur ce dernier arrêt voir commentaire par D. SIMON, « Renvoi préjudiciel en interprétation. – Recevabilité des questions préjudicielles. – Appréciation de la pertinence de la question. – Questions matériellement identiques à des questions déjà tranchées par la Cour », *JDI*, 1993, n° 2, pp. 402 – 404.

Nous retrouvons une référence expresse à la notion d'abus de droit dans l'arrêt *Pafitis*, du 12 mars 1996. Il s'agit de trois questions préjudicielles quant à la compatibilité de la législation grecque sur l'assainissement des établissements de crédit (la loi d'exception n° 1665/1951) avec les articles 25 (1) et 29 (3) de la deuxième directive. Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un litige entre la banque « *Trapeza Kentrikis Ellados A.E.* » (ci-après « *TKE* ») et les nouveaux actionnaires, d'une part, et les anciens actionnaires, parmi lesquels M. Pafitis, d'autre part. La loi nationale en question, dans son article 8 (1), prévoit que, lorsqu'une banque n'est pas en mesure ou refuse d'augmenter son capital, entrave d'une quelconque façon la surveillance ou enfreint des dispositions, quelles qu'elles soient, de lois, de décisions ou de règlements de la Commission monétaire, celle-ci peut la placer sous la tutelle d'un commissaire provisoire, auquel sont dévolus tous les pouvoirs et compétences des organes statutaires de la banque ainsi que l'administration de celle-ci (la ressemblance avec la loi n° 1386/1983 est évidente). Par le décret présidentiel n° 861/1975, la banque TKE a été placée sous la tutelle d'un commissaire provisoire qui a décidé l'augmentation du capital social. Les actionnaires de la TKE n'exerçant pas leurs droits préférentiels, les actions nouvelles ont été cédées à des tiers. Par la suite, les anciens actionnaires ont cependant introduit une action en annulation des décisions du commissaire provisoire portant sur l'augmentation du capital social.

La nouveauté de cet arrêt revient à l'invocation par la banque TKE de l'article 281 du code civil grec portant sur l'abus de droit. Même si la juridiction nationale ne se réfère pas à cet aspect dans les questions préjudicielles adressées, tant l'Avocat Général Tesauro que la Cour de Justice ont trouvé opportun se prononcer sur l'abus de droit. Cette autosaisie a été déterminée par la croyance ferme du juge national qu'il est le seul compétent pour décider, sur la base de l'article 281 du code civil grec, si les dispositions communautaires ont été invoquées de manière abusive⁶¹⁰.

L'Avocat Général Tesauro se justifie en soulignant que la question « *risque de conditionner de manière déterminante l'issue de la procédure* »⁶¹¹. Ainsi, en appliquant l'article 281 du code civil grec et déclarant abusive l'action en nullité introduite par les anciens actionnaires, le juge national priverait d'effet l'arrêt préjudiciel. L'Avocat Général considère que la primauté même du droit communautaire sur le droit national et l'effet utile des arrêts rendus par la Cour de Justice à titre préjudiciel sont en jeu. En réalité, ce qu'on cherche ici est de remédier la situation défavorable au droit communautaire créée à la suite des arrêts *Syndesmos Melon* et *Kerajina*, précités. En effet, après l'arrêt *Kerajina*, le juge national de renvoi a déclaré fondée en

⁶¹⁰ Point 10 des conclusions de l'Avocat Général présentées le 9 novembre 1995.

⁶¹¹ Point 26 des conclusions.

droit l'exception soulevée par les demanderessees sur la base de l'article 281 du code civil grec. La conséquence a été l'inapplication des deux arrêts préjudiciels par les juges de renvoi⁶¹², et ainsi une violation du principe de primauté du droit communautaire.

L'Avocat Général conclut que « *le simple exercice de la part des actionnaires du droit que leur confère la directive communautaire ne peut pas être qualifié d'abusif par le juge national, sans vider de son contenu la disposition concernée* »⁶¹³. La deuxième directive vise à protéger tous les actionnaires indistinctement et indépendamment de l'issue d'une éventuelle procédure d'assainissement. La négation de cette protection signifierait la condamnation non pas de l'exercice abusif du droit, mais du simple exercice, ce qui est « *paradoxal* »⁶¹⁴. En effet, la seule possibilité des anciens actionnaires de protéger leur droit est d'invoquer l'article 25 (1) de la deuxième directive. Il y aurait abus de droit dans le cas où les actionnaires auraient eux-mêmes demandé l'augmentation du capital social par voie administrative, pour ensuite attaquer en justice la décision y relative⁶¹⁵. Cependant dans le cas où l'augmentation du capital a été faite contre la volonté de certains actionnaires, le fait d'introduire une action en justice contre la décision d'augmentation du capital ne peut pas être considérée comme abusif, car ils n'ont pas d'autre moyen de protection de leur droit.

Quant à la Cour de Justice, même si les questions préjudicielles ne portaient pas sur la question de l'abus de droit, elle alloue trois paragraphes pour analyser cet aspect. Après considérer que la deuxième directive s'applique à des mesures d'assainissement d'une société bancaire, le juge communautaire souligne la contrariété avec l'article 25 (1) d'une norme nationale qui prévoit que le capital d'une société anonyme bancaire se trouvant, en raison de son endettement, dans une situation exceptionnelle peut être augmenté par voie administrative et sans délibération de l'assemblée générale⁶¹⁶. En arrivant à la question de l'abus de droit, la Cour ne se réfère pas à sa jurisprudence antérieure sur le sujet et se borne à souligner que l'exercice du droit tiré de l'article 25 (1) de la deuxième directive dans une situation comme celle de l'espèce ne peut pas être constitutif d'abus de droit. La qualification d'un comportement abusif ne peut se fonder uniquement sur le fait qu'il s'agissait d'un actionnaire minoritaire ou qu'il aurait bénéficié de l'assainissement de la société⁶¹⁷.

⁶¹² Voir les arrêts des juridictions nationales helléniques, citées par l'Avocat Général dans ses conclusions, au bas de page n° 21.

⁶¹³ Point 34 des conclusions.

⁶¹⁴ Point 30 des conclusions.

⁶¹⁵ Point 31 des conclusions.

⁶¹⁶ Point 60 de l'arrêt *Pafitis*.

⁶¹⁷ Point 70 de l'arrêt *Pafitis*.

Section II. L'arrêt *Kefalas*⁶¹⁸

Avec l'arrêt *Kefalas*, du 12 mai 1998, la loi n° 1386/1983 est nouvellement mise en question. La société « *Chartopoiia* » a été soumise au régime de la loi n° 1386/1983 et par conséquent, l'OAE a repris la gestion de celle-ci. M. Kefalas et autres, actionnaires de cette société ont contesté la validité de l'augmentation du capital social par l'OAE, parce qu'elle était contraire à l'article 25 (1) de la deuxième directive. Devant la juridiction nationale, l'État hellénique avait soulevé l'exception de l'abus de droit, tirée de l'article 251 du code civil grec. Incliné à décider qu'il s'agissait, dans l'affaire qui lui avait été soumise, d'un abus de droit, la juridiction nationale décide de surseoir à statuer et de poser à la Cour de Justice deux questions préjudicielles. La première question vise à savoir si la compétence pour se prononcer sur l'existence d'un abus d'un droit issu du droit communautaire appartient au juge national et si ce dernier peut, à cette fin, appliquer des dispositions nationales ou s'il est tenu de se fonder sur des principes généraux du droit communautaire. Dans le cas où la Cour considérerait qu'elle seule a la compétence d'apprécier le caractère abusif, la deuxième question porterait sur la possibilité de rejeter, sur la base des circonstances concrètes, évoquées par les demanderesse, le recours fondé sur la violation de l'article 25 (1) de la deuxième directive.

Le juge national était d'opinion que l'abus de droit était démontré par des éléments à caractère objectif et par d'autres à caractère subjectif. Le juge national a fait référence à la situation économique catastrophique de la société, aux avantages évidents que les actionnaires ont tirés de l'opération d'assainissement ainsi qu'à la circonstance que ces derniers n'ont pas fait usage de leur droit préférentiel de souscription des actions émises postérieurement à l'assainissement.

Tant l'Avocat Général Tesouro⁶¹⁹ que la Cour de Justice se penchent plutôt sur la question de savoir si l'article 281 du code civil grec permet au juge national de refuser à des particuliers des droits conférés par le droit communautaire, que sur l'aspect de ce que constitue exactement l'abus de droit en droit communautaire. En faisant une analogie avec

⁶¹⁸ Arrêt CJCE, *Alexandros Kefalas e.a. contre Elliniko Dimosio et Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE*, 12 mai 1998, Aff. C-367/96, Rec., p. I-2843. Voir commentaires de cet arrêt par : M. – C. BOUTARD – LABARDE, « Abus du droit communautaire », *JCP ed. G*, 23 décembre 1998, n° 52, p. 2260 ; S. DANA – DÉMARET, « Abus dans l'exercice d'un droit découlant d'une disposition communautaire », *Revue des Sociétés*, 1998, n° 4, pp. 798 – 802 ; V. KARAYANNIS, « L'abus des droits découlant de l'ordre juridique communautaire à propos de l'arrêt C-367/96 Alexandros Kefalas e.a. / Elliniko Dimosio (État hellénique) », *CDE*, 1999, n° 5-6, pp. 521 – 535 ; F. LAGONDET, « Abus de droit », *Revue Europe*, juillet 1998, commentaire n° 225, p. 9 ; M. LUBY, « Sociétés (harmonisation) », *RTDCDE*, 1998, n° 4, pp. 1000 – 1001 ; D. TRIANTAFYLLOU, « Abuse of rights versus primacy? », *CMLR*, 1999, vol. 36, pp. 157 – 164.

⁶¹⁹ Conclusions présentées le 4 février 1998.

l'affaire *Pafitis*, précitée, l'Avocat Général souligne que l'action introduite par les actionnaires n'est pas constitutive d'abus de droit. Cependant, son argumentation ne s'achève pas ici, dès lors que le juge national avait insisté, dans les questions préjudicielles adressées, sur l'application de la norme nationale en cause, plus que sur l'appréciation de l'existence d'un abus de droit. En effet, aux fins de la solution du litige au niveau national, la seule réponse du caractère non abusif de l'action aurait été suffisante. Toutefois, l'Avocat Général se lance dans le débat intéressant du lieu que doit recevoir l'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire⁶²⁰.

Sur la deuxième question préjudicielle, l'Avocat Général considère qu'il n'y a pas lieu pour la Cour de se prononcer sur ce point, dès lors que la compétence d'apprécier l'abus de droit appartient au juge national de renvoi. Toutefois, l'Avocat Général analyse la situation et conclut qu'il ne s'agit pas d'un abus :

*« il serait par conséquent singulier, voir même paradoxal, de qualifier d'abusif l'exercice du droit conféré aux actionnaires par cette disposition, alors que ces derniers ont voulu réagir à la violation de ce droit, violation concrétisée à travers de l'augmentation du capital par voie administrative, donc sans leur consentement »*⁶²¹.

Quant à la Cour de Justice, elle invoque sa jurisprudence constante sur l'abus de droit, pour donner la même réponse. La négation de tout abus de droit s'explique par la nécessaire primauté du droit communautaire qui pourrait être remise en cause si un tel abus pouvait être reconnu. La Cour considère qu'il y aurait un abus de droit seulement dans le cas où l'actionnaire, en se prévalant de l'article 25 (1) de la deuxième directive avait intenté une action en constatation d'invalidité de l'augmentation de capital « *dans le but d'obtenir, au détriment de la société, des avantages illégitimes et manifestement étrangers à l'objectif de ladite disposition* »⁶²². Cet objectif serait d'assurer aux actionnaires qu'une décision d'augmenter le capital social et, par conséquent, d'affecter les proportions des parts des actionnaires ne soit prise sans leur participation à l'exercice du pouvoir décisionnel de la société.

Il est intéressant de mentionner la position singulière de S. Dana-Démaret⁶²³ qui fait la distinction entre l'invocation de l'application de la loi (insusceptible d'abus) et l'exercice d'une prérogative née de cette loi (qui peut effectivement être abusif). Dans l'affaire *Kefalas*, il

⁶²⁰ Il convient de souligner que, en citant la jurisprudence communautaire visant l'abus de droit principalement dans le cadre des libertés de circulation, l'Avocat Général donne une définition de l'abus de droit : « *les hypothèses où la disposition invoquée est seulement 'apparemment' celle qui régit le cas d'espèce ou quand la situation du titulaire du droit invoqué en justice est seulement 'apparemment' conforme aux prescriptions de la disposition en question* » (point 25 des conclusions). Même si la définition est transposable tant aux domaines harmonisés comme aux domaines non harmonisés, elle trouve de difficulté à s'appliquer à la situation de l'affaire, où il s'agit d'un véritable abus de droit, sans impliquer des éléments de fraude.

⁶²¹ Point 31 des conclusions.

⁶²² Point 28 de l'arrêt *Kefalas*.

⁶²³ S. DANA-DÉMARET, *op. cit.*, pp. 798 – 802.

s'agirait plutôt d'une demande tendant à la mise en œuvre et au respect d'une norme juridique et il serait, selon cet auteur, difficilement concevable d'admettre l'éventualité d'un abus dans l'exercice de ce droit fondamental. Ainsi « *admettre la possibilité d'un abus dans l'invocation d'une norme – communautaire ou interne – serait en contradiction avec les fondements même et la nature du droit objectif* »⁶²⁴. Par voie de conséquence, il y a une différence essentielle entre l'affaire *Kefalas* et la jurisprudence communautaire invoquée qui visait expressément des « *agissements (implantation volontaire à l'étranger et émission en direction du pays cible) concrétisant l'utilisation abusive d'un droit* »⁶²⁵. Donc il serait pour cette raison inconcevable que l'abus existe dans les faits de l'affaire *Kefalas*.

Section III. L'affaire *Diamantis*⁶²⁶

L'affaire *Diamantis* porte sur deux questions préjudicielles relatives à l'interprétation de l'article 25 (1) de la deuxième directive et s'encadre dans le long contentieux impliquant la Grèce à cause de son retard dans la mise en œuvre correcte de cette directive. Il était toujours en cause la loi n° 1386/1983. Le trait particulier de l'affaire était la loi n° 2685/1999 qui prévoyait une seule voie de recours en cas d'augmentation du capital en violation de l'article 25 (1) de la deuxième directive, à savoir, le droit à l'indemnisation pleine et entière pour le préjudice subi à la suite d'une telle augmentation. L'action en indemnisation devait être dirigée exclusivement contre l'État hellénique et non contre la société concernée.

M. *Diamantis*, à côté de la majorité des actionnaires de la société „*Plastika Kavalas AE*”, a demandé l'assujettissement de cette société au régime prévu par la loi n° 1368/1983. Après quelques augmentations décidées par l'OAE, qui s'était chargé de la gestion de la société, cette dernière a recommencé à fonctionner régulièrement. Face à l'action introduite par M. *Diamantis* pour annuler les augmentations du capital social opérées, comme contraires à l'article 25 (1) de la deuxième directive, l'État hellénique et l'OAE ont invoqué l'article 281 du code civil grec.

Le juge national considérait que l'exception invoquée était fondée en fait et en droit⁶²⁷, mais il estime utile de saisir la Cour de Justice par deux questions préjudicielles. Le juge

⁶²⁴ *Idem*, p. 801.

⁶²⁵ *Idem*, p. 800.

⁶²⁶ Arrêt CJCE, *Dionysios Diamantis contre Elliniko Dimosio et OAE*, 23 mars 2000, Aff. C-373/97, Rec., p. I-1705. Voir commentaires de cet arrêt par : D. ANAGNOSTOPOULOU, « Do Francovitch and the principle of proportionality weaken Simmenthal (II) and confirm abuse of rights? », *CMLR*, 2001, vol. 38, pp. 767 – 780 ; T. F. GIUPPONI, « In (simulato) medio stat virtus; l'abuso del diritto comunitario tra giudice nazionale e Corte di Giustizia », *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2000, n° III, pp. 1295 – 1300 ; L. IDOT, « Deuxième directive », *Revue Europe*, mai 2000, commentaire n° 141, p. 15.

⁶²⁷ « Nombre d'années après l'augmentation de capital litigieuse, l'exercice du droit par l'actionnaire et la remise en cause de situations juridiques désormais acquises, et – nous le supposons – devenus irrévocables pour le droit hellénique, constituerait, d'après le juge a quo, un dépassement des limites imposées par la bonne foi, la morale et l'objectif socio-économique du droit en question » (point 27 des conclusions de l'Avocat Général Saggio présentées sur l'affaire le 29 octobre 1999).

national s'interroge, en premier lieu, si on peut appliquer l'article 281 du code civil pour apprécier l'exercice abusif du droit fondé sur l'article 25 (1) et sur l'article 29 (1) de la deuxième directive. En deuxième lieu, si l'exception est fondée, il se demande quel serait l'effet de celle-ci sur les décisions d'augmentation du capital social et sur la compatibilité de la loi n° 1386/1983 avec le droit communautaire.

L'Avocat Général Saggio analyse en détail le comportement des actionnaires pour finalement décider qu'il ne s'agit pas d'un abus de droit. Pour arriver à cette conclusion, il structure son raisonnement en deux étapes. Dans un premier temps, il analyse le comportement apparemment contradictoire des actionnaires qui, au principe, auraient accepté de renoncer à l'exercice d'un droit, cependant garanti par la deuxième directive, pour ensuite contester les décisions qui ne représentent que l'application du régime national, pourtant contraire au droit communautaire, que lui-même avait invoqué. L'Avocat Général considère cependant que, en demandant l'assujettissement de la société au régime de la loi n° 1368/1983, M. Diamantis n'a pas nécessairement accepté que le pouvoir de prendre des décisions en matière d'augmentation du capital social soit transféré à un organisme extérieur à l'assemblée générale. En n'étant pas d'accord avec les augmentations, il est logique qu'il n'ait pas exercé le droit préférentiel. Par voie de conséquence,

« le lien entre la volonté des actionnaires et les décisions des organes administratifs est trop vague et indirect pour pouvoir soutenir que, en introduisant l'action en annulation des délibérations intervenues en violation de la directive, les actionnaires auraient cherché à obtenir, au détriment de la société, des avantages illicites et manifestement étrangers à l'objectif de la disposition communautaire »⁶²⁸.

Dans un deuxième temps, l'Avocat Général analyse le retard de l'actionnaire à entamer l'action judiciaire aux fins d'obtenir que soient invalidées les augmentations de capital intervenues en violation de la deuxième directive. Il exclut aussi le caractère abusif du comportement du M. Diamantis. La justification d'un tel retard se trouve dans la transposition tardive et incorrecte de la deuxième directive par les autorités grecques. Le particulier ne peut pas être supposé connaître son droit avant que la directive n'ait pas été mise en œuvre dans l'ordre juridique national⁶²⁹.

La Cour de Justice suit généralement le raisonnement développé par l'Avocat Général. Si, en ce qui concerne le fait que M. Diamantis s'est trouvé parmi les actionnaires ayant demandé la soumission de la société au régime de la loi n° 1368/1983, la Cour décide qu'il ne s'agit pas d'abus, la solution n'est pas la même en ce qui concerne la tardivité de

⁶²⁸ Point 30 des conclusions.

⁶²⁹ Point 33 des conclusions.

l'action en justice. La Cour part de l'idée que, en principe, si l'action est introduite en respectant les délais prévus par le droit national, elle n'est pas constitutive d'abus de droit. Cependant, il ne faut pas négliger les conséquences de la constatation de la nullité des modifications de capital. Étant donné que le délai qui a couru avant l'introduction de l'action en nullité était de plusieurs années et que des événements, comme des achats, des ventes, des exécutions forcées, sont intervenues, « l'invalidité de ces modifications affecterait inévitablement les droits des tiers de bonne foi »⁶³⁰. Si M. Diamantis aurait le droit de demander la réparation du préjudice subi suite à la violation de la deuxième directive, il s'agit, au contraire, d'un abus de droit si, « parmi les voies de recours disponibles pour remédier à une situation intervenue en violation de ladite disposition, il a choisi celle qui cause un préjudice tellement grave aux intérêts légitimes d'autrui qu'elle s'avère manifestement disproportionnée »⁶³¹.

En conséquence, le *play field* de la notion d'abus de droit semble s'élargir. Si dans les arrêts antérieurs, avec des faits analogues, la conclusion de la Cour était qu'il ne peut pas s'agir d'un abus de droit, ici sa position est plus tempérée. En définitive, la Cour refuse de fonder l'abus de droit sur le détournement de la finalité sociale de la norme communautaire, mais elle accepte de le fonder sur la méconnaissance des droits des tiers. En droit des sociétés, la Cour semble ainsi s'orienter vers une théorie subjective de l'abus de droit, car le choix entre les différentes voies de recours fait présumer l'existence d'une certaine intention à nuire. La notion d'abus de droit doit chercher à trouver un équilibre entre les droits acquis par la personne concernée, les droits des tiers et la finalité sociale de la règle communautaire. Dans la recherche de cet équilibre, l'utilisation du principe de proportionnalité peut s'avérer nécessaire⁶³².

Les affaires grecques mettent en exergue une forme particulière d'abus de droit en droit communautaire. Si dans les autres secteurs harmonisés, l'abus du droit communautaire implique une délocalisation artificielle, il n'est pas le cas ici. À notre avis, il ne s'agit pas d'une fraude à la loi. Dans les affaires grecques, la situation en cause était purement interne et l'abus de droit ne pourrait avoir pour but que de frauder les tiers. Il ne s'agit pas de chercher à remplir artificiellement les conditions d'une certaine norme nationale. La constatation de l'abus de droit suppose une mise en balance du droit exercé et des droits des tiers, et dans ce cadre, c'est le principe de proportionnalité qui entre en jeu. Il est dans ce domaine du droit communautaire que le comportement des particuliers se présente en tant qu'abus de droit *stricto sensu*, sans mélange avec la notion de fraude à la loi.

⁶³⁰ Point 39 de l'arrêt *Diamantis*.

⁶³¹ Point 43 de l'arrêt *Diamantis*.

⁶³² F. LAGONDET, « L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire », *op. cit.*, p. 11.

Chapitre II. *L'abus de droit et la politique agricole commune*

Il n'est pas surprenant que la Cour de Justice attache une grande importance à la protection des finances communautaires, car il s'agit d'un élément essentiel du fonctionnement même de la Communauté⁶³³. Dans ce contexte, il n'est pas surprenant non plus le fait que dans ce domaine la Cour ait développé des arguments très amples sur le phénomène constitué des pratiques abusives. La raison qui alimente cette position consiste dans le fait que le droit communautaire ne doit pas servir « *l'avidité des particuliers qui essaieraient de remplir les conditions y contenues pour avoir accès aux prestations que ces normes prévoient* »⁶³⁴.

La manifestation des comportements abusifs a touché deux secteurs de la politique agricole commune : les montants compensatoires à l'exportation/importation (Section I) et les restitutions à l'exportation/importation (Section II). Les premiers avaient pour objectif d'encourager la circulation des marchandises entre deux États membres avec des niveaux de prix différentes. Ainsi l'exportateur de céréales d'un État membre où les prix étaient plus élevés avait droit à recevoir un montant compensatoire tandis que l'importateur de céréales d'un État membre où les prix étaient plus bas devait payer un montant compensatoire⁶³⁵. Les restitutions à l'importation/exportation avaient un objectif similaire, mais il ne s'agissait pas des opérations entre États membres, mais entre un État membre et un État tiers.

Section I. Manifestation de l'abus de droit dans le cadre des opérations d'importation/exportation entre États membres : l'invocation abusive des montants compensatoires

Très tôt, les particuliers se sont rendus compte des avantages qu'ils peuvent tirer de l'application de la législation communautaire sur les montants compensatoires monétaires. Ils ont donc essayé de remplir formellement les exigences imposées par une telle législation, par

⁶³³ Si l'article 280 du Traité CE constitue une disposition générale attribuant aux institutions communautaires et aux États membres la compétence de combattre la fraude et d'autres activités illégales portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté, il faut distinguer, au delà de la terminologie commune, entre les cas couverts par cette disposition (qui ont plutôt une nature pénale) et les cas qui font l'objet de notre analyse.

⁶³⁴ D. TRIANTAFYLLOU, « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *op. cit.*, p. 627.

⁶³⁵ Dans le cadre des opérations entre les « *viens* » États membres et les nouveaux États membres ou entre ces derniers, les montants sont dénommés montants compensatoires « *adhésion* ». Pour plus de détails sur la question des montants compensatoires, voir J. A. MCMAHON, *Law of the common agricultural policy*, Pearson, Edinburgh, 2000, p. 83 et s ; F. G. SNYDER, *Law of the common agricultural policy*, Modern legal studies, Sweet&Maxwell, Londres, 1985, p. 111 et s.

le moyen de ce que la Cour a dénommé comme « opérations spéculatives ». Il s'agit des mouvements artificiels des produits entre les États membres (exportation « intermédiaire » ou « provisoire » dans un État membre suivie par une réexportation immédiate envers la vraie destination), dans le seul but d'obtenir des avantages financiers auxquels normalement ils n'auraient pas pu avoir accès (& I). La jurisprudence a mis en évidence un cas particulier d'abus, contenant l'élément additionnel de la transformation partielle des marchandises en cause (& II).

& I. L'exportation « intermédiaire » vers un État membre autre que celui de destination

L'affaire *Töpfer*⁶³⁶ se construit autour de la procédure engagée par les autorités danoises contre la société Töpfer, négociant international de blé, pour le grief d'avoir violé, à l'occasion d'une exportation de blé du Danemark à destination de la République Fédérale d'Allemagne, certaines dispositions de la loi danoise relative à la mise en œuvre des réglementations communautaires portant organisation commune des marchés des produits agricoles. En effet, la marchandise avait été transportée à Lowestoft au Royaume-Uni où elle a été déchargée, les formalités d'importation ayant été accomplies, et puis rechargée à destination de Bremen (Allemagne). Les autorités danoises demandent, par voie de conséquence, le remboursement des montants compensatoires « adhésion » versés pour cette exportation. Le *Byret* de Copenhague invite la Cour de Justice à se prononcer sur l'interprétation qu'il faut donner à l'article 5 (2)⁶³⁷ du règlement n° 269/73 portant modalités d'application du régime de montants compensatoires « adhésion »⁶³⁸. Plus précisément, la juridiction de renvoi voulait savoir si, dans le cas où un État membre (A) a délivré un

⁶³⁶ Arrêt CJCE, *Anklagemyndigheden contre Hans Ulrich Schumacher, Peter Hans Gerth, Johannes Heinrich Gothmann et Alfred C. Töpfer*, 27 octobre 1981, Aff. 250/80, Rec., p. 2465.

⁶³⁷ « Article 5

1. Le paiement du montant compensatoire est subordonné à la production de la preuve que le produit pour lequel ont été accomplies les formalités douanières d'exportation a quitté le territoire géographique de l'État membre où ont été accomplies ces formalités.

2. Toutefois, lorsque le montant compensatoire est corrigé de l'incidence des droits de douane,

- ou lorsque le montant compensatoire est supérieur à la restitution à l'exportation la plus basse applicable au produit considéré, le jour de l'exportation,

- ou lorsque le montant compensatoire s'applique à un produit pour lequel aucune restitution n'est fixée,

son paiement est en outre subordonné à la preuve de l'accomplissement des formalités d'importation et de la perception des droits et taxes d'effet équivalent exigibles dans l'État membre de destination.

La preuve visée à l'alinéa précédent est apportée par la production d'un document douanier établi dans le pays de destination, ou de sa copie ou photocopie certifiée conforme par les services compétents. Ce document doit mentionner le montant des droits de douane effectivement perçus, le cas échéant. »

Cet article a été modifié par le Règlement (CEE) n° 1466/73 de la Commission, du 30 mai 1973, modifiant le règlement (CEE) n° 269/73 portant modalités d'application du régime de montants compensatoires adhésion (JOCE n° L 146, 4.6.1973, pp. 13–14) et par le Règlement (CEE) n° 1234/77 de la Commission, du 9 juin 1977, modifiant divers règlements de politique agricole commune suite à la codification des dispositions relatives au régime du transit communautaire (JOCE n° L 143, 10.6.1977, pp. 9–12).

⁶³⁸ Règlement (CEE) n° 269/73 de la Commission, du 31 janvier 1973, portant modalités d'application du régime de montants compensatoires 'adhésion', JOCE n° L 30, 1.2.1973, pp. 73–76.

certificat de fixation à l'avance concernant un montant compensatoire « *adhésion* » et le blé a été mis en libre pratique dans l'État membre B, mais uniquement dans le but de le réexporter immédiatement après vers un troisième État membre (C), l'État membre A a le droit de refuser le paiement du montant.

L'Avocat Général Capotorti⁶³⁹ considère que les montants compensatoires représentent un « *facteur correcteur du commerce entre deux États membres* » et qu'il serait en conflit avec l'objectif de ces instruments d'exporter un produit vers un État membre, accomplir les formalités douanières et le réexporter vers un autre État membre, l'exportation directe vers ce dernier État membre n'offrant pas l'accès à ces bénéfices⁶⁴⁰. Dans le cas d'espèce, il s'agit d'un abus car il n'y a aucun doute que la transaction est « *purement spéculative* » et la libre circulation des produits dans le Royaume-Uni est réduite à des formalités douanières. Le fait d'avoir calculé le montant compensatoire sur la base de la mise en circulation des produits au Royaume-Uni était inapproprié et excessif, dès lors qu'en fait les produits étaient exportés vers un autre État membre⁶⁴¹. Finalement, l'Avocat Général souligne que l'abus a été fondée sur des « *défauts techniques* » du système législatif et il est incompréhensible qu'il puisse exister une « *différence considérable* » entre le montant que l'exportateur avait reçu par le fait d'avoir passé la marchandise par Royaume-Uni avant de la cheminer vers Allemagne et le montant qu'il aurait reçu dans le cas d'une exportation directe vers Allemagne. Il incomberait au législateur communautaire de faire en sorte que ces défauts soient réglés⁶⁴².

La Cour de Justice commence par rappeler que les dispositions en cause doivent être placées dans « *l'ensemble des règles communautaires régissant le régime des montants compensatoires 'adhésion' et de les interpréter à la lumière notamment des finalités d'un tel régime* »⁶⁴³. Ainsi, l'objet de ce régime est de compenser les différences de niveau de prix dans les échanges des nouveaux États membres entre eux et avec la Communauté dans sa composition originale, sous condition que, entre l'État exportateur et l'État importateur, il y a effectivement échange des produits⁶⁴⁴. La marchandise en cause doit circuler effectivement d'un État membre à l'autre et la différence de prix éventuellement existant entre l'État importateur et l'État exportateur doit se traduire « *par un facteur économique affectant réellement les échanges entre ces États* »⁶⁴⁵. Par voie de conséquence, « *le simple fait* » qu'un produit provenant d'un nouvel État membre, ou de la Communauté dans sa composition originale, est demeuré sur le territoire de l'État membre

⁶³⁹ Conclusions présentées sur l'affaire le 29 septembre 1981.

⁶⁴⁰ Point 5 des conclusions.

⁶⁴¹ Point 6 des conclusions.

⁶⁴² *Ibidem*.

⁶⁴³ Point 13 de l'arrêt *Töpfer*.

⁶⁴⁴ Point 14 de l'arrêt *Töpfer*.

⁶⁴⁵ Point 15 de l'arrêt *Töpfer*.

désigné comme importateur « *uniquement aux fins et pour la durée de l'accomplissement des formalités douanières* » et puis a été, sans avoir été commercialisé dans cet État, « *immédiatement réexporté* » pour être commercialisé dans un troisième État membre, n'est pas suffisant pour justifier l'application entre État exportateur et État importateur d'un montant compensatoire « *adhésion* », le but d'une compensation de prix n'étant pas atteint dans une telle hypothèse⁶⁴⁶. La mise en commerce effective des produits est une condition essentielle pour bénéficier des montants compensatoires. L'effectivité de l'activité de commercialisation paraît être l'élément essentiel qui nous permet de distinguer entre un comportement abusif et un comportement normal, même si la Cour ne mentionne jamais le terme « *abus* ». Le manque d'effectivité est mis en évidence par des éléments objectifs, comme le fait matériel de l'exportation, le critère temporel du moment de la réexportation, et, l'élément subjectif de la motivation de l'exportation (« *uniquement aux fins et pour la durée de l'accomplissement des formalités douanières* »).

L'arrêt *Töpfer* est le premier pas que la Cour de Justice fait en matière de politique agricole commune en ce qui concerne la lutte contre les comportements abusifs. Même si la terminologie est primitive, pour le moment, la Cour paraît préfigurer ce que plus tard constituera la notion d'abus de droit communautaire. L'arrêt *Töpfer* sera bientôt confirmé et développé par l'arrêt *General Milk Products*⁶⁴⁷.

General Milk Products, filiale d'une société néo-zélandaise, commercialise dans la Communauté des produits laitiers fabriqués par sa société mère. Tous les produits sont importés par le port de Hambourg où ils sont déclarés pour être mis en libre pratique en Allemagne. Puis une partie des produits est réexportée vers d'autres États membres, comme la France et le Danemark. Le litige oppose la société General Milk Products aux autorités allemandes au sujet de la non application de montants compensatoires monétaires à l'exportation. Dans ce cadre, la Cour de Justice est invitée à se prononcer sur l'interprétation des dispositions combinées du règlement n° 900/84 de la Commission, du 31 mars 1984, fixant les montants compensatoires monétaires ainsi que certains coefficients et taux nécessaires à leur application⁶⁴⁸ et du règlement n° 1371/81 de la Commission, du 19 mai 1981, portant modalités d'application administrative des montants compensatoires monétaires⁶⁴⁹.

⁶⁴⁶ Point 16 de l'arrêt *Töpfer*.

⁶⁴⁷ Arrêt CJCE, *General Milk Products GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, 3 mars 1993, Aff. C-8/92, Rec., p. I-779. Voir commentaire de cet arrêt par M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, *op. cit.*, pp. 130 – 131.

⁶⁴⁸ JOCE n° L 92, 2.04.1984, pp. 2 – 33.

⁶⁴⁹ JOCE n° L 138, 25.05.1981, pp. 1 – 13.

Après avoir argumenté que des montants compensatoires positifs peuvent être appliqués à la réexportation, à partir d'un État membre, du fromage importé d'un pays tiers, vers un autre État membre, même si ni un montant compensatoire négatif, ni un régime de prix minimal n'ont été appliqués lors de son importation initiale⁶⁵⁰, l'Avocat Général Darmon⁶⁵¹ reprend la jurisprudence *Töpfer*, mais considère que dans l'affaire soumise à son analyse il n'existe aucune preuve que la mise en pratique en Allemagne a été fictive et « *dans le seul but de pouvoir bénéficier de montants compensatoires monétaires positifs lors de la réexportation* »⁶⁵².

Face à l'argument de la société requérante et de la Commission selon lequel les montants compensatoires monétaires ne doivent pas être refusés que dans le cas où on démontre l'existence de transactions fictives passées dans le seul but de bénéficier abusivement de ceux-ci, la Cour de Justice considère qu'il faut établir, en vertu de la jurisprudence *Töpfer*, « *que l'importation et la réexportation de ces fromages n'ont pas été réalisées dans le cadre de transactions normales, mais seulement pour bénéficier abusivement de l'octroi des montants compensatoires monétaires* »⁶⁵³. Il revient aux juridictions de renvoi de faire les appréciations de faits nécessaires à la réalité de ces transactions. Le fait de réaliser ces opérations d'import/export dans le « *seul but de bénéficier abusivement* » des dispositions communautaires implique, par une argumentation *a contrario*, que, dans le cas où il y aurait un autre but que celui-ci, l'opération ne saurait pas être considérée comme abusive.

& II. La manipulation des montants compensatoires négatifs et positifs : l'exemple de l'arrêt *Vonk's Kaas*⁶⁵⁴

Par cette jurisprudence, la Cour met en évidence une nouvelle forme d'abus dans le cadre de la politique agricole commune : la manipulation des montants compensatoires positifs/négatifs⁶⁵⁵ par des courants commerciaux artificiels entre les États membres.

⁶⁵⁰ Dans le même sens se prononce la Cour. Elle considère ainsi que la suspension du prix minimal, telle que décidée par la Commission n'empêche pas l'existence des montants compensatoires à l'exportation. En effet les deux mécanismes poursuivent des objectifs différentes. La suspension du prix minimal « *exprime seulement une appréciation économique de la Commission sur la compatibilité des prix des fromages néo-zélandais avec ceux de l'organisation commune des marchés dans le secteur du lait et des produits laitiers* ». Au contraire, les montants compensatoires sont « *destinés à neutraliser* » les conséquences que les fluctuations des monnaies nationales pourraient avoir sur les échanges de produits agricoles dans la Communauté (point 16 de l'arrêt).

⁶⁵¹ Conclusions présentées le 19 janvier 1993.

⁶⁵² Point 46 des conclusions.

⁶⁵³ Point 21 de l'arrêt *General Milk Products*.

⁶⁵⁴ Arrêt CJCE, *Vonk's Kaas Inkoop en Productie Holland BV contre Minister van Landbouw en Visserij et Produktschap voor Zuivel*, 12 décembre 1985, Aff. 208/84, Rec., p. 4025.

⁶⁵⁵ Les montants compensatoires peuvent être positifs ou négatifs. Ils sont positifs lorsqu'ils compensent un niveau de prix national supérieur au niveau commun, et négatifs dans le cas contraire. Les montants positifs sont

Vonk's Kaas est une société néerlandaise dont l'activité consiste dans la transformation de déchets de différentes variétés de fromages pour en faire du fromage fondu et du fromage en poudre. La société s'approvisionne en matières premières principalement en République Fédérale d'Allemagne et en France et elle revend les excédents notamment à destination du Danemark. Les autorités néerlandaises lui ont imposé de payer des montants compensatoires pour l'importation aux Pays-Bas et lui ont refusé le paiement de montants compensatoires monétaires à l'occasion de la réexportation des déchets de fromage. La juridiction de renvoi, le *Collège Van Beroep*, adresse à la Cour de Justice une question préjudicielle en appréciation de validité de la note 5 de la partie 5 de l'annexe I⁶⁵⁶ du règlement n° 1245/83 de la Commission, du 20 mai 1983, fixant les montants compensatoires monétaires ainsi que certains coefficients et taux nécessaires à leur application⁶⁵⁷. Cette disposition pourrait s'avérer contraire, entre autres, aux principes de non-discrimination et de proportionnalité.

La Cour de Justice commence par un rappel de l'évolution de la législation en la matière pour pouvoir ainsi mieux situer les faits de l'affaire. Le règlement n° 3281/1983⁶⁵⁸, en modifiant le règlement en cause, a apporté, dans un de ses considérants, une référence importante pour le thème que nous concerne :

« [...] que la différence entre les montants compensatoires monétaires pour les fromages en l'état et ceux pour les produits en question a conduit à des courants commerciaux artificiels entre États membres ; qu'il convient, pour éviter un tel trafic, de ne plus payer un montant compensatoire monétaire pour ces produits et d'appliquer le montant plein en cas de perception. »

Sur la base de cette motivation, la Commission a modifié le contenu de la note 5 du règlement mentionné dans le sens de la suppression des montants compensatoires monétaires. Elle considérait que les produits en cause ont fait l'objet de « *trafics de carrousel* » : les produits ont été importés dans les États membres à monnaie appréciée sous la forme de déchets, et donc soumis aux montants compensatoires moins élevés, et réexportés de ces États sous la forme de fromage fondu ayant droit à des montants compensatoires « *pleins* » sans jamais avoir été offert à la consommation. Il faudrait donc, selon la Commission, éviter

perçus à l'importation et octroyés à l'exportation. À l'inverse, les montants négatifs sont perçus à l'exportation et octroyés à l'importation.

⁶⁵⁶ Par cette disposition, la Commission a fixé des montants compensatoires monétaires forfaitaires et moins élevés pour les déchets de fromages.

⁶⁵⁷ JOCE n° L 135, 23.05.1983, pp. 3-36. Cet acte a été modifié successivement par les règlements de la Commission n° 3281/83 du 18 novembre 1983 (JOCE n° L 322, 19.11.1983, pp. 36 - 37) et n° 270/84 du 1 février 1984 (JOCE n° L 31, 2.02.1984, pp. 15 - 16).

⁶⁵⁸ Règlement (CEE) n° 3281/83 de la Commission du 18 novembre 1983 modifiant le règlement (CEE) n° 1245/83 en ce qui concerne les montants monétaires compensatoires applicables aux croûtes ou déchets de fromages, JOCE n° L 322, 19.11.1983, pp. 36 - 37.

ces types de « courants commerciaux artificiels »⁶⁵⁹. La société Vonk's Kaas considère cependant que les mesures prises par la Commission sont disproportionnées par rapport à leur objectif d'éviter des courants commerciaux artificiels. Ainsi, ces mesures frappent de la même manière des courants qui ne sont pas artificiels. De plus, les échanges commerciaux irréguliers pourraient être évités par des mesures plus appropriées comme le contrôle sur la base des factures ou le contrôle aux lieux de transformation.

La Cour de Justice reconnaît que l'objectif poursuivi par la Commission, par l'intermédiaire de ces mesures, est d'empêcher que soient créées de conditions de marché « favorables à l'établissement de courants commerciaux artificiels ». De plus, la Commission a le devoir d'adapter sa réglementation si elle constate « l'existence ou un risque de transactions abusives »⁶⁶⁰. C'est la première fois en matière de la politique agricole commune que la Cour mentionne le terme d'abus en tant que notion qui couvre les courants commerciaux artificiels. Il est important de remarquer qu'un risque d'abus est suffisant pour que la Commission, elle seule compétente en la matière, adopte des mesures, valables pour tous les États membres. La Cour opère cependant un contrôle du large pouvoir d'appréciation dont dispose la Commission et conclut que, sur le fondement des informations qui lui ont été fournies, les limites de ce pouvoir ont été respectées⁶⁶¹. Par voie de conséquence, il n'y a aucun élément permettant de considérer que les dispositions en cause ne soient pas valides⁶⁶².

L'arrêt *Vonk's Kaas* souligne expressément pour la première et unique fois que, dans le cadre d'un domaine harmonisé complètement, le devoir de combattre les comportements abusifs incombe à la Commission, sous condition du respect des limites du pouvoir d'appréciation, concernant la non-discrimination et la proportionnalité.

Section II. Manifestation de l'abus de droit dans le cadre des opérations d'importation/exportation entre les États membres et les États tiers : l'invocation abusive des restitutions à l'importation/exportation

Les aides à l'exportation ont pour but de faciliter « l'écoulement vers l'extérieur » des produits agricoles européens, alors que leur prix plus élevé peut constituer un élément de

⁶⁵⁹ Points 8 à 11 de l'arrêt *Vonk's Kaas*.

⁶⁶⁰ Point 23 de l'arrêt *Vonk's Kaas*.

⁶⁶¹ Point 24 de l'arrêt *Vonk's Kaas*.

⁶⁶² Point 26 de l'arrêt *Vonk's Kaas*. Au contraire, l'Avocat Général Darmon dans ses conclusions sur l'affaire, présentées le 24 octobre 1985, avait conclu dans le sens de l'invalidité des dispositions en cause. En effet, il a considéré que la Commission avait commis une erreur manifeste dans le sens où il n'y avait aucune relation entre l'élimination des montants compensatoires pour les exportations de fromage d'une faible valeur et la lutte contre les courants commerciaux artificiels.

dissuasion⁶⁶³. Les restitutions à l'exportation représentent la différence entre le prix européen du produit et son prix sur le marché mondial.

Dans ce contexte, notre approche des comportements abusifs suivra le critère purement chronologique qui se greffe parfaitement sur l'évolution de l'aperçu juridique des comportements abusifs en la matière.

& I. L'arrêt *Cremer*⁶⁶⁴ : premier prise en compte du phénomène

Par le règlement n° 19/62 portant établissement graduel d'une organisation commune des marchés dans le secteur des céréales⁶⁶⁵, le Conseil établit un régime de restitutions à l'exportation, vers les États tiers, de préparations fourragères contenant des céréales ou d'autres produits. Ainsi, par le règlement n° 166/64 du Conseil du 30 octobre 1964 relatif au régime applicable à certaines catégories d'aliments composés pour animaux⁶⁶⁶ dans les échanges avec les pays tiers, les États membres peuvent octroyer des restitutions en tenant compte, notamment, des conditions du marché mondial.

Lors de l'exportation du fourrage vers Danemark (État tiers à l'époque), la société allemande Cremer a obtenu les restitutions fixées conformément aux critères de la réglementation communautaire sous forme d'une autorisation d'importer une quantité équivalente de céréales (maïs, orge, sorgho). Cependant, ayant établi qu'une certaine composante des préparations fourragères était séparée du produit et réintroduit dans la Communauté européenne (aux Pays-Bas), les autorités allemandes lui ont refusé les restitutions⁶⁶⁷.

La Cour de Justice commence par considérer que les dispositions communautaires en cause, « *bien qu'elles restent difficilement compréhensibles dans leur texte même et dans leur contexte* », doivent être interprétées à la lumière de la finalité du régime des restitutions à l'exportation⁶⁶⁸. L'objectif de la restitution à l'exportation vers les pays tiers est de compenser l'incidence, sur le prix des aliments composés, de la réglementation applicable aux composants utilisés⁶⁶⁹ et la restitution doit être proportionnée à l'importance, dans la composition des mélanges

⁶⁶³ L. DUBOUIS, C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, Paris, 2006, p. 313.

⁶⁶⁴ Arrêt CJCE, *Entreprise Peter Cremer contre Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, 11 octobre 1977, Aff. 125/76, Rec., p. 1593. Voir commentaire de cet arrêt par M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, *op. cit.*, pp. 131 – 133.

⁶⁶⁵ JOCE n° 30, 20.4.1962, pp. 933 – 943.

⁶⁶⁶ JOCE n° 173, 31.10.1964, pp. 2747 – 2752.

⁶⁶⁷ Comme la restitution n'était pas calculée en fonction du pourcentage des produits constituants, la réglementation permettait ainsi aux particuliers de demander ces restitutions indépendamment de la composition.

⁶⁶⁸ Point 13 de l'arrêt *Cremer*.

⁶⁶⁹ *Ibidem*.

fourragers, des matières premières soumises à une organisation de marché⁶⁷⁰. Cependant, considère la Cour de Justice, un aliment composé qui ne contient, parmi ses composants, qu'en quantité négligeable un seul produit relevant de l'application de la réglementation communautaire concernant les restitutions, ne peut pas bénéficier de ces restitutions⁶⁷¹. Si la réglementation communautaire reste muette sur les critères permettant de distinguer entre les aliments composés dont l'exportation donne ou non droit à l'octroi de restitutions, il incombe aux autorités nationales compétentes d'effectuer les appréciations de fait nécessaires à éviter « le versement indu de restitutions à la suite de manipulations, par les producteurs, du taux de composition d'aliments pour bétail »⁶⁷².

Invitée à se prononcer sur la validité du règlement n° 166/64 pour le motif que la restitution forfaitaire est fixée indifféremment de la quantité, importante ou négligeable, de produits qui y ont été incorporés et qui relèvent de la réglementation communautaire, et cela pourrait amener à l'allocation d'avantages injustifiés, la Cour de Justice statue que cette réglementation « ne saurait en aucun cas être étendue jusqu'à couvrir des pratiques abusives d'opérateurs économiques, à la faveur des appréciations forfaitaires dont il est fait usage pour le calcul des restitutions »⁶⁷³. Si l'opération en soi était réelle (exportation vers un État tiers), elle visait délibérément, par le moyen d'une intervention licite (l'ajout d'un produit figurant dans la réglementation communautaire en cause), à faire entrer la situation dans le champ d'application du droit communautaire, et ainsi faire valoir certains bénéfices, sans toutefois correspondre au *ratio legis*⁶⁷⁴.

& II. L'arrêt *Boterlux*⁶⁷⁵

Le litige opposant la Belgique à la société Boterlux portant sur les conditions d'octroi de restitutions pour la vente de beurre hors de la Communauté, amène la Cour de Justice à se prononcer sur l'interprétation de certaines dispositions du règlement n° 1041/67/CEE de la Commission, du 21 décembre 1967, portant modalités d'application des restitutions à

⁶⁷⁰ Point 14 de l'arrêt *Cremer*.

⁶⁷¹ Point 15 de l'arrêt *Cremer*.

⁶⁷² *Ibidem*.

⁶⁷³ Point 21 de l'arrêt *Cremer*. L'Avocat Général Reischl, dans ses conclusions présentées sur l'affaire le 14 juillet 1977, avait rejeté l'argument invoqué par les autorités allemandes concernant l'abus, en considérant qu'il revient au législateur communautaire d'établir des niveaux minimaux de pourcentages des composants dans les aliments pour animaux, en vue de combattre l'obtention des avantages injustifiés, et s'il n'y a pas une intervention législative dans ce sens, on ne peut pas considérer qu'il y a un abus (point 3). L'Avocat Général considère donc que la lacune législative ne peut pas être comblée par l'invocation d'un principe d'interdiction de l'abus de droit. La lutte contre celui-ci devrait se faire exclusivement par le législateur communautaire.

⁶⁷⁴ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, *op. cit.*, p. 133.

⁶⁷⁵ Arrêt CJCE, *État belge contre Boterlux SPRL*, 9 août 1994, Aff. C-347/93, Rec., p. I-3933.

l'exportation dans le secteur des produits soumis à un régime de prix unique⁶⁷⁶, et du règlement n° 876/68 du Conseil, du 28 juin 1968, établissant dans le secteur du lait et des produits laitiers, les règles générales relatives à l'octroi des restitutions à l'exportation et aux critères de fixation de leur montant⁶⁷⁷.

La société Boterlux exporte du beurre luxembourgeois vers la Suisse. Pour certaines opérations d'exportation les autorités belges ne lui ont pas octroyé les restitutions parce que la marchandise avait été réimportée dans la Communauté européenne. Le tribunal de première instance de Bruxelles condamne les autorités belges à verser les restitutions en cause au motif que, bien qu'une mise en libre pratique dans un État tiers soit exigée par le droit communautaire, Boterlux est restée étrangère à toute fraude consistant en une réimportation de la marchandise dans un État membre. La Cour d'Appel de Bruxelles saisie en appel décide de surseoir à statuer et d'utiliser l'instrument du renvoi préjudiciel. La question préjudicielle portait sur le fait de savoir si les dispositions communautaires en cause subordonnaient le paiement des restitutions à la mise en libre pratique dans un pays tiers. Par la suite, la juridiction nationale demandait si la jurisprudence en matière de montants compensatoires était applicable dans le domaine des restitutions. Enfin, la juridiction de renvoi voulait savoir si la responsabilité de l'exportateur était objective, ce qui exclurait de l'exonérer pour sa non-participation à la fraude ou sa bonne foi.

La Cour de Justice commence son raisonnement en rappelant que le système des restitutions différenciées à l'exportation « *a pour but d'ouvrir ou de maintenir ouvert aux exportations communautaires les marchés des pays tiers concernés, la différenciation de la restitution procédant de la volonté de tenir compte des caractéristiques propres à chaque marché d'importation sur lequel la Communauté veut jouer un rôle* »⁶⁷⁸. Le juge communautaire est conscient que cet objectif serait méconnu si un simple déchargement de la marchandise serait suffisant pour donner droit au versement d'une restitution à un taux plus élevé⁶⁷⁹, et, dans ce sens, il considère qu'il est nécessaire que la marchandise soit dédouanée et mise en libre pratique sur le territoire du pays de destination⁶⁸⁰. Par la suite, la Cour examine si les États membres peuvent demander des preuves complémentaires de la mise en libre pratique dans un État tiers. La disposition générale de l'article 4 (1) du règlement n° 1041/67, dénommée « *clause anti-fraude* » concerne tout type de restitution, et son objectif consiste « *à éviter des abus* »⁶⁸¹. Le législateur communautaire est considéré avoir donné une autorisation expresse aux États membres pour

⁶⁷⁶ JOCE n° L 314, 23.12.1967, pp. 9–16.

⁶⁷⁷ JOCE n° L 155, 3.7.1968, p. 1–3.

⁶⁷⁸ Point 18 de l'arrêt *Boterlux*.

⁶⁷⁹ Point 19 de l'arrêt *Boterlux*.

⁶⁸⁰ Point 20 de l'arrêt *Boterlux*.

⁶⁸¹ Point 25 de l'arrêt *Boterlux*.

exiger la preuve de la mise en libre pratique « lorsqu'il est soupçonné ou établi que des abus ont été commis »⁶⁸².

La Cour considère que la société Boterlux a réalisé des opérations abusives dès lors que « la marchandise, après avoir quitté le territoire de la Communauté, avait été réexportée, au moyen de faux documents, du pays de destination vers un pays de la Communauté »⁶⁸³. La Cour insiste substantiellement sur la responsabilité de l'exportateur, en analysant les cas qui pourraient éventuellement l'exonérer : le caractère imprévisible de la réimportation, la non-participation à la fraude ou la bonne foi. Le caractère objectif de l'obligation de mise en libre pratique implique que seulement des circonstances de force majeure pourraient justifier une exonération de responsabilité. Il doit s'agir des « circonstances étrangères à l'opérateur concerné, anormales et imprévisibles, dont les conséquences n'auraient pu être évitées malgré toutes les diligences déployées »⁶⁸⁴. C'est pas le cas de la réimportation frauduleuse car elle relève « d'un risque commercial habituel » et ne saurait être considérée comme imprévisible dans le cadre des relations contractuelles liées à des opérations d'exportation bénéficiant d'une restitution. La non-participation à la fraude ou la bonne foi ne sont pas non plus des éléments pertinents dans l'appréciation de la responsabilité de l'exportateur⁶⁸⁵. Il s'agit ainsi d'une responsabilité objective de l'exportateur indépendamment de toute faute. En effet, il y a une jurisprudence constante selon laquelle « l'exportateur peut s'assurer, par des mesures contractuelles, que les acheteurs ne détournent pas frauduleusement la marchandise de sa destination »⁶⁸⁶. Il a une obligation de diligence : il doit prendre toutes les précautions nécessaires dans ce sens, soit en incorporant des clauses spécifiques dans le contrat, soit en contractant une assurance spécifique. Il incombe au juge national de vérifier que les preuves complémentaires demandées par les autorités nationales ont été apportées par la société en cause⁶⁸⁷.

Même si elle était invitée à se prononcer sur l'éventuelle application de la jurisprudence constante en matière de montants compensatoires à l'exportation/importation, la Cour de Justice n'invoque pas cette jurisprudence⁶⁸⁸, bien qu'elle suive les mêmes lignes, ce qui peut paraître une réticence à établir des principes transversaux à l'entier domaine de la

⁶⁸² Points 27 et 33 de l'arrêt *Boterlux*.

⁶⁸³ Points 28 et 31 de l'arrêt *Boterlux*. L'Avocat Général Gullman, dans ses conclusions présentées sur l'affaire le 24 mars 1994, avait considéré qu'il n'y avait pas une « exportation réelle » et donc l'exportateur ne satisfait pas à une « condition matérielle fondamentale à laquelle est subordonné le paiement des restitutions » (point 15) car la marchandise n'avait pas été mise en pratique dans l'État tiers (point 20).

⁶⁸⁴ Point 34 de l'arrêt *Boterlux*. La Cour cite l'arrêt CJCE, *Ioannis Theodorakis Viomichania Elaion AE contre État grec*, 27 octobre 1987, Aff. 109/86, Rec., p. 4319. Pour un aperçu plus ample sur la notion de force majeure, voir R. BARENTS, *The agricultural law of the EC. An inquiry into the administrative law of the European Community in the field of agriculture*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1994, p. 293 et s.

⁶⁸⁵ Point 36 de l'arrêt *Boterlux*.

⁶⁸⁶ Arrêt *Theodorakis*, précité, point 8.

⁶⁸⁷ Point 29 de l'arrêt *Boterlux*.

⁶⁸⁸ Au contraire, l'Avocat Général Gullman avait cité plusieurs fois la jurisprudence *Töpfer*.

politique agricole commune. Cependant, par sa jurisprudence postérieure, la Cour comble ce défaut et fait les premiers pas vers une unification des instruments de lutte contre les comportements abusifs en la matière, et pas seulement.

& III. L'arrêt *Emsland-Stärke*⁶⁸⁹

Par l'arrêt *Emsland-Stärke*, la Cour de Justice indique pour la première fois de manière claire les circonstances dans lesquelles un abus de droit peut être établi. L'arrêt est important non seulement en ce qui concerne le domaine de la politique agricole commune mais aussi en ce qui concerne l'abus de droit dans d'autres secteurs du droit communautaire⁶⁹⁰.

Le litige entre la société *Emsland-Stärke* et les autorités allemandes porte sur le droit de la première à des restitutions à l'exportation vers un pays tiers (Suisse) de produits à base de fécule et d'amidon. Le remboursement des restitutions octroyées a été réclamé au motif que les marchandises avaient été réexportées vers l'Allemagne et l'Italie. La Cour de Justice est invitée à se prononcer sur l'interprétation des dispositions combinées de l'article 10 (1)⁶⁹¹ et de l'article 20 (2-6)⁶⁹² du règlement n° 2730/79 portant modalités communes d'application du

⁶⁸⁹ Arrêt CJCE, *Emsland-Stärke GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, 14 décembre 2000, Aff. C-110/99, Rec., p. I-11569. Voir commentaires sur cet arrêt : M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, *op. cit.*, pp. 134 – 139, D. WEBER, « Abuse of Law. European Court of Justice, 14 December 2000, Case C-110/99, *Emsland-Stärke* », *LIEI*, 2004, n° 31, pp. 43 – 55.

⁶⁹⁰ D. WEBER, « Abuse of Law. European Court of Justice, 14 December 2000, Case C-110/99, *Emsland-Stärke* », *op. cit.*, p. 43.

⁶⁹¹ «Le paiement de la restitution différenciée ou non différenciée est subordonné, en sus de la condition que le produit ait quitté le territoire géographique de la Communauté, à la condition que le produit ait été, sauf s'il a péri en cours de transport par suite d'un cas de force majeure, importé dans un pays tiers et, le cas échéant, dans un pays tiers déterminé dans les délais visés à l'article 31:

a) lorsque des doutes sérieux existent quant à la destination réelle du produit,

ou

b) lorsque le produit est susceptible d'être réintroduit dans la Communauté par suite de la différence entre le montant de la restitution applicable au produit exporté et le montant des droits à l'importation applicables à un produit identique le jour d'accomplissement des formalités douanières d'exportation.

Les dispositions de l'article 20, paragraphes 2 à 6, sont applicables dans les cas visés à l'alinéa précédent.

En outre, les services compétents des États membres peuvent exiger des modes de preuve supplémentaires de nature à démontrer à la satisfaction des autorités compétentes que le produit a été effectivement mis sur le marché du pays tiers d'importation.»

⁶⁹² «2. Le produit est considéré comme importé lorsque les formalités douanières de mise à la consommation dans le pays tiers ont été accomplies.

3. La preuve de l'accomplissement de ces formalités est apportée:

a) par la production du document douanier ou de sa copie ou photocopie certifiées conformes soit par l'organisme qui a visé le document original, soit par les services officiels, du pays tiers concerné, soit par les services officiels d'un des États membres,

ou

b) par la production du 'certificat de dédouanement' établi sur un formulaire conforme au modèle figurant à l'annexe II, qui doit être rempli dans une ou plusieurs langues officielles de la Communauté et une langue en usage dans le pays tiers concerné,

ou

c) par la production de tout autre document visé par les services douaniers du pays tiers concerné, comportant l'identification des produits et démontrant que ceux-ci ont été mis à la consommation dans ce pays tiers.

4. Toutefois, si aucun des documents visés au paragraphe 3 ne peut être produit par suite de circonstances indépendantes de la volonté de l'exportateur ou s'ils sont considérés comme insuffisants, la preuve de l'accomplissement des formalités douanières de mise à la consommation peut être considérée comme apportée par la production de l'un ou plusieurs des documents suivants:

a) à g) ...

régime des restitutions à l'exportation pour les produits agricoles⁶⁹³, pour savoir si ces dispositions demandent que l'exportateur soit déchu de son droit au paiement de la restitution en cas de réimportation des produits, et si l'existence des liens de nature personnelle et économique entre l'acheteur établi dans l'État tiers et l'entreprise à laquelle les produits sont revendus peut avoir une influence sur la réponse à donner.

Avant d'entrer dans l'analyse des Conclusions de l'Avocat Général Alber, présentées le 16 mai 2000, il est utile d'exposer certains arguments invoqués par les parties au litige et par la Commission. D'une part, la Commission⁶⁹⁴ adopte une approche très courageuse et affirme que les circonstances de l'affaire exigent qu'elle soit analysée « *sous l'angle de l'abus de droit* ». Un premier argument invoqué vise l'article 4 (3)⁶⁹⁵ du règlement n° 2988/95 du Conseil du 18 décembre 1995 relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes⁶⁹⁶. Même si cette réglementation n'était pas en vigueur au moment des faits de l'affaire, la Commission considère qu'elle « *n'est que l'expression d'un principe général de droit déjà en vigueur dans l'ordre juridique communautaire* ». Par la suite, deux arguments complémentaires sont évoqués : l'existence de ce principe dans les ordres juridiques de la quasi-totalité des États membres, d'une part, et son application dans la jurisprudence de la Cour de Justice⁶⁹⁷. Ensuite, la Commission met en exergue les trois éléments constitutifs de l'abus de droit. Il s'agit, en premier lieu, d'un élément objectif, c'est-à-dire la preuve que les conditions d'octroi d'une prestation ont été créées artificiellement. Le deuxième élément est de nature subjective et consiste dans le fait de réaliser l'opération essentiellement pour obtenir un avantage financier incompatible avec l'objectif de la réglementation communautaire. En troisième lieu, il s'agit de l'élément de droit procédural relatif à la charge de la preuve. L'appréciation de ces éléments incombe à la juridiction nationale. La Commission finit son argumentation par la conclusion que, « *en vertu du principe juridique de l'abus de droit en vigueur dans le droit communautaire, des avantages financiers ne sont pas accordés ou, le cas échéant, sont retirés rétroactivement s'il est prouvé que les opérations commerciales en cause ont pour but d'obtenir un avantage qui est incompatible avec les objectifs des règles communautaires applicables, en ce sens que les conditions d'obtention de cet avantage ont été créés*

5. En outre, l'exportateur est tenu de présenter dans tous les cas d'application du présent article une copie ou photocopie du document de transport.

6. La Commission, selon la procédure prévue à l'article 38 du règlement n° 136/66/CEE et aux articles correspondants des autres règlements portant organisation commune des marchés, peut prévoir, dans certains cas spécifiques à déterminer, que la preuve de l'importation visée aux paragraphes 3 et 4 soit considérée comme apportée au moyen d'un document particulier ou de toute autre manière».

⁶⁹³ JOCE n° L 317, 12.12.1979, pp. 1–16.

⁶⁹⁴ Voir les Conclusions de l'Avocat Général Alber, points 39 à 45.

⁶⁹⁵ « *Les actes pour lesquels il est établi qu'ils ont pour but d'obtenir un avantage contraire aux objectifs du droit communautaire applicable en l'espèce, en créant artificiellement les conditions requises pour l'obtention de cet avantage, ont pour conséquence, selon le cas, soit la non-obtention de l'avantage, soit son retrait.* »

⁶⁹⁶ JOCE n° L 312, 23.12.1995, pp. 1 – 4.

⁶⁹⁷ Les arrêts *Cremer*, *Töpfer*, *General Milk Products*, et les conclusions de l'Avocat Général Tesauro dans l'affaire *Pafitis* sont cités par la Commission.

artificiellement ». D'autre part, Emsland-Stärke a objecté aux arguments de la Commission concernant l'abus de droit. La société considérait que le principe de légalité s'opposait au remboursement des restitutions à l'exportation dès lors que le principe d'interdiction de l'abus de droit ne constituait pas une base juridique « *claire et non ambiguë* ». Même si on décidait fonder le remboursement sur des principes généraux du droit, Emsland-Stärke soutenait qu'elle n'était pas le bénéficiaire du droit à la restitution dès lors que la restitution en cause avait été répercutée sur le prix des produits exportés et qu'il n'y avait pas d'enrichissement de sa part.

Face à des arguments tellement développés sur la question de l'abus de droit, l'Avocat Général Alber était obligé à répondre en leur allouant une partie importante des conclusions sur l'affaire. Après avoir reconnu qu'il n'y avait aucune disposition communautaire qui pourrait être utilisée comme base juridique du remboursement des restitutions octroyées, l'Avocat Général analyse la possibilité qu'une telle obligation de remboursement soit fondée sur des principes généraux du droit comme l'interdiction de l'abus de droit⁶⁹⁸. Après rappeler la jurisprudence communautaire sur l'abus de droit dans le domaine des libertés fondamentales⁶⁹⁹, l'Avocat Général met en évidence un cas particulier d'abus de droit, à savoir, celui de la cession de créances en cas de collusion entre le cédant et le cessionnaire au détriment d'autres créanciers⁷⁰⁰, ce qui ressemble à une fraude aux droits des tiers, par comparaison avec la fraude à la loi, qui apparaît dans les arrêts précités. Comme limite générale de l'application des clauses nationales relatives à l'abus de droit, l'Avocat Général rappelle la jurisprudence *Pafitis*, précitée, pour mettre en exergue que ces clauses ne doivent pas porter atteinte « *au plein effet et à l'application uniforme des dispositions communautaires dans des États membres* ».

Dans le cadre de la politique agricole commune, l'apparition du phénomène du « *trafic du carrousel* » et des « *importations détournées* » est très vite devenue « *un risque latent des régimes de compensation financière* »⁷⁰¹. L'Avocat Général développe par la suite les critères d'appréciation de l'abus, parmi lesquels celui du but des dispositions communautaires en cause semble avoir plus de poids. Ainsi, la jurisprudence *Töpfer* avait admis qu'un opérateur économique peut se voir refuser le paiement de montants compensatoires au motif que le but d'une compensation de prix n'avait pas été atteint en ce qui concerne la transaction en cause et qu'une condition

⁶⁹⁸ Point 63 des conclusions.

⁶⁹⁹ Les arrêts *Leclerc*, *Lair*, *Van Binsbergen* et *TV 10* ont été cités par l'Avocat Général.

⁷⁰⁰ Le précédent jurisprudentiel invoqué est l'arrêt CJCE, *DEKA Getreideprodukte GmbH & Co. KG, i.L. (anciennement Firma Contifex Getreideprodukte GmbH & Co. KG) contre Communauté économique européenne*, 1er mars 1983, Aff. 250/78, Rec., p. 421, où la cession avait été qualifiée d'« *abus manifeste à l'égard des autorités communautaires* » (point 16).

⁷⁰¹ Point 67 des conclusions. Les arrêts *Vonk*, *Töpfer*, *Boterlux*, *General Milk Products* et *Cremer* sont cités.

essentielle pour l'application de montants compensatoires n'avait donc pas été réalisée⁷⁰². Le but des restitutions est de couvrir la différence entre les prix des produits dans la Communauté et les prix dans le commerce international⁷⁰³, et il serait mis en échec si les marchandises étaient réintroduites dans la Communauté immédiatement après leur exportation⁷⁰⁴. À l'élément objectif de la réimportation, qui n'est pas suffisant en lui-même et ne détermine qu'un « commencement de suspicion » d'une utilisation abusive⁷⁰⁵, il faut ajouter l'élément subjectif, condition *sine qua non* pour l'existence d'un abus, consistant en « l'intention, dans le chef de l'exportateur qui en a bénéficié [...] de détourner de leur but les restitutions à l'exportation ». La bonne foi de l'exportateur exclut sa responsabilité. Il faut « qu'il y ait eu collusion entre la demanderesse et l'acheteur des marchandises » et « qu'il s'agisse d'une opération fictive aux fins de l'utilisation abusive des règles communautaires »⁷⁰⁶. L'Avocat Général conclut donc que la condition d'un droit à remboursement fondé sur le principe général de l'interdiction de l'abus de droit, principe commun aux États membres et consacré dans l'ordre juridique communautaire, est la « création intentionnelle de circonstances contraires aux objectifs de la réglementation communautaire afin de réunir les conditions formelles de l'obtention d'un avantage »⁷⁰⁷, affirmation qui nous permet de considérer que l'Avocat Général se penche plutôt vers une conception subjective de l'abus de droit⁷⁰⁸.

La Cour de Justice, face au développement fait tant par la Commission que par l'Avocat Général Alber, a dû analyser cet aspect, même si la question préjudicielle ne l'invoquait pas. Le juge communautaire constate que toutes les conditions formelles d'octroi des restitutions à l'exportation étaient remplies, mais il estime nécessaire de s'interroger sur le point de savoir si les circonstances concrètes de l'opération en cause pourraient « laisser supposer une pratique abusive, c'est-à-dire une sortie du territoire communautaire purement formelle réalisée dans le seul but de bénéficier des restitutions à l'exportation »⁷⁰⁹. La Cour rappelle sa jurisprudence sur l'abus de droit en matière de restitutions à l'importation (*Cremer, General Milk Products*) pour établir que « la constatation qu'il s'agit d'une pratique abusive nécessite, d'une part, un ensemble de circonstances objectives d'où il résulte que, malgré un respect formel des conditions prévues par la réglementation communautaire, l'objectif poursuivi par cette réglementation n'a pas été atteint »⁷¹⁰, et, d'autre part, « un élément subjectif consistant en la volonté d'obtenir un avantage résultant de la réglementation communautaire

⁷⁰² Point 69 des conclusions.

⁷⁰³ Point 70 des conclusions.

⁷⁰⁴ Point 71 des conclusions.

⁷⁰⁵ Point 73 des conclusions.

⁷⁰⁶ Point 74 des conclusions.

⁷⁰⁷ Point 81 des conclusions.

⁷⁰⁸ Voir aussi le point 89 des conclusions, où l'Avocat Général insiste sur le fait que la bonne foi exclut que les conditions du remboursement d'une restitution à l'exportation soient remplies. Pourtant il serait différent dans le cas d'une « collusion dolosive des partenaires commerciaux à l'opération d'exportation ».

⁷⁰⁹ Point 50 de l'arrêt *Emsland-Stärke*.

⁷¹⁰ Point 52 de l'arrêt *Emsland-Stärke*.

en créant artificiellement les conditions requises pour son obtention»⁷¹¹. L'élément subjectif peut être établi notamment par la preuve d'une collusion entre l'exportateur communautaire qui bénéficie des restitutions et l'importateur de la marchandise dans le pays tiers.

À différence de la Commission et de l'Avocat Général Alber, la Cour de Justice ne consacre pas l'existence d'un principe général d'interdiction de l'abus de droit et se limite à rappeler que l'application des règlements communautaires ne saurait être étendue jusqu'à couvrir des pratiques abusives d'opérateurs économiques⁷¹².

En ce qui concerne l'argument invoqué par la Commission relatif à la possible violation du principe de légalité, la Cour souligne que l'obligation de remboursement des restitutions en cas de pratique abusive n'est pas une sanction, pour laquelle une base juridique « claire et non ambiguë » serait nécessaire, mais « la simple conséquence » de la constatation que les conditions d'un abus de droit ont été remplies⁷¹³.

En ce qui concerne la deuxième question préjudicielle, la Cour constate que les liens de nature personnelle et économique entre l'acheteur de la marchandise dans l'État tiers et l'entreprise également établie dans cet État et qui avait acheté la marchandise pour après l'introduire dans la Communauté peut constituer un élément pertinent à prendre en considération par la juridiction nationale afin d'établir le caractère artificiel de l'opération en cause⁷¹⁴. Si Emsland avait invoqué qu'elle ne pouvait pas être le destinataire de la demande de remboursement des restitutions au motif que ce n'était pas elle qui avait réimporté la marchandise, la Cour observe que c'est l'exportateur qui a bénéficié de l'avantage indu consistant en l'octroi des restitutions dès lors que c'est lui qui est à l'origine de l'« opération artificielle »⁷¹⁵.

Par l'arrêt *Emsland*, la Cour de Justice condamne à nouveau les opérations frauduleuses d'exportation/importation dont le but est de remplir formellement les conditions imposées par la législation communautaire et ainsi bénéficier des avantages financiers. Même si elle n'invoque pas la jurisprudence en matière de montants compensatoires, tout son raisonnement juridique laisse sous-entendre la mise en place d'un régime uniforme de la notion d'abus, non seulement dans le cadre de la politique agricole commune, mais dans tous les secteurs du droit communautaire. Ces principes seront confirmés par la jurisprudence postérieure.

⁷¹¹ Point 53 de l'arrêt *Emsland-Stärke*.

⁷¹² Point 51 de l'arrêt *Emsland-Stärke*.

⁷¹³ Point 56 de l'arrêt *Emsland-Stärke*.

⁷¹⁴ Point 58 de l'arrêt *Emsland-Stärke*.

⁷¹⁵ *Ibidem*.

& IV. L'arrêt *Eichsfelder*⁷¹⁶

La société allemande Eichsfelder demande des restitutions à l'exportation pour avoir exporté vers la Pologne (État tiers à l'époque) de la viande bovine, tous les droits de douane ayant été payés. Après avoir fait l'objet d'une transformation irréversible (la viande a été cuite et transformée en roulades), la marchandise a été réintroduite en Allemagne. Les autorités allemandes contestant le droit d'Eichsfelder à des restitutions à l'importation, la juridiction nationale invite la Cour à se prononcer sur la question de savoir s'il s'agit d'une véritable importation dans l'État tiers, au sens de l'article 17 (3) du règlement n° 3665/87⁷¹⁷.

L'Avocat Général Ruiz-Jarabo Colomer, dans ses conclusions présentées le 25 mai 2005, se penche premièrement sur la « *controverse légitime* » portant sur le fait de savoir si la marchandise avait été mise en pratique ou pas. Si les autorités allemandes d'administration des douanes considéraient qu'il s'agissait d'un « *usage frauduleux* » du système de restitutions, en vertu de l'article 4 (3) du règlement n° 2988/95, la Commission invoquait la jurisprudence *Emsland* pour mettre en exergue qu'il s'agissait d'un abus de droit « *à la lumière* » de l'article 17 (3) du règlement n° 3665/87, dans la mesure où les particuliers « *auraient agi de concert pour occulter l'existence d'une opération de perfectionnement passif et pour bénéficier ainsi d'une restitution différenciée à l'exportation* ». Face à ces arguments, l'Avocat Général considère que la réimportation relève d'un « *risque commercial ordinaire* » et que la bonne foi ne peut pas être invoquée⁷¹⁸. Dans ce contexte, il n'est pas nécessaire d'examiner le caractère frauduleux de l'opération. Il convient de considérer directement que les conditions pour l'octroi des restitutions à l'exportation ne sont pas remplies⁷¹⁹. La jurisprudence *Roquette Frères*⁷²⁰, qui avait introduit la possibilité de prendre en compte une éventuelle transformation substantielle de la

⁷¹⁶ Arrêt CJCE, *Eichsfelder Schlachtbetrieb GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, 21 juillet 2005, Aff. C-515/03, Rec., p. I-7355.

⁷¹⁷ Règlement (CEE) n° 3665/87 de la Commission du 27 novembre 1987 portant modalités communes d'application du régime des restitutions à l'exportation pour les produits agricoles, JOCE n° L 351, 14.12.1987, pp. 1–31. Article 17 dispose :

« 1. Le produit doit avoir été importé en l'état dans le pays tiers ou dans l'un des pays tiers pour lequel la restitution est prévue dans les douze mois suivant la date d'acceptation de la déclaration d'exportation; toutefois, des délais supplémentaires peuvent être accordés dans les conditions prévues à l'article 47.

[...]

3. Le produit est considéré comme importé lorsque les formalités douanières de mise à la consommation dans le pays tiers ont été accomplies. »

⁷¹⁸ Point 47 des conclusions.

⁷¹⁹ Le paiement des droits à l'importation constitue une condition essentielle pour l'accomplissement des formalités douanières. Dans l'affaire, ces droits ayant été remboursés, les conditions pour l'octroi d'une restitution ne sont pas remplies (points 44-46).

⁷²⁰ Arrêt CJCE, *Roquette Frères SA et Office national interprofessionnel des céréales (ONIC)*, 17 octobre 2000, Aff. C-114/99, Rec., p. I-8823. Dans l'affaire il s'agissait des exportations de sirop de glucose vers un pays tiers, substance utilisée par la suite pour la fabrication de pénicilline réexportée vers la Communauté.

marchandise n'est pas applicable à l'espèce⁷²¹. Si l'affaire *Eichsfelder* avait comme objet l'accomplissement ou non de l'exigence de l'article 17 (3) du règlement n° 3665/87, l'affaire *Roquette Frères* se limitait à déterminer si, dès lors qu'il existe une modification substantielle, le paiement de la restitution pourrait être subordonné, au titre de l'article 5 du même règlement⁷²², à la condition de fournir des preuves supplémentaires établissant la commercialisation du produit dans le pays tiers⁷²³.

La Cour de Justice commence par reconnaître la portée de l'arrêt *Roquette Frères*, en soulignant que ne constituerait pas un abus le fait de réintroduire dans la Communauté un produit précédemment exporté, si celui-ci a subi une transformation « *substantielle et non réversible* » comportant sa disparition et la création d'un nouveau produit relevant d'une autre position tarifaire⁷²⁴. Face à l'argument des autorités allemandes selon lequel les formalités douanières en Pologne n'avaient pas eu lieu dès lors qu'il y avait eu un remboursement des droits à l'importation, et que donc la marchandise n'avait pas été mise en circulation, la Cour statue que la circonstance du remboursement des droits à l'importation n'est pas pertinente, au cas contraire, le principe de sécurité juridique serait méconnu. La marchandise doit être considérée comme ayant été mise en consommation dans le pays tiers, même si les droits à l'importation n'ont pas été acquittés, dès lors qu'elle a fait l'objet d'une modification substantielle dans ce pays. Toutefois, la réponse serait différente dans le cas où l'exportateur aurait participé à une pratique abusive. La Cour invoque l'article 4 (3) du règlement n° 2988/95⁷²⁵ et la jurisprudence *Emsland*, pour rappeler les composantes objective et subjective de l'abus de droit en droit communautaire⁷²⁶. Le principe d'interdiction des pratiques abusives

⁷²¹ Points 49 et s. des conclusions.

⁷²² « Article 5

1. Le paiement de la restitution différenciée ou non différenciée est subordonné, en sus de la condition que le produit ait quitté le territoire douanier de la Communauté, à la condition que le produit ait été, sauf s'il a péri en cours de transport par suite d'un cas de force majeure, importé dans un pays tiers et, le cas échéant, dans un pays tiers déterminé dans les douze mois suivant la date d'acceptation de la déclaration d'exportation :

a) lorsque des doutes sérieux existent quant à la destination réelle du produit ou b) lorsque le produit est susceptible d'être réintroduit dans la Communauté par suite de la différence entre le montant de la restitution applicable au produit exporté et le montant des droits à l'importation applicables à un produit identique à la date d'acceptation de la déclaration d'exportation.

Toutefois, des délais supplémentaires peuvent être accordés dans les conditions prévues à l'article 47.

Les dispositions de l'article 17 paragraphe 3 et de l'article 18 sont applicables dans les cas visés du premier alinéa.

En outre, les services compétents des États membres peuvent exiger des preuves supplémentaires de nature à démontrer à la satisfaction des autorités compétentes que le produit a été effectivement mis en l'état, sur le marché du pays tiers d'importation. »

⁷²³ Point 57 des conclusions.

⁷²⁴ Point 31 de l'arrêt *Eichsfelder*.

⁷²⁵ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, op. cit., p. 139 et s, considère que cet article constitue « une tentative de systématisation organique en la matière », car il couvre ce que la jurisprudence communautaire entend par « pratiques abusives » à partir de l'arrêt *Cremer* (dans le même sens se prononce D. TRIANTAFYLLOU, « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », op. cit., p. 628). M. Gestri met en évidence que la proposition de règlement présentée par la Commission le 7 juillet 1994 était substantiellement différente dans le sens où elle prévoyait une notion-cadre d'« irrégularités » divisée en « fraudes » (art. 2), « abus de la réglementation communautaire » (art. 3) et autres « violations » (art. 4). [...], JOUE n° C 216, 6.08.1994, p. 11.

⁷²⁶ Points 38 et 39 de l'arrêt *Eichsfelder*.

aurait ici une double base juridique, tant législative comme jurisprudentielle, et constituerait l'unique cas de justification du remboursement des restitutions à l'exportation.

L'apport de l'arrêt *Eichsfelder* est double. D'une part, il s'agit d'une confirmation de l'importante jurisprudence *Emsland*. D'autre part, l'arrêt *Eichsfelder* introduit un élément important quant à l'appréciation de l'abus de droit dans le cadre des restitutions à l'importation/exportation. Il s'agit de l'élément de la modification substantielle et non réversible du produit précédemment exporté.

Chapitre III. *L'abus de droit et la fiscalité indirecte*

Le parallélisme intégration positive – intégration négative se reflète de manière évidente dans le domaine du droit fiscal. Si d'une part, l'intégration dans le domaine fiscal a été faite par une intégration négative, en se basant sur la jurisprudence communautaire en matière de libre circulation, d'autre part, elle s'est réalisée à travers l'harmonisation des législations. L'analyse du phénomène de contournement du droit communautaire doit prendre en compte nécessairement ces deux aspects. L'analyse de l'abus de droit dans le domaine de la TVA prendra en compte le volet de l'harmonisation.

S'il est vrai que la législation communautaire sur la TVA contient certaines dispositions portant sur la lutte contre l'évasion fiscale, les principaux progrès ont été réalisés par la Cour de Justice. Pourtant, avant de commencer l'analyse de la jurisprudence communautaire, il est utile de faire un tour de législation. Ainsi, le préambule de la sixième directive TVA⁷²⁷ mettait en évidence le fait que les États membres se réservent le droit de prendre ou maintenir des mesures particulières dérogatoires afin d'éviter certaines fraudes ou évasions fiscales (considérant n° 17⁷²⁸).

Les références à la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales sont multiples⁷²⁹. La plus importante est celle contenue dans l'article 27 (1) prévoyant que le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, peut autoriser à un État membre à introduire des mesures particulières dérogatoires à la directive en cause, afin d'éviter certaines fraudes ou évasions fiscales. Cet article a été modifié par la directive n° 2004/7/CE du Conseil du 20 janvier 2004⁷³⁰, et maintenant dispose que l'État membre qui souhaite prendre ces mesures dérogatoires doit envoyer une demande à la Commission et lui fournir toutes les données nécessaires. Il s'agit d'une procédure d'autorisation qui termine par une décision du Conseil octroyant la dérogation. Cette procédure a été reprise par la directive n° 2006/112/CE dans son article 395⁷³¹. Ces mesures ayant reçu l'autorisation du Conseil sont des mesures

⁷²⁷ La sixième directive n° 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires - Système commun de taxe sur la valeur ajoutée: assiette uniforme, JOCE n° L 145, 13.6.1977, pp. 1-40. Cette directive a été abrogée par la Directive n° 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, JOCE n° L 347, 11.12.2006, pp. 1-118.

⁷²⁸ Actuellement considérant n° 59 de la Directive n° 2006/112/CE.

⁷²⁹ Voir par exemple les articles 13 (A) (1), 13 (B) (1), 14 (1), 15 (1), 22 (8), 27 (1). Les articles 13 (A) (1), 13 (B) (1), 14 (1), 15 (1) énoncent les situations dans lesquelles les États membres octroient des exonérations au paiement de la TVA. Les conditions pour un tel octroi seront établies par les États membres et devraient empêcher l'abus et la fraude fiscale.

⁷³⁰ JOUE n° L 27, 30.01.2004, pp. 44 – 45.

⁷³¹ La directive n° 2006/112/CE permet aux États membres de prendre des mesures pour combattre la fraude et l'évasion fiscale dans différentes situations prévues aux articles 11, 19, 80, 131, 158, 273, 343, 394.

spécifiques que caractérisent des situations spécifiques. Donc il ne s'agit pas de la consécration d'un principe général⁷³².

En 2006 la sixième directive TVA avait déjà fait l'objet d'une autre importante modification par l'intermédiaire de la directive n° 2006/69/CE du Conseil du 24 juillet 2006⁷³³. Ainsi, ont été abrogées certaines mesures dérogatoires autorisées par le Conseil, mais ont été introduites d'autres références expresses quant à la compétence des États membres de prendre toute mesure utile pour éviter la fraude et l'évasion fiscales⁷³⁴.

La Communication de la Commission du 31 mai 2006 sur la nécessité de développer une stratégie coordonnée en vue d'améliorer la lutte contre la fraude fiscale⁷³⁵ met en évidence que la fraude fiscale est une entrave au bon fonctionnement du marché intérieur dans la mesure où elle entraîne des distorsions de concurrence entre les contribuables. D'autre part, les libertés de circulation des personnes, capitaux et services rendent les États membres de moins en moins capables de combattre la fraude fiscale de façon isolée. Par voie de conséquence, la Commission lance un débat sur les mesures à entreprendre pour, parmi d'autres objectifs, améliorer le fonctionnement opérationnel de la coopération administrative entre les États membres et amender le système commun de la TVA et des accises.

Dans le domaine de la TVA la notion d'abus de droit est intervenue avec beaucoup de vivacité. Par l'arrêt *Commission c. Belgique*⁷³⁶, la Cour de Justice établissait déjà que les mesures de nature à éviter des fraudes ou des évasions fiscales ne peuvent en principe déroger au respect de la base d'imposition de la TVA que dans des limites strictement nécessaires pour atteindre cet objectif spécifique. Par voie de conséquence, une disposition nationale qui modifie la base d'imposition de la TVA en excluant, de manière générale et systématique, du remboursement de la TVA toutes les transactions dont la contrepartie n'est pas monétaire, sans aucune distinction, est contraire au droit communautaire⁷³⁷. Nous analyserons principalement l'affaire *Halifax*⁷³⁸, à l'occasion de laquelle la Cour a donné le plus important arrêt sur la manifestation de l'abus de droit dans le domaine de la TVA (Section I). Par la

⁷³² D. WAELBROECK, « La notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire », *op. cit.*, p. 609.

⁷³³ La directive n° 2006/69/CE du Conseil du 24 juillet 2006 modifiant la directive 77/388/CEE en ce qui concerne certaines mesures visant à simplifier la perception de la taxe sur la valeur ajoutée et à lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, et abrogeant certaines décisions accordant des dérogations, JOUE n° L 221, 12.08.2006, pp. 9 – 14.

⁷³⁴ Voir par exemple nouvel alinéa de l'article 4 (4).

⁷³⁵ COM(2006) 254 final.

⁷³⁶ Arrêt CJCE, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique*, 10 avril 1984, Aff. 324/82, Rec., p. 1861, points 29 à 32.

⁷³⁷ Arrêt CJCE, *Goldsmiths (Jewellers) Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, 3 juillet 1997, Aff. C-330/95, Rec., p. I-3801, point 21.

⁷³⁸ Arrêt CJCE, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd et County Wide Property Investments Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, 21 février 2006, Aff. C-255/02, Rec., p. I-1609.

suite, nous mettrons en évidence une forme particulière de pratique abusive, la fraude de type « *carousel* » (Section II).

Section I. Les pratiques abusives

Dans les affaires *Halifax* et *University of Huddersfield*⁷³⁹, il est en cause le droit à déduction de la TVA. Un établissement bancaire et une université anglaise avaient demandé à obtenir le remboursement de la TVA acquittée sur des travaux de construction réalisés pour leur compte. Les deux, étant exonérés en quasi-totalité de la TVA, ont élaboré des plans leur permettant de récupérer la TVA payée en amont. Dans ce sens, l'établissement bancaire avait interposé des sociétés de son groupe qui sous-traitent les opérations de construction soumises à TVA dont elles demandaient le remboursement. Le fisc anglais a cependant refusé d'octroyer le remboursement en considérant que les opérations ne pouvaient pas relever de la sixième directive. La question préjudicielle porte sur le point de savoir si certaines opérations réalisées par les opérateurs économiques en cause dans le cadre d'un plan de réduction de leur charge fiscale peuvent être considérées comme des activités économiques de livraison de biens ou de prestation de services au sens de la sixième directive TVA, lorsqu'elles sont effectuées dans le seul but d'obtenir un avantage fiscal, sans autre objectif économique, et sur l'éventuelle applicabilité de la doctrine de l'« *abus de droit* » en matière de TVA⁷⁴⁰.

& I. Les conclusions de l'Avocat Général Poiares Maduro⁷⁴¹

Les Conclusions de l'Avocat Général Poiares Maduro sont impressionnantes par leur complexité et la contribution qu'elles apportent à la théorie de l'abus de droit. L'Avocat Général commence par considérer que, même si les opérations impliquées semblent des

⁷³⁹ Arrêt CJCE, *University of Huddersfield Higher Education Corporation c. Commissioners of Customs & Excise*, 21 février 2006, Aff. C-223/03, Rec., p. I-1751. Voir commentaires de ces deux arrêts par : A. COLONNA D'ISTRIA, « TVA et abus de droit », *Option Finance*, 6 mars 2006, n° 873, p. 31 ; R.P. HARRIS, « Abus de droit in the field of Value Added Taxation », *British Tax Review*, 2003, pp. 1 – 24 ; F. MARIATTE, « Taxe sur la valeur ajoutée et abus de droit », *Revue Europe*, avril 2006, commentaire n° 128, pp. 27 – 28 ; Y. SÉRANDOUR, « L'abus de droit selon la CJCE. À propos de l'arrêt Halifax (CJCE, 21 févr. 2006, Aff. C-255/02) », *DF*, 20 avril 2006, n° 16, pp. 16 et s.. Le même jour, le 21 février 2006, la Cour de Justice des Communautés a adopté l'arrêt CJCE, *BUPA Hospitals Ltd, Goldsborough Developments Ltd, contre Commissioners of Customs & Excise*, Aff. C-419/02, Rec., p. I-1685. Les conclusions de l'Avocat Général M. Poiares Maduro, présentées le 7 avril 2005 sont communes à ces trois affaires. Nous n'insistons pas sur l'arrêt *BUPA Hospitals* parce que la Cour ne s'est pas prononcée sur la question de l'abus de droit, même s'il existait une question préjudicielle portant précisément sur cet aspect.

⁷⁴⁰ La Cour avait été déjà interrogée sur l'éventuelle applicabilité du principe d'abus de droit en matière de la TVA, mais sans arriver à se prononcer à ce sujet dans l'affaire CJCE, *RAL (Channel Islands) Ltd, RAL Ltd, RAL Services Ltd, RAL Machines Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, 12 mai 2005, Aff. C-452/03, Rec., p. I-3947.

⁷⁴¹ Voir commentaire des conclusions par V. RUIZ ALMENDRAL, « Tax avoidance and the European Court of Justice : what is at stake for european general anti-avoidance rules », *Intertax*, 2005, vol. 33, pp. 579 – 583.

simples instruments ou des transactions indirectes pour mettre en œuvre des plans complexes d'évasion fiscale, cette dernière demeure une activité extérieure aux activités commerciales exercées objectivement. Le fait qu'une livraison ou qu'une prestation soit effectuée dans le seul but d'obtenir un avantage fiscal est sans importance⁷⁴².

La seconde partie des conclusions est plus intéressante. Intitulée de manière très suggestive « *L'abus de droit* », cette partie constitue une étape importante dans l'évolution de la notion d'abus de droit. En analysant la jurisprudence de la Cour dans différents domaines, comme la sécurité sociale, la politique agricole commune ou le droit des sociétés, l'Avocat Général relève l'apparition d'*« un certain nombre d'éléments convergents en ce qui concerne la notion d'abus en droit communautaire »*⁷⁴³ : « *il n'était pas permis de contourner indûment les règles d'un État membre en exploitant de telles libertés fondamentales* », « *des bénéfices ne sauraient être acquis par un comportement abusif ou frauduleux* », « *un actionnaire ne devait pas être autorisé à se prévaloir d'une disposition de droit communautaire dans le but d'obtenir des avantages illégitimes et manifestement étrangers à l'objectif poursuivi par la disposition en cause* », « *un État membre est en droit de prendre des mesures destinées à empêcher que, à la faveur des facilités créées en vertu du Traité, certaines de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale et que les justiciables ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir des normes communautaires* ». Sur la base de la jurisprudence de la Cour de Justice, l'Avocat Général déduit l'existence d'un principe général de droit communautaire, d'une doctrine communautaire de l'abus⁷⁴⁴.

L'Avocat Général considère que le système commun de TVA n'est pas non plus à l'abri du risque, inhérent à tout système juridique, que soient menées des actions qui, tout en se conformant formellement à une disposition juridique, constituent une exploitation abusive des possibilités ouvertes par cette disposition⁷⁴⁵. Par voie de conséquence, l'interdiction de faire un usage abusif des dispositions communautaires est également applicable à la sixième directive : « *la lutte contre la fraude, l'évasion fiscale et les abus éventuels est un objectif reconnu et encouragé par la sixième directive* »⁷⁴⁶. Cependant l'application de ce principe doit se faire à la lumière des caractéristiques et des principes spéciaux du système commun de TVA. Ainsi, il faut prendre en considération les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des contribuables. Les contribuables ont le droit de choisir la structure de leur activité de manière à limiter leur dette fiscale et la liberté de choisir la voie la moins taxée pour exercer

⁷⁴² Point 48 des conclusions.

⁷⁴³ Point 62 des conclusions.

⁷⁴⁴ Nous allons développer les arguments de l'Avocat Général Poiras Maduro pour arriver à la consécration d'un tel principe, dans la Deuxième Partie, pp. 367 et s..

⁷⁴⁵ Point 73 des conclusions.

⁷⁴⁶ Point 74 des conclusions. Il s'agit d'un rappel de la jurisprudence CJCE, *Gemeente Leusden et Holin Groep BV cs c.Staatssecretaris van Financiën*, 29 avril 2004, Aff. Jtes C-487/01 et C-7/02, Rec., p. I-5337, point 76.

une activité afin de minimiser les coûts⁷⁴⁷. Cependant il pourrait s'agir d'une pratique abusive dans le cas où certaines conditions seraient remplies.

L'Avocat Général considère ainsi que la notion communautaire de pratiques abusives fonctionne sur la base d'un critère comprenant deux éléments. L'élément subjectif vise à déterminer les finalités des activités en cause. Cette finalité, qui ne doit pas être confondue avec les intentions des participants à ces activités, doit être objectivement déterminée sur la base de l'absence de toute autre justification économique de l'activité que celle de créer un avantage fiscal (l'élément d'autonomie ou le *business purpose test*⁷⁴⁸). L'autre élément suppose que le but et les finalités des normes communautaires qui seraient invoquées de façon abusive soient comparés à la finalité et aux résultats atteints par l'activité en cause⁷⁴⁹. Il incomberait aux juridictions nationales d'établir si la reconnaissance du droit à déduction ou à récupération de la TVA payée en amont en faveur des assujettis qui le revendiquent est compatible avec les objectifs et finalités poursuivis par les dispositions pertinentes de la sixième directive⁷⁵⁰.

& II. Les arrêts *Halifax* et *University of Huddersfield*

Premièrement, la Cour rappelle que les notions de livraison de biens et de prestation de services, qui définissent les opérations taxables en vertu de la sixième directive, ont un caractère objectif et elles s'appliquent indépendamment des buts et des résultats des opérations concernées. Les opérations doivent répondre aux critères objectifs sur lesquels sont fondées les différentes notions de livraison de biens et de prestation de services⁷⁵¹. Ainsi « une obligation pour l'administration fiscale de procéder à des enquêtes en vue de déterminer l'intention de l'assujetti serait contraire aux objectifs du système commun de TVA »⁷⁵². Clairement ces critères ne sont pas satisfaits en cas de fraude fiscale, par exemple au moyen de fausses déclarations ou de l'établissement des factures irrégulières. Cependant la question de savoir si l'opération concernée est effectuée dans le seul but d'obtenir un avantage fiscal est sans aucune pertinence pour déterminer si elle constitue une livraison de biens ou une prestation de services et donc une activité économique⁷⁵³.

Bien que la Cour ne se réfère pas formellement à un principe général du droit communautaire d'interdiction de l'abus de droit, les deux arrêts confirment néanmoins

⁷⁴⁷ Points 83 à 86.

⁷⁴⁸ V. RUIZ ALMENDRAL, « Tax avoidance and the European Court of Justice : what is at stake for european general anti-avoidance rules », *op. cit.*, pp. 574 et s.

⁷⁴⁹ Points 87 à 91.

⁷⁵⁰ Point 95 des conclusions.

⁷⁵¹ Points 55 à 58 de l'arrêt *Halifax* et points 45 à 48 de l'arrêt *University of Huddersfield*.

⁷⁵² Point 57 de l'arrêt *Halifax* et point 49 de l'arrêt *University of Huddersfield*.

⁷⁵³ Point 59 de l'arrêt *Halifax* et point 51 de l'arrêt *University of Huddersfield*.

l'existence d'un « *principe d'interdiction de pratiques abusives* »⁷⁵⁴. Face aux différents arguments des parties et des intervenants en faveur ou en contre de l'application de ce principe au domaine de la TVA, la Cour tranche de manière expresse en faveur de l'application⁷⁵⁵, après un court rappel de la jurisprudence portant sur l'abus de droit⁷⁵⁶. De plus, « *la lutte contre la fraude, l'évasion fiscale et les abus éventuels est un objectif reconnu et encouragé par la sixième directive* »⁷⁵⁷. Par la suite, dans son arrêt *Halifax*, la Cour fait un développement remarquable sur ce qu'il faut entendre par abus de droit. L'arrêt *University of Huddersfield* se contente cependant de renvoyer, dans son point 52, au premier arrêt pour ce qui concerne les pratiques abusives.

Dans le domaine de la TVA, la constatation d'une pratique abusive exige deux éléments. D'une part, il faut que « *les opérations en cause, malgré l'application formelle des conditions prévues par les dispositions pertinentes de la sixième directive et de la législation nationale transposant cette directive, aient pour résultat l'obtention d'un avantage fiscal dont l'octroi serait contraire à l'objectif poursuivi par ces dispositions* »⁷⁵⁸. Il s'agit donc des opérations qui entrent formellement dans le champ d'application des dispositions financières mais qui sont contraires à son objectif. D'autre part, il faut que « *le but essentiel des opérations* » soit « *l'obtention d'un avantage fiscal* »⁷⁵⁹. L'interdiction de certaines opérations en tant qu'abusives n'est pas possible si elles sont susceptibles d'avoir une justification autre que la simple obtention d'avantages fiscaux. Il convient d'observer que l'objectif de l'obtention d'un avantage fiscal ne doit pas être exclusif mais seulement essentiel. La casuistique ultérieure établira la consistance du critère du caractère essentiel de l'objectif de l'opération⁷⁶⁰.

En tout cas, la Cour se limite à établir des lignes directrices, parce qu'il revient à la juridiction nationale de vérifier, conformément aux règles de droit national, pour autant que ne soit pas affectée l'efficacité du droit communautaire, si les éléments constitutifs d'une pratique abusive sont réunis dans le litige au principal⁷⁶¹. Nous soulignons l'intervention du

⁷⁵⁴ Point 70 de l'arrêt *Halifax*. Si l'Avocat Général préférait utiliser l'expression « *usage abusif des dispositions du droit communautaire* », la Cour opte pour l'expression « *pratique abusive* ».

⁷⁵⁵ *Ibidem*.

⁷⁵⁶ La Cour invoque les arrêts *Kefalas*, *Diamantis*, *Fini H*, *Cremer*, *General Milk Productions*, *Emsland-Stärke*, précités.

⁷⁵⁷ Point 71 de l'arrêt *Halifax*.

⁷⁵⁸ Point 74 de l'arrêt *Halifax*.

⁷⁵⁹ Point 75 de l'arrêt *Halifax*.

⁷⁶⁰ Il est dans l'arrêt CJCE, *Ministero dell'Economia e delle Finanze contre Part Service Srl*, 21 février 2008, Aff. C-425/06, non encore publié, que la Cour de Justice affine les critères dans le sens où la recherche d'un avantage fiscal ne doit pas constituer le but exclusif de l'opération sinon le but essentiel. Voir commentaires de cet arrêt par O. FOUQUET, « Abus de droit : les implications de la jurisprudence communautaire sur la jurisprudence nationale », *DF*, 5 juin 2008, n° 23, commentaire n° 366 ; F. HENTZGEN, « TVA : nouvel épisode de la saga Halifax », *Les Nouvelles Fiscales*, 1^{er} avril 2008, n° 999, pp. 10 – 11. Des incertitudes ont été créées avec l'arrêt CJCE, *Ampliscientifica Srl et Amplifin SpA contre Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate*, 22 mai 2008, Aff. C-162/07, non encore publié (voir commentaires *infra*, pp. 363 et s.).

⁷⁶¹ Point 76 de l'arrêt *Halifax*.

critère de l'efficacité du droit communautaire consacré antérieurement pas les affaires grecques⁷⁶² en droit des sociétés et son incidence sur les conditions de la notion d'abus de droit.

Le développement réalisé par le juge communautaire dans l'affaire *Halifax* est impressionnant. Au-delà de la reconnaissance d'un principe d'interdiction des pratiques abusives, la Cour de Justice analyse les éléments constitutifs de telles pratiques, mettant en évidence la nécessaire prise en considération du principe de neutralité fiscale. Ainsi, la Cour rappelle que le système commun de TVA garantit la neutralité quant à la charge fiscale de toutes les activités économiques, quels que soient les buts ou les résultats de ces activités, à condition que lesdites activités soient, en principe, elles-mêmes soumises à la TVA⁷⁶³. Pour qu'un droit à déduction de la TVA payée en amont soit reconnu à l'assujetti, et pour déterminer l'étendue d'un tel droit, il doit exister un lien direct et immédiat entre une opération particulière en amont et une ou plusieurs en aval ouvrant droit à déduction. Ce serait une atteinte au principe de neutralité fiscale s'il était permis à des assujettis de déduire la totalité de la TVA payée en amont alors que, dans le cadre de leurs opérations commerciales normales, aucune opération conforme aux dispositions du régime des déductions de la sixième directive ou de la législation nationale la transposant ne leur aurait permis de déduire

⁷⁶² Voir *supra* pp. 168 et s..

⁷⁶³ Le principe de la neutralité fiscale suppose qu'à l'intérieur d'un État membre, les marchandises et services semblables supportent la même charge fiscale, quelle que soit la longueur du circuit de production et de distribution. Bien que ce principe ait des origines législatives, il a été défini par la Cour de Justice. Il comporte ainsi deux principaux vecteurs : la conservation d'une concurrence saine et le droit de déduction. L'objectif de l'établissement d'un système commun de TVA est de permettre la libéralisation effective de la circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux et l'interpénétration des économies ainsi qu'à la réalisation d'un marché commun comportant une saine concurrence ayant des caractéristiques analogues à celles d'un véritable marché commun (arrêt CJCE, *Vereniging Happy Family Rustenburgerstraat contre Inspecteur der Omzetbelasting*, 5 juillet 1988, Aff. 289/86, Rec., p. 3655). Cet objectif ne peut être atteint que sur la base du principe de la neutralité fiscale ce qui empêche quelque différenciation entre opérations licites et illicites quand ces opérations sont en concurrence [arrêt CJCE, *Wilfried Lange contre Finanzamt Fürstfeldbruck*, 2 août 1993, Aff. C-111/92, Rec., p. I-4677 : « La sixième directive, qui vise une harmonisation étendue dans le domaine de la TVA, est fondée sur le principe de neutralité fiscale. Ce principe, ainsi que la Cour l'a relevé, s'oppose effectivement, en matière de perception de la TVA, à une différenciation généralisée entre les transactions licites et les transactions illicites, à l'exception des cas où, en raison des caractéristiques particulières de certaines marchandises, toute concurrence entre un secteur économique licite et un secteur illicite est exclue » (point 16)]. Donc l'application des dispositions fiscales ne doit pas entraver la compétition entre les différentes opérations de livraison de biens ou de prestation de services. La compétition est entravée quand un opérateur économique peut obtenir des avantages fiscaux qui ne sont pas accessibles aux autres opérateurs économiques. La seule exception se réfère aux cas où, en raison des caractéristiques particulières de certaines marchandises, toute concurrence entre un secteur économique licite et un secteur illicite est exclue. Il s'agit par exemple de la fourniture des stupéfiants ou de fausse monnaie (M. RIDSDALE, « Abuse of rights, fiscal neutrality and VAT », *EC Tax Review*, 2005, n° 2, p. 84).

Quant au droit de déduction, conformément à l'article 168 de la Directive n° 2006/112/CE relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, dans la mesure où les biens et les services sont utilisés pour les besoins de ses opérations taxées, l'assujetti a le droit, dans l'État membre dans lequel il effectue ces opérations, de déduire du montant de la taxe dont il est redevable la TVA due ou acquittée dans cet État membre pour les biens qui lui sont ou lui seront livrés et pour les services qui lui sont ou lui seront fournis par un autre assujetti (l'article 168 prévoit aussi d'autres cas de déduction de la TVA.) Le système des déductions permet de dégrever l'opérateur économique de la charge du TVA qui va être supportée finalement par le consommateur. Les dérogations au principe du droit de déduction sont expressément prévues par la directive (les articles 176 et 177).

ladite TVA, ou ne leur aurait permis d'en déduire qu'une partie⁷⁶⁴. Par voie de conséquence, pour la Cour l'élément objectif de la pratique abusive est rempli.

Quant à l'élément subjectif, la Cour considère qu'il revient à la juridiction de renvoi d'apprécier son existence. La Cour se limite à donner quelques éléments que le juge national peut prendre en compte : le caractère purement artificiel de ces opérations, ainsi que les liens de nature juridique, économique et/ou personnelle entre les opérateurs impliqués dans le plan de réduction de la charge fiscale⁷⁶⁵. Si les deux éléments constitutifs sont prouvés, il s'agit d'une pratique abusive. Dans ce cas, le principe de neutralité fiscale, incluant le droit à déduction, ne s'applique pas⁷⁶⁶ :

« [...] *Ce n'est qu'en l'absence de circonstances frauduleuses ou abusives, et sous réserve d'éventuelles régularisations conformément aux conditions prévues à l'article 20 de la sixième directive, que le droit à déduction, une fois né, reste acquis* »⁷⁶⁷.

Une importante limite à la portée de la notion de pratique abusive est instituée par la Cour. En effet, l'assujetti aurait le choix entre opérations exonérées et opérations imposées, la sixième directive ne lui imposant pas de choisir celles qui impliqueraient le paiement du montant de la TVA le plus élevé. Au contraire, l'assujetti aurait le droit de choisir la structure de son activité de manière à limiter sa dette fiscale. Certainement, parfois il peut résulter très difficile de faire la distinction entre des opérations de *tax planning* et des opérations abusives.

Une particularité de ces arrêts mérite d'être soulignée : le droit national en cause, en l'espèce le *common law*, n'accepte pas le concept d'abus de droit. Dans ces cas, du point de vue des juridictions nationales, le comportement des opérateurs économiques était légitime. Cette circonstance imprime une importance encore plus grande au raisonnement juridique du juge communautaire. L'absence de la notion dans l'ordre juridique national en cause n'empêche pas le juge communautaire à accepter la notion d'abus et de l'imposer au juge national, parce qu'en dernière instance il revient à celui-ci d'appliquer la notion et de sanctionner les comportements abusifs des particuliers⁷⁶⁸.

⁷⁶⁴ Points 78 à 80 de l'arrêt *Halifax*.

⁷⁶⁵ Point 81 de l'arrêt *Halifax*.

⁷⁶⁶ Certains auteurs comme M. Ridsdale (M. RIDSDALE, *op.cit.*, p. 91) considèrent que l'application du principe de la neutralité fiscale, en tant que principe fondamental du système commun de TVA (arrêt CJCE, *Finanzamt Bergisch Gladbach c. HE*, 21 avril 2005, Aff. C-25/03, Rec., p. I-3123, point 80), permettrait elle seule de sanctionner les comportements abusifs en matière de TVA sans être nécessaire recourir à la notion d'abus de droit. La nécessité d'une telle notion serait dans le cas où l'application du test de l'objectif de la disposition communautaire détournée, test introduit pas la jurisprudence *Emsland-Stärke* et repris ultérieurement dans la jurisprudence de la Cour de Justice, ne coïnciderait pas avec les objectifs poursuivis par le principe de la neutralité fiscale. Dans le cas où le principe d'interdiction de l'abus et le principe de la neutralité fiscale poursuivent les mêmes objectifs, l'application du premier ne s'avère nécessaire. Seulement dans le cas d'une non-coïncidence des objectifs, il faudrait recourir au principe d'interdiction de l'abus de droit.

⁷⁶⁷ Point 84 de l'arrêt *Halifax*.

⁷⁶⁸ P. Harris conserve des doutes quant à l'applicabilité de la notion d'abus en *common law* et considère que l'objectif de cette notion doit être plutôt la protection des particuliers et non de l'État membre et de l'imposition

Section II. Les fraudes de type « carousel »

L'abus de droit a été élargi par la Cour de Justice au domaine des fraudes de type « carousel » par l'arrêt *Kittel*⁷⁶⁹. Ce type de fraude suppose une chaîne d'opérations intracommunautaires qui utilisent de manière abusive l'exonération de la TVA⁷⁷⁰. Le montage fait intervenir des entreprises éphémères, ayant pour fonction d'établir des factures de fournisseurs afin de permettre aux entreprises clientes de récupérer la TVA facturée mais non versée à l'État. La question qui se pose est de distinguer entre les différents sujets impliqués dans les opérations, selon le rôle développé dans la réalisation de la fraude.

Dans cet arrêt, la Cour insiste sur le critère de la bonne foi pour limiter la sphère des sujets impliqués dans une opération d'évasion fiscale⁷⁷¹. Ainsi « *les opérateurs qui prennent toute mesure pouvant raisonnablement être exigée d'eux pour s'assurer que leurs opérations ne soient pas impliquées dans une fraude, qu'il s'agisse de la fraude à la TVA ou d'autres fraudes, doivent pouvoir se fier à la légalité de ces opérations sans risquer de perdre leur droit à déduire la TVA acquittée en amont* »⁷⁷². Par voie de conséquence, dès lors que l'assujetti ne savait pas et ne pouvait pas savoir que l'opération concernée était impliquée dans une fraude commise par le vendeur, le droit communautaire, et plus précisément le principe de la neutralité fiscale, s'oppose à une législation nationale qui prévoit que l'annulation du contrat de vente pour cause illicite entraîne la perte du droit de déduction de la TVA acquittée par l'assujetti⁷⁷³. Au cas contraire, quand l'assujetti même participe à l'évasion indépendamment s'il tire ou non avantage, la Cour rappelle sa jurisprudence en matière de droit des sociétés (*Kefalas, Diamantis*, précités) pour affirmer que les justiciables ne sauraient se prévaloir frauduleusement ou abusivement des normes communautaires et que, si l'administration fiscale constate que le droit à déduction a été exercé de manière frauduleuse, elle est habilitée à demander, avec effet rétroactif, le

de la TVA. Il est difficile de transposer la notion d'abus de droit telle que développée par un autre ordre juridique, en espèce le droit français – l'auteur fait une comparaison entre le droit français et le *common law*-, d'où la nécessité d'une notion autonome d'abus de droit (P. HARRIS, « The notion of *abus de droit* and its potential application in fiscal matters within the EU legal order », *The EC Tax Journal*, 2001, vol. 5, p. 201).

⁷⁶⁹ Arrêt CJCE, *Axel Kittel c. État belge et État belge c. Recolta Recycling SPRL*, 6 juillet 2006, Aff. Jtes. C-439/04 et C-440/04. Voir commentaire de cet arrêt par F. PERROTIN, « TVA : fraude carousel, les règles du jeu sont précisées », *LPA*, 14 janvier 2008, n° 10, pp. 3 et s..

⁷⁷⁰ Pour plus des détails sur le fonctionnement de la fraude de type « carousel » voir paragraphe 3.2.2 du Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement sur le recours aux mécanismes de la coopération administrative dans la lutte contre la fraude à la TVA, Bruxelles, 16.04.2004, COM(2004) 260 final.

⁷⁷¹ Cette solution était déjà fournie dans l'arrêt CJCE, *Optigen Ltd, Fulcrum Electronics Ltd, Bond House Systems Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, 12 janvier 2006, Aff. Jtes. C-354/03, C-355/03 et C-484/03, Rec., p. I-483, points 51 et 52. Voir commentaire de cet arrêt par : É. MEISSE, « Le système commun de TVA nullement désarçonné par les fraudes carousel », *Revue Europe*, mars 2006, commentaire n° 94, pp. 25 – 26.

⁷⁷² Point 51 de l'arrêt *Kittel*.

⁷⁷³ Point 52 de l'arrêt *Kittel*.

remboursement des sommes déduites. Il appartient ainsi au juge national de refuser le bénéfice du droit à déduction si sur la base d'éléments objectifs il est établi que ce droit a été invoqué de manière frauduleuse⁷⁷⁴.

Les Conclusions de l'Avocat Général Ruiz-Jarabo Colomer présentées sur cette affaire le 14 mars 2006 constituent une continuation logique des arguments présentés par l'Avocat Général Poiares Maduro dans l'affaire *Halifax*, précitée. Il estime que « rien ne fait obstacle à ce que ce principe gouverne le domaine de la TVA » et que la difficulté réside plutôt dans la détermination de ses critères. Un premier élément de l'abus consisterait dans le non respect de la volonté du législateur ce qui suppose une comparaison des objectifs de la réglementation avec les résultats de l'activité. Le deuxième élément se réfère à l'objet de l'activité « qui n'a pas d'autre explication que la création du droit revendiqué, pour obtenir un bénéfice indu »⁷⁷⁵. L'appréciation des ces critères incombe aux juridictions nationales, en application des règles de preuve du droit national, avec la condition que ne soit pas porté atteinte à l'efficacité du droit communautaire. Des indices comme le profit illégitime de la partie qui se prévaut du droit à déduction ou sa position dans le circuit de la fraude doivent être pris en compte⁷⁷⁶. Au contraire, il faut ajouter que les liens entre des membres d'une même famille ou entre des proches ne constituent pas un élément suffisant pour établir l'existence d'une évasion fiscale⁷⁷⁷.

⁷⁷⁴ Point 55 de l'arrêt *Kittel*.

⁷⁷⁵ Points 55 et 56 de l'arrêt *Kittel*.

⁷⁷⁶ Point 57 de l'arrêt *Kittel*.

⁷⁷⁷ Arrêt CJCE, *Finanzamt Bergisch Gladbach contre Werner Skripalle*, 29 mai 1997, Aff. C-63/96, Rec., p. I-2847, points 24 à 26.

Chapitre IV. *L'abus de droit et le droit international privé communautaire*⁷⁷⁸

La théorie classique de la fraude à la loi s'est penchée sur les conflits de lois, alors que « l'évolution de la technique frauduleuse internationale est allée vers une utilisation croissante, voire aujourd'hui dominante, des règles de compétence judiciaire internationale, directe comme indirecte »⁷⁷⁹. « Un moyen à part entière d'instrumentalisation du droit international privé », le *forum shopping* est encouragé d'une part par l'option d'un choix du for et puis par les motifs de profiter d'une telle option. Ainsi, lorsqu'il bénéficie d'une option de compétence judiciaire, le sujet peut choisir l'alternative la plus favorable pour lui, tant en ce qui concerne les questions de fond comme les questions de procédure⁷⁸⁰. De plus, la multiplicité et le caractère alternatif des chefs de compétence retenus par les règlements communautaires relatifs à la compétence judiciaire vont dans le sens d'une véritable « institutionnalisation » du *forum shopping*⁷⁸¹.

La notion d'abus de droit est traditionnellement inconnue en droit international privé dans la mesure où cette matière n'octroie pas, en principe, des droits subjectifs aux individus⁷⁸². Les normes de droit international privé ne font que déterminer la loi selon laquelle des droits subjectifs seront octroyés et l'autorité compétente pour les protéger. Cependant, cette notion a fait l'objet d'une remarquable doctrine judiciaire et l'obtention d'un caractère transversal en tant que principe général du droit communautaire peut avoir des conséquences sur le droit international privé communautaire. Dans cette matière, le travail du juge communautaire dans le sens de la construction d'une conception appréhendant des comportements entrant sous le chapeau de l'abus de droit, est assez important. Il s'agit des efforts parallèles à ceux entrepris en matière des libertés de circulation. Il faudrait donc présenter les caractéristiques de ce secteur pour qu'on puisse, dans la seconde partie de notre thèse, analyser la coïncidence des critères avec ceux développés dans d'autres domaines, ou, le cas échéant, la mutation des critères de l'abus de droit pour pouvoir répondre à des domaines d'application différents.

La question de l'abus de droit se pose principalement en relation avec les règles de conflit de juridictions. Il s'agit de savoir si les parties peuvent exploiter, de n'importe quelle

⁷⁷⁸ Il convient de souligner que l'analyse de l'abus de droit dans le contexte du droit international privé communautaire mettra en évidence son caractère spécifique, différent des formes manifestées tant dans les domaines couverts par la reconnaissance mutuelle comme dans les domaines harmonisés, mais que le degré avancé de l'harmonisation du droit international privé communautaire nous amène à inclure cet aspect dans le Titre Second.

⁷⁷⁹ É. CORNUT, « Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé », *JDI*, 2007, vol. 134, n° 1, p. 28.

⁷⁸⁰ G. F. ROTHSCHILD, « Forum shopping », *Litigation*, 1998, vol. 24, n° 3, p. 41 et s.

⁷⁸¹ É. CORNUT, « Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé », *op. cit.*, p. 29.

⁷⁸² *Ibidem*, p. 34.

manière, toutes les possibilités offertes par les règles uniformes de compétence, ou si leur utilisation est soumise à certaines limitations « destinées à éviter les excès de forum shopping »⁷⁸³.

Dans un premier temps, il convient de mettre en exergue que le *forum shopping* est, en principe, permis par le droit international privé (Section I), pour puis nous pencher sur les cas où une limitation de celui-ci peut éventuellement intervenir, en cas de fraude à la compétence (Section II) ou *forum shopping malus* (Section III).

Section I. La licéité de principe du forum shopping

Avec une dénomination à mixité linguistique, la notion de *forum shopping* a été définie pour la première fois dans le cadre communautaire par l'Avocat Général Ruiz-Jarabo Colomer à l'occasion d'un recours préjudiciel⁷⁸⁴ portant sur l'interprétation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale : « le choix d'un for en fonction des avantages pouvant résulter du droit matériel (voire procédural) qui y est appliqué »⁷⁸⁵. Le *forum shopping* est possible grâce à la concurrence des multiples chefs de compétence. Le système communautaire des règles de conflit de juridictions laisse aux parties, au-delà des compétences exclusives, une large liberté dans le choix du forum. Il y a des cas où la même situation donne lieu à une compétence générale (fondée sur le domicile du défendeur – article 2 du règlement du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale⁷⁸⁶, qui remplace la Convention de Bruxelles, à une compétence spéciale (fondée, par exemple, sur l'article 5 du règlement Bruxelles I) et à une compétence dérivée (fondée sur la multiplicité des parties, comme prévue par l'article 6 du

⁷⁸³ A. NUYTS, « Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *Global Jurist Advances*, 2003, vol. 3, n° 1, p. 4.

⁷⁸⁴ Conclusions de l'Avocat Général Ruiz-Jarabo Colomer de 16 mars 1999 sur l'affaire CJCE, *GIE Groupe Concorde e.a. contre Capitaine commandant le navire 'Subadivarno Panjan' e.a.* (arrêt de la Cour de Justice de 16 mars 1999, Aff. C-440/97, Rec., p. I-6307), note 10.

⁷⁸⁵ En droit international privé, le *forum shopping* avait déjà été appréhendé dans la doctrine et la jurisprudence nationales. En effet, au Royaume-Uni, Lord Pearson avait donné dans l'affaire *Chaplin v. Boys* [1971] AC 356, la suivante définition : « A plaintiff bypassing his natural forum and bringing his action in some alien forum which would give him relief or benefits which would not be available to him in the natural forum » (cité par R. HAYWARD, *Conflict of laws*, Cavendish Publishing, 4eme edition, Sidney-London, 2006, p. 21). F. JUENGER (« Forum shopping, domestic and international », *Tulane Law Review*, 1987-1988, n° 63, pp. 553 et s.) considère que l'expression était déjà utilisée au début du siècle XX. Sur le *forum shopping* dans le *common law* voir aussi J. J. FAWCETT, « Forum shopping – some questions answered », *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1984, vol. 35, n° 2, pp. 141 – 152 ; R. SCHUZ, « Controlling forum shopping : the impact of *MacShannon v. Rockware Glass ltd* », *ICLQ*, 1986, vol. 35, n° 2, pp. 374 – 412 ; R. WILLIAMS, W. MARSH, « Forum shopping. A new lease of life », *International Business Lawyer*, 1999, n° 27, pp. 307 – 310. Pour l'analyse du phénomène de forum shopping dans divers pays de l'Union européenne (Autriche, Belgique, Chypre, Danemark, Finlande, France, Allemagne, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Portugal, Espagne, Suède) voir C. J. H. BARON VAN LYNDEN (édité par), *Forum shopping*, LLP, London – Hong Kong, 1998.

⁷⁸⁶ JOUE n° L 12, 16.1.2001, pp. 1 – 23. Ce règlement sera cité en tant que « règlement Bruxelles I ».

règlement Bruxelles I). Le choix entre les différentes juridictions pourrait être déterminée soit par la recherche d'un droit matériel plus favorable, car l'élection d'un for amène l'application des règles de conflit de lois appartenant au for, soit par la recherche des règles de procédure plus favorables (de la définition donnée par l'Avocat Général Ruiz-Jarabo Colomer, il résulte que parmi les motifs qui incitent l'élection du for pourraient s'inscrire la recherche d'un régime d'obtention des preuves plus efficace, l'attribution d'un système d'aide légale, la possibilité d'obtenir la récupération des honoraires des conseils ou la célérité particulière de la justice). À ces incitations, on pourrait ajouter d'autres facteurs matériels, comme la proximité géographique du tribunal, des éléments liés à l'accès aisé au for ou même des considérations de nature « *psychologique* »⁷⁸⁷.

La notion de *forum shopping* a déterminé des débats énergiques dans la doctrine de droit international privé surtout en ce qui concerne la question de savoir s'il s'agit d'un phénomène répréhensible ou pas. Certains auteurs considèrent que le *forum shopping* est « *intrinsèquement néfaste* » et qui donc doit être combattu⁷⁸⁸. Parmi les arguments soutenant cette position, nous soulignons l'invocation du principe d'harmonie décisionnelle (« *decisional harmony* ») ce qui signifie que la solution d'un litige doit être la même indépendamment du tribunal qui tranche⁷⁸⁹. Un système de droit qui maximise les chances d'accomplissement des prétentions d'une des parties, sans tenir compte de la position de l'autre partie, ne respecte pas le principe d'équité⁷⁹⁰.

Au contraire, d'autres auteurs considèrent que le *forum shopping* est « *une technique parfaitement honorable de la pratique des litiges internationaux* »⁷⁹¹. Ces auteurs⁷⁹² considèrent que le principe de l'uniformité des solutions est utopique et contredit par la diversité des règles de conflit de lois, matérielles et procédurales⁷⁹³. De plus, le *forum shopping* ne peut pas être considéré illicite parce que la recherche de la solution la plus favorable correspond à l'attitude normale des parties⁷⁹⁴.

Face à ces différents arguments, il faudrait souligner que, dès lors que la compétence se détermine en fonction des critères alternatifs, le choix du tribunal est ainsi réservé à celui qui prend l'initiative du procès. La différence qui intervient dans ce contexte entre les parties

⁷⁸⁷ A. NUYTS, « Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p. 6. Voir aussi R. H. KREINDLER, « Arbitral forum shopping » in B.M. Cremades, J. D. M. Lew (sous la direction), *Parallel State and arbitral procedures in international arbitration*, ICC Publishing, Paris, 2005, pp. 159 – 160.

⁷⁸⁸ B. R. OPEKIN, « The price of forum shopping », *Sidney Law Review*, 1994, n° 16, pp. 14 – 27.

⁷⁸⁹ *Idem*, p. 17 et s.

⁷⁹⁰ *Idem*, p. 22.

⁷⁹¹ A. NUYTS, « Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p. 7.

⁷⁹² F. JUENGER, « Forum shopping, domestic and international », *op. cit.*, pp. 553 – 574 ; « What's wrong with forum shopping ? », *Sidney Law Review*, 1994, n° 4, pp. 5 – 13 ; « Forum shopping : a rejoinder », *Sidney Law Review*, 1994, n° 4, pp. 28 – 31.

⁷⁹³ F. JUENGER, « What's wrong with forum shopping ? », *op. cit.*, p. 10 et s.

⁷⁹⁴ *Idem*, p. 12.

n'est pas condamnable dès lors que « elle est liée à la maîtrise initiale du procès qui appartient forcément au demandeur »⁷⁹⁵. Le *forum shopping* doit être considéré comme « une réaction normale et même plutôt saine dans l'exercice de l'option de compétence internationale »⁷⁹⁶. Il serait donc exagéré d'assimiler, de manière générale, le *forum shopping* à la fraude à la loi. Il faudrait reconnaître la licéité de principe de la pratique du *forum shopping* dans le domaine du droit international privé⁷⁹⁷. Cependant, il ne s'agit pas d'un principe absolu et le *forum shopping* connaît aussi des limitations. Il faudrait mettre en exergue deux types de limitations : la fraude à la compétence et le *forum shopping* abusif. La première limite a comme point de départ le fait pour le demandeur de manipuler, de manière artificielle, la situation internationale, et d'échapper à certains chefs de compétence en faveur d'autres, plus attractifs. Sans cette manipulation, ces dernières juridictions n'auraient pas été compétentes. La seconde limite part du fait que le demandeur bénéficie d'une option de choix du for. Il ne s'agit pas de manipuler la situation internationale, seulement d'exercer un droit dont on dispose, mais d'une manière qui s'avérerait comme abusive.

Section II. La fraude à la compétence

A. Nuyts⁷⁹⁸ met en évidence une définition de la fraude à la compétence : il y aurait fraude « lorsqu'un plaideur a recours à une manœuvre ayant pour effet (élément matériel) et pour but (élément moral) de soustraire le rapport de droit aux tribunaux de l'État normalement compétent ». La fraude à la

⁷⁹⁵ A. NUYTS, « Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p. 8.

⁷⁹⁶ É. CORNUT, « Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé », *op. cit.*, p. 30.

⁷⁹⁷ A. NUYTS (« Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p. 8 et s.) souligne, comme nous avons déjà mis en évidence, que le droit international privé communautaire même encourage le *forum shopping* (voir *supra*, p. 208). Dans ce contexte, B. ANCEL et H. MUIR WATT (« La désunion européenne : le Règlement dit 'Bruxelles II' », *RcrDIPr*, juillet – septembre 2001, pp. 403 - 457) disaient que « le choix entre les différents fors proposés est parfaitement libre pour le demandeur, à qui il ne saurait être reproché de saisir le tribunal qui, des points de vue de la géographie, des coûts de procédure ou du fond, lui paraît le mieux à même de le décharger des chaînes d'un mariage éteint » (p. 416). Dans le même sens se prononcent : A. S. BELL, *Forum shopping and venue in transnational litigation*, Oxford University Press, 2003, p. 55 et s.; É. CORNUT, « Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé », *op. cit.*, p. 29; S. PEARL, « Forum shopping in the EEC », *International Business Lawyer*, 1987, n° 15, pp. 391 – 394.

Dans le cadre du Règlement Bruxelles I, le demandeur a le droit de porter le litige soit devant la juridiction du domicile du défendeur soit devant celui désigné par les compétences spéciales. De plus, dans sa jurisprudence en matière de litispendance (arrêts CJCE, *Gubisch Maschinenfabrik KG contre Giulio Palumbo*, 8 décembre 1987, Aff. 144/86, Rec., p. 4861, et *The owners of the cargo lately laden on board the ship 'Tatry' contre the owners of the ship 'Maciej Rataj'*, 6 décembre 1994, Aff. C-406/92, Rec., p. I-5439), la Cour de Justice a mis en évidence que la pratique du *forum shopping* n'est pas interdite en droit communautaire. Ainsi le fait d'introduire une action dénégatoire, visant à faire dire pour droit que le défendeur n'a aucune prétention valable à l'égard du requérant, active l'article 21 (de la Convention de Bruxelles ; actuellement l'article 27 du Règlement Bruxelles I) dans le cas où postérieurement une action serait introduite contre lui pour démontrer sa responsabilité. La Cour considère que « la seconde demande a le même objet que la première, puisque la question de l'existence ou de l'inexistence d'une responsabilité se trouve au centre des deux procédures. Le fait que les conclusions du demandeur soient formulées de manière négative dans la première demande, alors que dans la seconde demande elles sont formulées de façon positive par le défendeur, devenu demandeur, ne rend pas différent l'objet du litige » (arrêt *Tatry*, précité, point 43).

⁷⁹⁸ A. NUYTS, « Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p. 10.

compétence ou à la juridiction ou le détournement de for ne se confondent pas avec la fraude à la loi parce qu'on ne cherche pas l'application d'une loi substantiellement différente de celle qui serait normalement applicable (même si parfois la fraude à la compétence est accompagnée d'une fraude à la loi), mais des avantages procéduraux, ou seulement la mise du défendeur dans une situation défavorable.

En droit communautaire, à plusieurs reprises la Cour de Justice des Communautés européennes a mis en évidence la fraude à la compétence pour pouvoir ainsi paralyser un choix de compétence effectué en vertu de la Convention de Bruxelles (ou du règlement Bruxelles I⁷⁹⁹). La casuistique des arrêts en la matière permet leur classification en plusieurs catégories : les compétences dérivées (& I), la compétence en matière contractuelle (& II), les compétences exclusives (& III), la prorogation de compétence (& IV) et la reconnaissance des décisions (& V). Finalement nous analyserons la fraude à la compétence dans le cadre du règlement Bruxelles II⁸⁰⁰ et du règlement Bruxelles II bis⁸⁰¹ (& VI).

& I. La fraude à la compétence et les compétences dérivées (art. 6 de la Convention de Bruxelles⁸⁰² ; art. 6 du règlement Bruxelles I)

L'article 6 (2) de la Convention de Bruxelles établissait que le tribunal saisi de la demande principale aura compétence de se prononcer sur une demande en garantie ou une demande en intervention, « à moins qu'elle n'ait été formée que pour traduire hors de son tribunal celui qui a été appelé ». Dans les arrêts *Kalfelis*⁸⁰³ et *Réunion européenne*⁸⁰⁴, la Cour n'a pas hésité à

⁷⁹⁹ Nous limiterons notre analyse à la fraude à la compétence dans le cadre du Règlement Bruxelles I. En ce qui concerne la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, la jurisprudence est pour le moment limitée et n'a pas touché la question du *forum shopping*. Nous aborderons par la suite seulement quelques aspects limités.

En ce qui concerne le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (JOUE L 160 du 30.6.2000, p. 1–18), le considérant n° 4 met en exergue de manière expresse la motivation de la réglementation : « Il est nécessaire, pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, d'éviter que les parties ne soient incitées à déplacer des avoirs ou des procédures judiciaires d'un État à un autre en vue d'améliorer leur situation juridique (*forum shopping*) ». Voir aussi R. DAMMANN, « Droit européen des procédures d'insolvabilité : problématique des conflits de juridictions et de *forum shopping* », *Recueil Dalloz*, Doctrine, 2005, n° 26, pp. 1779 – 1786 ; T. MONTÉLAN, « La tentation du forum shopping », *Gaz. Pal.*, 27 octobre 2007, n° 300, pp. 7 et s..

⁸⁰⁰ Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, JOUE n° L 160, 30.06.2000, pp. 19 – 36.

⁸⁰¹ Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, JOUE n° L 338, 23.12.2003, pp. 1–29. Il remplace le règlement Bruxelles II.

⁸⁰² Nous nous référons à la Convention de Bruxelles, car la jurisprudence qui nous intéresse a été donnée en interprétation de cet instrument juridique. De toute manière, l'interprétation faite par la Cour de la Convention sera a priori valable dans l'interprétation du Règlement Bruxelles I.

⁸⁰³ Arrêt CJCE, *Athanasios Kalfelis contre Banque Schröder, Münchmeyer, Hengst et Cie, et autres*, 27 septembre 1988, Aff. 189/87, Rec., p. 5565, point 9. Voir commentaires de cet arrêt par : A. BORRÁS, « Sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 1988, asunto 189/87 », *RJC*, 1989, n° 1-2, pp. 538 – 540 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Du 27

étendre l'application de cette exception au premier paragraphe de l'article 6 qui vise l'action dirigée contre des codéfendeurs. Ainsi, la Cour a considéré qu'il était exclu pour un requérant de « former une demande dirigée contre plusieurs défendeurs à seule fin de soustraire l'un de ces défendeurs aux tribunaux de l'État où il est domicilié »⁸⁰⁵. Le demandeur aurait donc pour but de soustraire le rapport de droit à la compétence normale. Il s'agirait, dans notre opinion, d'une utilisation frauduleuse de l'article 6 de la Convention de Bruxelles pour empêcher la mise en application de l'article 2 qui attirerait un autre chef de compétence.

Dans l'arrêt *Freeport*⁸⁰⁶, la Cour introduit une nuance dans l'interprétation de l'article 6 (1) en soulignant que « l'article 6, point 1, du règlement n° 44/2001 doit être interprété en ce sens que le fait que des demandes introduites contre plusieurs défendeurs ont des fondements juridiques différents ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition »⁸⁰⁷. La Cour ajoute cependant qu'il n'est pas nécessaire d'établir de manière distincte que les demandes n'ont pas été introduites à la seule fin de soustraire l'un des défendeurs aux tribunaux de l'État membre où il est domicilié⁸⁰⁸. Il suffit que les demandes soient connexes au moment de leur introduction, « c'est-à-dire lorsqu'il y a intérêt à les instruire et à les juger ensemble afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément »⁸⁰⁹.

septembre 1988. – Cour de justice des Communautés européennes (5^e chambre) (aff. 189/87). – MM. Bosco, prés. ; Everling, Galmot, Joliet, Shockweiler, juges », *RcrDIPr*, janvier-mars 1989, n° 1, pp. 117 – 123.

⁸⁰⁴ Arrêt CJCE, *Réunion européenne SA e.a. contre Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV et Capitaine commandant le navire "Abblasgracht V002"*, 27 octobre 1998, Aff. C-51/97, Rec., p. I-6511, point 47. Voir commentaires de cet arrêt par : A. CRESPO HERNÁNDEZ, « Delimitación entre materia contractual y extracontractual en el Convenio de Bruselas : implicaciones en orden a la determinación de la competencia judicial internacional », *Revista Jurídica La Ley. Unión Europea*, 27 novembre 1998, n° 4681, pp. 1 – 3 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Du 27 octobre 1998. – Cour de justice des Communautés européennes (3^e Ch.). – MM. Puissechet, prés., Moitinho de Almeida, rapp., Cosmas, av. gén. – MM. Le Prado, av. », *RcrDIPr*, 1999, n° 2, pp. 333 – 340.

⁸⁰⁵ Dans ses observations vis-à-vis de ces deux affaires, A. Nuyts (« Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, bas de page n° 49) souligne que cette condition ne se confond pas avec celle de la connexité entre les demandes. En effet, même si la connexité peut empêcher dans une certaine mesure, la fraude à la compétence, il y a d'autres cas, où les demandes se caractérisent par une connexité objective, mais où des possibilités de fraude restent parfaitement envisageables.

⁸⁰⁶ Arrêt CJCE, *Freeport plc contre Olle Arnoldsson*, 11 octobre 2007, Aff. C-98/06, Rec., p. I-8319.

⁸⁰⁷ Point 47 de l'arrêt *Freeport*.

⁸⁰⁸ Dans les conclusions présentées sur l'affaire le 24 mai 2007, l'Avocat Général P. Mengozzi avait souligné que « l'applicabilité des règles de conflit uniformes prévues par le règlement n° 44/2001 trouve de manière générale une limite dans la fraude à la compétence juridictionnelle, qui se réalise dès lors que l'application desdites règles est le résultat d'une manœuvre du demandeur, ayant pour objet de soustraire la relation juridique faisant l'objet du litige à la juridiction des tribunaux d'un État membre donné ou d'enraciner la procédure devant les juridictions d'un État membre qui, en l'absence d'une telle manœuvre, auraient été incompétentes » (point 62). L'Avocat Général distingue ainsi ce cas de celui du forum shopping malus ou abus du choix de for (voir note n° 38).

⁸⁰⁹ Point 54 de l'arrêt *Freeport*. L'Avocat Général P. Mengozzi avait considéré que l'article 6(1) offre au demandeur « une faculté d'option » qui serait soumise à certains « mécanismes permettant de circonscrire la possibilité d'exercer cette option de manière frauduleuse ou abusive ». Ainsi, l'application de cet article est subordonnée à la condition de « l'existence d'un intérêt effectif et actuel à la concentration des litiges », condition appréciée par le juge sur la base des éléments objectifs, tels que l'intensité du lien de connexité des affaires et le degré de proximité avec le for (points 53 et 54).

& II. La fraude à la compétence et la compétence en matière contractuelle (art. 5 (1) de la Convention de Bruxelles ; art. 5 (1) du règlement Bruxelles I)

L'article 5 (1) de la Convention de Bruxelles⁸¹⁰ régit la compétence juridictionnelle en matière contractuelle. Cette norme dispose que la compétence revient au tribunal « *du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée* ». Dans l'arrêt *Les Gravières Rhénanes*⁸¹¹, la Cour de Justice a mis en évidence que les parties « *ne sauraient fixer, dans le seul but de déterminer un for compétent, un lieu d'exécution ne présentant aucun lien effectif avec la réalité du contrat* ». L'article 5 (1) vise « *le lieu d'exécution effective de l'obligation comme critère de compétence en raison de son lien de rattachement direct avec le tribunal auquel elle attribue compétence* ». Le fait de fixer un lieu d'exécution ne présentant aucun rapport effectif avec « *l'objet réel du contrat* » est une opération fictive ayant « *comme seul objectif la détermination d'un lieu du for* ». Il s'agit d'éviter que l'une des parties puisse imposer un choix de for par le moyen de la désignation dans le contrat d'un lieu d'exécution fictif. S'agissant d'une convention dissimulée d'attribution de compétence, l'accord doit être régi par l'article 17 et non par l'article 5 et, donc, soumis à certaines conditions de forme⁸¹². Une telle convention attributive de compétence n'est accompagnée par « *aucun lien de rattachement direct entre la contestation et le tribunal appelé à en connaître* » et les parties auraient détourné l'article 17 qui « *s'il introduit une compétence exclusive en faisant abstraction de tout élément objectif de connexité entre le rapport litigieux et le tribunal désigné* » exige des conditions de formes strictes⁸¹³.

⁸¹⁰ Sur une analyse détaillée de l'article 5(1), voir V. HEUZÉ, « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *RcrDIPr*, 2000, n° 4, pp. 595 – 639.

⁸¹¹ Arrêt CJCE, *Mainschiffahrts-Genossenschaft eG (MSG) contre Les Gravières Rhénanes S.A.R.L.*, 20 février 1997, Aff. C-106/95, Rec., p. I-911, points 31 et s. Voir commentaire de cet arrêt par H. GAUDEMET-TALLON, « Du 20 février 1997. – Cour de justice des Communautés européennes (6^e Ch.) – MM. Murray, prés., Kakouris, rapp., Tesouro, av. gén., - MM. Thor von Waldstein, Fink von Waldstein, av. », *RcrDIPr*, 1997, n° 3, pp. 572 – 577.

Le litige opposait la coopérative de transport fluvial MSG, siégée en Allemagne, aux Gravières Rhénanes SRL, siégée en France, au sujet de la réparation des dommages causés à un bâtiment de navigation fluviale, dont MSG est propriétaire et qu'elle avait loué à l'autre société. Dans le contrat, les parties avaient désigné le domicile de la société allemande comme lieu d'exécution et lieu du for, même si les obligations contractuelles devaient être exécutées en France. Par la question préjudicielle, la Cour a été invitée à se prononcer sur la validité de l'accord conclu par les parties.

⁸¹² Dans l'arrêt CJCE, *Siegfried Zelger contre Sebastiano Salinitri*, 17 janvier 1980, Aff. 56/79, Rec., p. 89, la Cour avait jugé que, si l'article 5 (1) introduit un critère de compétence, dont le choix dépend d'une option du demandeur et qui est justifiée par l'existence d'un lien de rattachement direct entre la contestation et le tribunal saisi, l'article 17, par contre, institue une compétence exclusive du for choisi par les parties, en écartant l'application de l'article 5 et en excluant tout élément objectif de connexité entre le litige et le tribunal. Il s'agit donc de deux concepts distincts. La clause de détermination du lieu d'exécution, conclue en conformité avec la loi applicable, est valable et ne doit pas respectée les conditions de l'article 17.

Dans l'arrêt CJCE, *Custom Made Commercial Ltd contre Stawa Metallbau GmbH*, 29 juin 1994, Aff. C-288/92, Rec., p. I-2913, la Cour a jugé que le lieu d'exécution de l'obligation servant de base à la demande ne doit pas présenter nécessairement « *le lien de rattachement le plus étroit avec la contestation* ».

⁸¹³ En France, la Cour de Cassation avait déjà eu l'occasion de décider que la désignation du lieu d'exécution de certaines obligations ne peut valoir attribution de compétence au tribunal de ce lieu lorsque sont en cause d'autres obligations qui ne s'exécutent pas en ce lieu (Com. 27 février 1996, *Société Gotz GmbH c. Société Noge*).

La Cour de Justice ne fait aucune référence à la théorie de la fraude à la loi ou de l'abus de droit, mais elle est arrivée à la conclusion mentionnée seulement par une interprétation de la Convention de Bruxelles⁸¹⁴. L'intention des parties de mettre en œuvre des opérations frauduleuses a déterminé le juge communautaire à renoncer à une interprétation littérale et formaliste de l'article 5, en vue de sauvegarder l'efficacité de l'article 17. Le critère de l'interprétation a résidé dans le caractère absolument fictif du lieu choisi comme celui d'exécution.

L'article 5 (1) de la Convention de Bruxelles a été modifié par le règlement Bruxelles I dans le sens où on a ajouté que, sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est, pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre ou, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées et, pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou devaient être fournis. Ces modifications permettent au juge d'empêcher les abus analogues à ceux que la Cour a voulu sanctionner dans la Convention de Bruxelles. Ainsi, les juges ne devraient pas prendre en considération la désignation par les parties d'un lieu de livraison de marchandises ou d'accomplissement des prestations de services qui ne correspondrait pas à la réalité. Cependant, la réserve « *sauf convention contraire* » pourrait permettre aux parties de moduler les conditions d'application de l'article 5 (1) (b).

& III. La fraude à la compétence et les compétences exclusives (art. 16 de la Convention de Bruxelles ; art. 22 du règlement Bruxelles I)

Dans l'affaire *AS-Autoteile*⁸¹⁵, la société avec le même nom, domiciliée en Allemagne, avait obtenu des autorités de ce pays la condamnation de la société Pat, aussi domiciliée en Allemagne, mais dont l'un des sociétaires était M. Mahle, domicilié en France, pour la livraison des marchandises défectueuses. Au moment où A.S. Autoteile cherche à exécuter la décision, elle se rend compte que la société Pat est insolvable pour avoir transféré illicitement, sous forme de bénéfices fictifs, toutes ses liquidités à M. Mahle. Par la suite, A.S. Autoteile introduit une action en paiement contre M. Mahle et obtient sa condamnation par les

Voir commentaire de cet arrêt par H. GAUDEMET-TALLON, « Du 27 février 1996. - Cour de Cassation (Ch. Com.). - MM. Bézard, prés., Huglo, rapp., de Gouttes, av. gén. - Mme Baraduc-Bénabent av. », *RcrDIPr*, 1996, n° 4, pp. 738 - 742.

⁸¹⁴ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordenamiento comunitario*, *op. cit.*, p. 163.

⁸¹⁵ Arrêt CJCE, *AS-Autoteile Service GmbH contre Pierre Malbé*, 4 juillet 1985, Aff. 220/84, Rec., p. 2267. Voir commentaire de cet arrêt par E. MEZGER, « Du 4 juillet 1985. - Cour de Justice des Communautés européennes (2^e Ch.) (aff. 220/84). - MM. Due, prés. de ch. ; Pescatore et Bahlmann, juges ; Lenz, av. gén. - Me Rassek (du barreau de Karlsruhe), av. », *RcrDIPr*, 1986, n° 1, pp. 147 - 153.

tribunaux allemands, mais en appel, ces derniers considèrent qu'ils ne sont pas compétentes car le domicile du défendeur est en France. Cependant, avant que la procédure en appel soit conclue, A.S. Autoteile avait introduit une action en opposition à l'exécution de la décision le condamnant à payer les dépens du litige. La société invoque la compensation de cette dette avec la créance découlant de l'enrichissement sans cause de M. Mahle aux dépens de la société Pat. La juridiction allemande refusant statuer pour le motif de manque de compétence, A.S. Autoteile introduit un recours en révision directe devant le *Bundesgerichtshof* qui invite la Cour de Justice des Communautés européennes à se prononcer sur la portée des compétences exclusives prévues à l'article 16 de la Convention de Bruxelles.

La Cour de Justice met en évidence la spécificité du lien exigé par l'article 16 de la Convention de Bruxelles, d'où il résulte qu'une partie ne saurait se prévaloir du chef de compétence prévu à l'article 16 (5) en saisissant ces tribunaux, par voie d'exception, d'un litige qui relève des tribunaux d'un autre État membre en vertu de l'article 2. L'utilisation de l'action en opposition à exécution dans un tel but « *est contraire à la répartition des compétences entre le juge du domicile du défendeur et le juge du lieu de l'exécution, voulue par la Convention* »⁸¹⁶. Étant donné que les juridictions allemandes s'étaient déjà déclarées incompétentes pour connaître de la créance mise en avant au titre de compensation, « *le fait d'invoquer cette créance, afin de rencontrer l'exécution d'une décision relative aux dépens judiciaires encourus dans la même procédure, constitue un détournement manifeste de procédure en vue d'obtenir indirectement, des juridictions allemandes, une décision portant sur une créance pour l'examen de laquelle ces juridictions n'ont pas compétence en vertu de la Convention* »⁸¹⁷. Des interrogations restent quant à la notion de « *détournement de procédure* » car la Cour ne renvoie pas aux ordres juridiques nationaux et donc paraît laisser sous-entendre qu'il s'agit d'une qualification autonome en droit communautaire.

⁸¹⁶ Point 17 de l'arrêt *AS-Autoteile*. La position de la Cour de Justice a changé dans la jurisprudence postérieure. Dans son arrêt CJCE, *Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co. KG contre Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG*, 13 juillet 2006, Aff. C-4/03, Rec., p. I-6509, elle a expressément souligné que la compétence exclusive (en l'espèce, celle prévue par l'article 16(4) de la Convention de Bruxelles) doit s'appliquer quel que soit le cadre procédural dans lequel la gestion de la validité d'un brevet est soulevée, que ce soit par voie d'action ou d'exception, lors de l'introduction de l'instance ou à un stade plus avancé de celle-ci (point 25). Une solution contraire permettrait au demandeur de « *contourner le caractère impératif de la règle de compétence* » (point 27), en affectant la prévisibilité des règles de compétence et portant atteinte au principe de sécurité juridique (point 28). Sur la justification d'une telle solution voir F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, « *La competencia judicial internacional en los litigios societarios en aplicación del Convenio de Bruselas. A propósito del "caso Torras" ante los tribunales españoles* », *GJUE*, 1999, n° 203, pp. 19 – 30.

⁸¹⁷ Point 18 de l'arrêt *AS-Autoteile*.

& IV. La fraude à la compétence et la prorogation de compétence (art. 17 de la Convention de Bruxelles ; art. 23 du règlement Bruxelles I)

La Convention de Bruxelles permettait aux parties, dont l'une au moins avait son domicile sur le territoire d'un État contractant, d'établir la compétence d'un tribunal ou des tribunaux d'un État contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé. La compétence de ce tribunal ou de ces tribunaux était exclusive, sous réserve des articles 12, 15 et 16 de la Convention. La convention attributive de compétence exclut tant la norme générale de l'article 2 (le domicile du défendeur) que les normes sur les compétences spéciales. La Cour de Justice a jugé qu'il n'est pas nécessaire qu'il existe un élément objectif de connexité entre le juge désigné par les parties et le litige⁸¹⁸. La question qui se pose est de savoir si l'élection du for, matérialisé dans la convention attributive de compétence, pourrait être paralysée dans de cas où elle s'avère frauduleuse ou abusive⁸¹⁹.

Une première réponse est donnée par la Cour de Justice dans l'arrêt *Hugo Trumphy*⁸²⁰. Dans l'espèce, les marchandises à l'origine du litige ont été embarquées par différents chargeurs argentins à Buenos Aires, afin d'être transportées à Savone (Italie) pour être délivrées à Castelletti. Le transport a été opéré par un navire exploité par Lauritzen dont Trumphy est l'agent consignataire. À la suite des difficultés survenues lors du déchargement des marchandises, Castelletti a assigné Trumphy devant le *Tribunale di Genova*, en vue d'obtenir sa condamnation au paiement des dommages et intérêts. Trumphy ayant invoqué la clause attributive de compétence en faveur de la *High Court of Justice*, Londres, clause incluse dans le contrat, le *Tribunale di Genova* s'est déclaré incompétent. Castelletti a introduit un recours en cassation devant la *Corte Suprema di Cassazione* qui a décidé de surseoir à statuer et à saisir la

⁸¹⁸ Arrêt *Zelger*, précité, point 4; arrêt CJCE, *Francesco Benincasa contre Dentalkit Srl*, 3 juillet 1997, Aff. C-269/95, Rec., p. I-3767, point 28.

⁸¹⁹ M. GESTRI (*Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordenamento comunitario*, op. cit., p. 164) met en évidence que dans les droits nationaux cette mise en échec existe. Il s'agit par exemple du droit italien qui, par l'intermédiaire de l'article 4 de la loi de réforme du droit international privé, établit que l'élection du for est conditionnée par « *la verifica che essa sia avvenuta bona fide e non già in frode all'operatività di norme di applicazione necessaria della lex fori : pertanto, essa dovrà contenere una scelta giustificabile secondo criteri riconducibili alla ratio del rapporto contrattuale voluto dalle parti oppure sulla scorta della pratica abitualmente adottata in analoghi rapporti civili e commerciali oppure, ancora, sulla base di specifici e legittimi interessi delle parti* » (« *le contrôle du fait que l'élection est faite bona fide et pas en fraude de l'opérativité des normes d'application nécessaire de la lex fori : par voie de conséquence, elle devra consister dans un choix justifié par des critères qui conduisent à la ratio de la relation contractuelle voulue par les parties ou par la pratique habituellement adoptée dans des rapports civils et commerciaux analogues, ou encore sur la base des intérêts spécifiques et légitimes des parties* », notre traduction).

⁸²⁰ Arrêt CJCE, *Trasporti Castelletti SpA contre Hugo Trumphy SpA*, 16 mars 1999, Aff. C-159/97, Rec., p. I-1597. Voir commentaires de cet arrêt par : H. GAUDEMET – TALLON, « Du 16 mars 1999. – Cour de Justice des Communautés européennes – MM. Rodriguez Iglesias, prés., Jann, rapp., Léger, av. gén. – MM. Di Leo, Kielland et Sperati, av. », *RcrDIPr*, 1999, n° 3, pp. 573 – 577 ; A. HUET, « Compétence judiciaire. – Article 17. – Clause attributive de juridiction inscrite au verso du connaissance. – Forme admise par les usages du commerce international. », *JDI*, 2000, n° 2, pp. 528 – 534 ; A. RODRÍGUEZ BENOT, « Sentencia TJCE de 16 de marzo de 1999, Asunto C-159/97 », *REDI*, 1999, pp. 701 – 706.

Cour avec plusieurs (14 !) questions préjudicielles sur l'interprétation de l'article 17 de la Convention de Bruxelles. Certaines des questions portent sur le fait de savoir a) s'il est nécessaire que la juridiction désignée ait une relation quelconque avec les parties ou le contrat, au-delà de la condition générale qu'il soit un tribunal d'un État contractant, b) si le juge saisi, autre que celui désigné, pourrait contrôler la validité de la clause attributive de compétence, c) si la clause serait valable dans le cas où, selon les dispositions matérielles applicables devant le juge choisi, le transporteur verra sa responsabilité exclue ou limitée, d) si l'insertion de la clause attributive de compétence dans un formulaire préétabli et qui n'avait pas été signé par l'autre partie peut être considérée comme « *étant excessivement lourde pour cette dernière, voir abusive* ».

La Cour de Justice, dans sa réponse aux questions préjudicielles, rappelle que l'exigence de sécurité juridique constitue l'un des buts de la convention et, pour cette raison, le juge saisi pourra se prononcer sur sa propre compétence sur la base des dispositions de la Convention de Bruxelles, sans procéder à un examen de l'affaire au fond. Le principe de sécurité juridique se traduit dans le cadre de l'article 17 « *par la fixation de conditions de forme strictes* » permettant de répondre à l'objectif de « *désigner, de manière claire et précise, une juridiction d'un État contractant qui soit exclusivement compétent conformément à l'accord de volonté des parties* »⁸²¹. La Cour rappelle que l'article 17 n'implique pas un élément objectif de connexité entre le litige et le tribunal désigné⁸²². Par voie de conséquence, considère la Cour, il faut exclure « *un contrôle supplémentaire du bien-fondé de la clause et de l'objectif poursuivi par la partie qui l'a insérée, et il ne saurait être reconnu une incidence, au regard de la validité de ladite clause, des règles matérielles de responsabilité applicables devant le tribunal choisi* »⁸²³. La Cour de Justice exclut donc tout contrôle de la clause attributive de compétence et juge que la juridiction nationale doit se limiter à vérifier que les conditions strictes de l'article 17 soient remplies. Le refus explicite d'octroyer au juge saisi une marge de contrôle quant aux objectifs poursuivis par la partie qui a introduit la clause, dans l'espèce lui permettant un régime plus favorable de la responsabilité, est difficilement compatible avec la reconnaissance d'un contrôle de la fraude à la loi⁸²⁴. D'un autre côté, selon certains auteurs, on pourrait considérer que cet arrêt ne doit pas être interprété dans le sens d'exclure tout contrôle par le juge saisi car il pourra l'exercer, sur le fondement des normes d'application immédiate, pour vérifier la bonne foi et l'absence de la fraude⁸²⁵. Au contraire, A. Nuyts⁸²⁶ considère que le principe de la liberté des parties quant au choix du forum est

⁸²¹ Point 48 de l'arrêt *Trumphy*.

⁸²² Point 50 de l'arrêt *Trumphy*.

⁸²³ Point 51 de l'arrêt *Trumphy*.

⁸²⁴ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordenamiento comunitario*, *op. cit.*, p. 166.

⁸²⁵ *Ibidem*.

⁸²⁶ A. NUYTS, « Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p. 16.

consacré par le droit communautaire même qui donc empêche, dès lors que la prorogation de compétence remplit les conditions de l'article 23 du règlement Bruxelles I, la qualification de fraude⁸²⁷.

& V. La reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères dans le cadre de la Convention de Bruxelles et du règlement Bruxelles I

La question de la fraude dans le contexte de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères est délicate, car même si les ordres juridiques nationaux souvent acceptent son invocation en tant que motif du refus de reconnaître ou d'exécuter une décision étrangère⁸²⁸, la réglementation communautaire ne fait aucune indication dans ce sens. La doctrine⁸²⁹ s'est interrogée parfois sur la question de savoir si le juge national saisi pourra sanctionner des comportements abusifs ou frauduleux dans l'obtention d'une décision, par l'invocation de l'ordre public et ainsi refuser la reconnaissance et l'exécution.

L'article 34 (1) du règlement Bruxelles I (article 27 (1) de la Convention de Bruxelles) permet le refus de reconnaître une décision dans le cas où la reconnaissance serait manifestement⁸³⁰ contraire à l'ordre public de l'État membre requis. Étant une exception à la réalisation de l'objectif fondamental de la réglementation communautaire, cette disposition devrait faire objet d'une interprétation restrictive, dit la Cour de Justice des Communautés Européennes⁸³¹. De plus, cette exception doit s'appliquer seulement dans des situations exceptionnelles⁸³². L'exception d'ordre public doit opérer seulement dans les cas où la reconnaissance de la sentence étrangère heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'État requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental. Dans ce cadre, la

⁸²⁷ Une certaine marge pour la manifestation de la fraude dans le cadre de l'article 23 du règlement Bruxelles I pourrait apparaître dans le cas où les parties domiciliées dans un État membre prorogent la compétence en faveur d'un tribunal étranger. La doctrine est partagée sur la question de savoir si l'article 23 doit s'appliquer ou pas. Certains auteurs considèrent que l'élection du for étranger est suffisant pour attribuer à la situation le caractère international nécessaire, tandis que d'autres sont d'opinion que la situation doit présenter un caractère objectivement international, indépendamment de cette élection (Voir A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, Comares, Granada, 2008, p. 103). Si la Cour de Justice opterait en faveur de la deuxième opinion, la fraude pourrait se manifester par la création d'un caractère international artificiel.

⁸²⁸ Dans le droit espagnol, le *Tribunal Supremo* apprécie la proximité du litige avec le tribunal d'origine et donc procède à la reconnaissance de la décision au moins qu'il y ait des indices qui conduisent à une « *suspicion razonable de forum shopping associée à la fraude à la loi* » (Autos *Tribunal Supremo*, 7 avril 1998, 27 octobre 1998, 23 mars 1999, 30 mars 1999, 13 avril 1999, 21 septembre 1999, 16 novembre 1999, 25 janvier 2000, 29 février 2000, 16 mai 2000). Voir dans ce sens, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 227 et s.

⁸²⁹ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordenamiento comunitario*, *op. cit.*, p. 167.

⁸³⁰ Le mot « *manifestement* » a été introduit par le règlement Bruxelles I.

⁸³¹ Arrêt CJCE, *Solo Kleinmotoren GmbH contre Emilio Boch*, 2 juin 1994, Aff. C-414/92, Rec., p. I-2237, point 20.

⁸³² Arrêt CJCE, *Horst Ludwig Martin Hoffmann contre Adelheid Krieg*, 4 février 1988, Aff. 145/86, Rec., p. 645, point 21.

doctrine considère que, à l'exception des situations tout à fait spéciales, que nous allons développer par la suite, le juge national ne pourrait pas recourir à l'exception d'ordre public pour sanctionner un comportement frauduleux⁸³³.

Une première exception consisterait dans la fraude en tant que fait de tromper ou d'induire en erreur le juge ou l'autre partie⁸³⁴. Du fait d'avoir déjà invoqué la fraude devant le juge d'origine, l'article 29 de la Convention de Bruxelles (article 36 du règlement Bruxelles I) empêcherait l'invocation de l'exception de l'ordre public devant le juge saisi⁸³⁵. Dans le cas où la fraude serait découverte après l'arrêt donné par le juge d'origine, le rapport Schlosser⁸³⁶ considère que, en principe, on accepte qu'une fraude processuelle puisse signifier « *une violation de l'ordre public de l'État de reconnaissance* ». Le même rapport met en évidence qu'il revient au juge saisi la possibilité d'exercer, à titre de l'exception de l'ordre public, un contrôle sur l'absence de la fraude, mais seulement dans le cas où la victime n'a pas pu invoquer cette raison dans l'État d'origine⁸³⁷.

La deuxième exception vise la fraude à la juridiction⁸³⁸, c'est-à-dire le fait par une des parties d'avoir déterminé de manière artificielle la compétence de la juridiction d'origine, qui sans ces manœuvres n'aurait pas été compétente. La réponse à la question de savoir si le juge saisi pourra invoquer l'exception d'ordre public se trouve dans l'article 35 (3) du règlement Bruxelles I (article 28 (3) de la Convention de Bruxelles) qui lui interdit de procéder à un contrôle de la compétence du juge d'origine⁸³⁹, hormis les dérogations prévues par le premier alinéa du même article. Le critère de l'ordre public ne peut être appliqué aux règles de compétence.

Dans le cas où la fraude à la compétence a été suivie par une fraude à la loi applicable, il convient de se demander si le juge requis pourrait refuser la reconnaissance ou l'exécution de la décision étrangère. La doctrine⁸⁴⁰ donne une réponse négative, en soulignant que l'article 27 (4) de la Convention de Bruxelles, qui permettait un certain contrôle par le juge requis de la loi appliquée par le juge d'origine⁸⁴¹, n'a pas été repris par le règlement Bruxelles I.

⁸³³ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordenamiento comunitario*, op. cit., pp. 167 – 168.

⁸³⁴ *Idem*, p. 168.

⁸³⁵ G. A. L. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, Dalloz, Paris, 1972, p. 311.

⁸³⁶ P. SCHLOSSER, *Informe sobre el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como el Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia*, JOCE n° C 59, 5.03.1979, p. 93, point 192.

⁸³⁷ Rapport Schlosser, point 192.

⁸³⁸ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordenamiento comunitario*, op. cit., p. 169.

⁸³⁹ Arrêt CJCE, *Dieter Krombach contre André Bamberski*, 28 mars 2000, Aff. C-7/98, Rec., 2000, p. I-1935, points 31 et 32 : « *l'ordre public de l'État requis ne saurait être opposé à la reconnaissance ou à l'exécution d'une décision rendue dans un autre État contractant au seul motif que le juge d'origine n'aurait pas respecté les règles de la convention relatives à la compétence* ».

⁸⁴⁰ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordenamiento comunitario*, op. cit., p. 170.

⁸⁴¹ « *Les décisions ne sont pas reconnues* :

[...]

Pour conclure, il faudrait souligner que le règlement Bruxelles I exclut la possibilité pour le juge requis de soulever d'office l'exception de l'ordre public. En effet, son préambule souligne que « *la déclaration relative à la force exécutoire d'une décision devrait être délivrée de manière quasi automatique, après un simple contrôle formel des documents fournis, sans qu'il soit possible pour la juridiction de soulever d'office un des motifs de non-exécution prévus par le présent règlement* » (considérant n° 17). Dans le cas de la contrariété d'une décision étrangère avec l'ordre public de l'État requis, il revient aux parties d'invoquer cette exception.

& VI. La fraude à la compétence dans le cadre des règlements Bruxelles II et Bruxelles II bis

La question de la fraude dans le cadre des règles de conflit de compétence judiciaire en matière familiale s'est posée pour la première fois dans le cadre du rapport Borrás⁸⁴². Ce rapport mettait en exergue la position de l'Irlande lors de la négociation de la Convention de 1998 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale. L'Irlande demandait ainsi, lors de la reconnaissance des décisions de divorce provenant des pays ayant un système plus libéral, de pouvoir « *vérifier si les parties qui demandent le divorce ont effectivement résidé de manière habituelle dans l'État membre concerné, afin d'écartier les cas de fraude ou de détournement des objectifs de la convention qui pourraient être contraires à la constitution irlandaise* »⁸⁴³. La prétention était de modifier la convention pour permettre au juge requis de refuser la reconnaissance dès lors que la compétence du juge d'origine n'aurait pas été fondée sur un rattachement réel d'au moins un des époux avec l'État en question. Cette proposition a été jugée comme inacceptable car elle contrevenait au principe de confiance mutuelle entre les États membres. L'unique concession faite à l'Irlande a été une période transitoire de 5 ans.

La position exprimée par l'Irlande lors de la signature de la Convention de 1998 n'a pas eu de suivi dans le cadre du règlement Bruxelles II. La doctrine s'est cependant interrogée sur la question de savoir s'il ne serait pas possible, en invoquant le principe « *fraus omnia corrumpit* », de sanctionner les manœuvres frauduleuses qui auraient déterminé « *une apparence de*

4) *si le tribunal de l'État d'origine, pour rendre sa décision, a, en tranchant une question relative à l'état ou à la capacité des personnes physiques, aux régimes matrimoniaux, aux testaments et aux successions, méconnu une règle de droit international privé de l'État requis, à moins que sa décision n'aboutisse au même résultat que s'il avait fait application des règles du droit international privé de l'État requis;*

[...]. »

⁸⁴² A. BORRÁS, *Rapport explicatif relatif à la convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale* (Texte approuvé par le Conseil le 28 mai 1998), JOCE n° C 221, 16.07.1998, pp. 27- 64.

⁸⁴³ Rapport Borrás, point 129.

compétence à une juridiction normalement incompétente »⁸⁴⁴. Le même auteur considère cependant que la fraude à la loi pourrait être considérée un cas particulier d'intervention de l'ordre public et que l'article 17 du règlement Bruxelles II, qui exclut l'application de l'exception de l'ordre public aux règles de compétence des articles 2 à 8, interdit donc de l'invoquer. Il serait ainsi « préférable d'admettre que le règlement n'empêche pas de sanctionner la fraude dans la mesure où, en matière d'état de personnes, la fraude doit être combattue avec une vigilance tout à fait spéciale »⁸⁴⁵. Toutes les remarques seraient valables aussi dans le cadre du règlement Bruxelles II bis, qui n'apporte pas des changements.

Tant que le règlement Rome III⁸⁴⁶ ne sera pas adopté, la possibilité pour les époux de choisir entre différents fors, par l'éventuel moyen du critère de la résidence habituelle, encouragera le *forum shopping*, car il est compréhensible qu'ils cherchent les aspects de droit procédural ou matériel plus favorables pour eux. Il revient à la jurisprudence communautaire en train de se construire de mettre en exergue des possibles cas de fraude et la possibilité de les sanctionner.

Section II. L'abus de droit en tant que limite du forum shopping ou le forum shopping malus

Même si assez méconnue en droit international privé, la réserve de l'abus de droit peut représenter « un palliatif acceptable aux insuffisances de la théorie de la fraude »⁸⁴⁷. Elle peut être appropriée dans le cas où la règle de conflit prévoit des options de compétence et la théorie de la fraude, dans ses diverses formes, ne peut pas atteindre toutes les hypothèses de *forum shopping malus*. En comparaison avec la fraude à la compétence ou à la juridiction qui suppose la création ou la modification d'une situation internationale et qui permet donc de sanctionner ce type de *forum shopping*, la situation est différente dans le cas où il s'agit de l'exploitation d'une situation internationale préexistante. Il ne s'agit pas de créer ou modifier des critères de rattachement, mais d'un choix entre des critères déjà existants. Le demandeur dispose d'un choix en vertu des règles de compétence judiciaire internationale directe, « en raison de l'internationalité de sa situation personnelle qui préexiste à la saisine de l'autorité étatique »⁸⁴⁸.

⁸⁴⁴ H. GAUDEMET – TALLON, « Le Règlement n° 1347/2000 du conseil du 29 mai 2000 : Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs », *JDI*, 2001, p. 381 – 430, spéc. p. 410.

⁸⁴⁵ *Ibidem*.

⁸⁴⁶ Proposition de règlement du Conseil, du 17 juillet 2006, modifiant le règlement (CE) n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale, COM(2006) 399 final.

⁸⁴⁷ É. CORNUT, « Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé », *op. cit.*, p. 31.

⁸⁴⁸ *Idem*, p. 33.

L'instrument de la fraude en droit international privé ne peut pas jouer ici car il n'y a ni loi ou juridiction évincée, ni loi ou juridiction normalement compétente.

Si, dans le cadre du droit international privé, les particuliers peuvent utiliser leurs droits de manière abusive, il ne s'agirait pas d'un abus de la norme de conflit, la mise en évidence de l'abus nécessitant la détermination de la loi applicable au droit subjectif objet ou moyen de l'abus. La perspective change cependant dès lors que les particuliers disposent d'une certaine volonté quant au choix d'un juge ou d'une loi. Dans ce cadre, le droit international privé crée des droits subjectifs au chef des particuliers : ils peuvent choisir, dans les limites du droit objectif, telle juridiction ou telle loi. Ces droits subjectifs sont susceptibles d'être utilisés de manière abusive. Ne pas admettre l'abus dans ce contexte reviendrait à reconnaître à l'option de compétence nationale un caractère discrétionnaire⁸⁴⁹.

Le droit de choisir entre les différents tribunaux internationalement compétents constitue un droit-fonction qui répond à l'objectif bien déterminé de faciliter l'accès du demandeur à la justice. Donc il ne s'agit pas d'un droit discrétionnaire et il s'en déduit que son utilisation à d'autres fins est susceptible de dégénérer en abus de droit. Il convient d'analyser par la suite des différentes manifestations de l'abus de droit dans le contexte des actions dénégatoires (& I), de la litispendance internationale (& II) et des *anti-suit injunctions* (& III).

& I. L'abus de droit et les actions dénégatoires

Par une action dénégatoire, une de parties, en utilisant les chefs de compétences disponibles, mais en choisissant celui qui lui est plus favorable, demande au juge de constater que le défendeur n'a aucune prétention valable à son encontre, toute demande ultérieure de la victime de l'inexécution étant paralysée par le jeu de la litispendance. Dans l'affaire *Tatry*, précitée, une telle action ayant été introduite, la théorie de la fraude à la compétence ne pouvait être invoquée dès lors que la saisine des tribunaux néerlandais par l'action dénégatoire était le résultat d'une option de compétence internationale. Il s'agit cependant d'une « *manœuvre déloyale par des plaideurs peu scrupuleux* »⁸⁵⁰, car elle leur permet de saisir les tribunaux de leur choix en empêchant, par le jeu de la litispendance, que l'autre partie puisse saisir les tribunaux qui lui seraient plus convenables. Ce procédé a été dénoncé par des nombreux auteurs⁸⁵¹, car il permet « *un dérèglement complet du système de compétence internationale* ». Permettre à

⁸⁴⁹ Dans ce sens se prononce l'Avocat Général P. MENGOZZI dans ses conclusions sur l'affaire *Freeport*, citées, note 30.

⁸⁵⁰ A. NUYTS, « Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p. 18.

⁸⁵¹ Voir par exemple E. TICHADOU, « Du 6 décembre 1994. – Cour de Justice des Communautés européennes. – MM. Rodriguez Iglesias, prés. ; Joliet, Schockweiler, Kapteyn, Mancini, Kakouris, Murray, juges ; Tesauro, av. gén. – MM. Shaff, Priday, Persey, av. », *RcrDIPr*, 1995, n° 3, pp. 601 – 609.

n'importe quelle des parties la possibilité d'assigner l'affaire devant le for de son choix a pour effet d'encourager la « *course au tribunal* » et d'attirer les litiges devant les fors qui admettent les actions dénégatoires. Cependant, parfois l'introduction d'une action dénégatoire répond à des motifs substantiels comme « *l'intérêt légitime à clarifier sa situation à l'égard d'une autre personne qui se sert de la menace d'une procédure comme instrument de pression, ou qui retarde sans nécessité l'introduction de l'action* »⁸⁵². D'autres auteurs⁸⁵³ considèrent, au contraire, que tous les fors prévus par le règlement Bruxelles I doivent être considérés comme équivalents et la possibilité des parties de choisir un parmi eux correspond au principe d'égalité des armes entre plaideurs (« *en fait, l'arrêt Tatry a donné au défendeur 'naturel' la possibilité d'obtenir la juridiction de son choix, mettant ainsi les deux parties 'sur le même pied'* »).

Nous pensons qu'il y a des cas où l'action dénégatoire ne répond à aucun motif substantiel et qu'elle a comme objectif seulement d'empêcher l'autre partie, par l'application de l'exception de litispendance, de saisir le tribunal de son choix. L'action aura un caractère abusif et le juge saisi devrait décliner sa compétence. La doctrine⁸⁵⁴ considère qu'il y a abus de droit dans le cas où on peut établir que l'action introduite dans un certain pays vise un autre but que celui d'obtenir la reconnaissance judiciaire des droits. Par voie de conséquence, il n'y aurait détournement du droit d'option de compétence internationale si, au-delà des avantages procéduraux et/ou matériels apportés par la saisine du for, l'action serait motivée par la volonté d'obtenir une décision tranchant sur le fond de l'affaire.

Certains auteurs⁸⁵⁵ estiment qu'il serait préférable soit de déclarer irrecevables les actions déclaratoires en validité d'un contrat ou en non-responsabilité, exercées à seule fin de priver l'adversaire du droit d'option de compétence (mais sur quelle base, il y aurait une obligation dans ce sens pour les États membres et leurs juridictions ?), soit d'admettre que « *les règles conventionnelles puissent être écartées au moyen d'une exception de fraude dont la Cour de Luxembourg pourrait dessiner les contours* », donc l'application du principe d'interdiction de l'abus de droit.

& II. L'abus du choix du for et les autres cas de mise en jeu de la litispendance internationale

Le *forum shopping* induit parfois un conflit de procédures, car chacune des parties saisit la juridiction qu'elle estime plus appropriée pour statuer. Sous le règlement Bruxelles I, la

⁸⁵² A. NUYTS, « Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p. 19.

⁸⁵³ P. WAUTELET, « Swiss Bundesgericht, 26 September 1997, a strong incentive to the litigants to act promptly », *European Review of Private Law*, 2001, vol. 1, pp. 81 – 92.

⁸⁵⁴ A. NUYTS, « Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p. 26.

⁸⁵⁵ P. THIERRY, *op. cit.*, p. 552.

juridiction saisie en second lieu devrait décliner sa compétence en faveur de la première saisie. Le problème intervient dans le cas où la première saisine est abusive, car elle pourrait aboutir à une décision, la juridiction saisie ne pouvant pas décliner sa compétence en faveur de la seconde. Cette possibilité d'abus apparaît dans l'arrêt *Gasser*⁸⁵⁶.

Dans le cadre d'un litige entre une société autrichienne, Gasser, et une société italienne, Misat, suite à la rupture des relations contractuelles, la Cour de Justice est invitée à se prononcer sur l'interprétation de l'article 21 de la Convention de Bruxelles. Cet article traite précisément de la litispendance internationale. Les deux sociétés avaient saisi respectivement un tribunal italien et un tribunal autrichien.

La Cour de Justice rappelle premièrement que l'article 21 de la Convention de Bruxelles a pour objectif d'éviter des procédures parallèles devant les juridictions de différents États contractants et la contrariété de décisions qui pourrait en résulter. Dans ce sens, cet article doit faire l'objet d'une interprétation large et englober toutes les situations de litispendance devant les juridictions des États membres⁸⁵⁷. Dans le cas de litispendance, le juge saisi en second lieu doit surseoir d'office à statuer jusqu'à ce que le premier juge saisi statue sur sa compétence⁸⁵⁸. Le juge saisi en second lieu ne peut pas contrôler la compétence du premier juge saisi. L'arrêt *Overseas Union Insurance e.a.*⁸⁵⁹ avait admis une seule exception : le cas où le juge saisi en second lieu dispose d'une compétence exclusive en vertu de l'article 16 de la Convention de Bruxelles. Cependant, l'existence d'une prorogation de compétence en faveur du deuxième juge en vertu de l'article 17 de la Convention de Bruxelles, ne saurait remettre en cause l'application de l'article 21⁸⁶⁰. Il revient au premier juge saisi d'apprécier l'existence et la validité d'une telle prorogation et par conséquent, se déclarer compétent ou se dessaisir, selon le cas. La Cour exclut que l'argument selon lequel des comportements dilatoires des parties qui, souhaitant retarder la solution du litige au fond, engageraient une action devant un tribunal incompétent du fait de l'existence d'une clause attributive de compétence, puisse remettre en cause l'interprétation donnée à l'article 21⁸⁶¹. La solution donnée par la Cour semble critiquable, surtout si on prend en considération l'argument invoqué par le Royaume-Uni concernant les actions dilatoires. En effet, « *l'appel par la cour à*

⁸⁵⁶ Arrêt CJCE, *Erich Gasser GmbH contre MISAT Srl*, 9 décembre 2003, Aff. C-116/02, Rec., p. I-14693. Voir commentaires de cet arrêt par : C. BRUNEAU, « Litispendance européenne et clause attributive de juridiction », *Recueil Dalloz*, Jurisprudence, 2004, n° 15, p. 1046 – 1050 ; H. MUIR WATT, « Du 9 décembre 2003. – Cour de justice des Communautés européennes. – MM. Skouris, prés. ; Schintgen, rapp. ; Léger, av. gén. – Me Shefling et Walter, av. », *RevDIPr*, 2004, n° 2, pp. 459 – 464.

⁸⁵⁷ Point 41 de l'arrêt *Gasser*.

⁸⁵⁸ Point 42 de l'arrêt *Gasser*.

⁸⁵⁹ Arrêt CJCE, *Overseas Union Insurance Ltd et Deutsche Rück Uke Reinsurance Ltd et Pine Top Insurance Company Ltd contre New Hampshire Insurance Company*, 27 juin 1991, Aff. C-351/89, Rec., p. I-3317.

⁸⁶⁰ Point 47 de l'arrêt *Gasser*.

⁸⁶¹ Point 53 de l'arrêt *Gasser*.

l'objectivité du critère chronologique n'est crédible que si la mise en œuvre de ce critère s'accompagne au minimum de la mise en place de mécanismes de prévention de l'abus »⁸⁶².

La doctrine suggère que, même dans le cas où il existeraient des chefs de compétence en faveur du premier juge saisi, celui-ci devrait avoir la possibilité de se dessaisir en faveur du second juge, dès lors qu'il apparaît une manœuvre de la part du demandeur cherchant à échapper à la compétence du dernier et qui serait mieux placé pour assurer l'exécution de la décision qui donnerait à son encontre⁸⁶³.

& III. L'abus du choix du for et les « *antisuit injunctions* »

Les juridictions anglaises utilisent les injonctions à des buts variés : empêcher une partie de quitter la Grande-Bretagne, lui interdire de disposer de ses biens ou lui imposer de les rapatrier (*Mareva injunctions*), lui interdire d'entreprendre ou de continuer une procédure (*antisuit injunctions*) surtout lorsqu'une partie méconnaît une clause attributive de juridiction qu'elle a souscrite ou lorsqu'elle procède devant un *forum non conveniens*⁸⁶⁴.

Dans l'affaire *Turner*⁸⁶⁵, un salarié avait travaillé plusieurs années à Londres puis, à sa demande, son bureau avait été transféré en Espagne. Cependant, après quelques mois, il a démissionné et assigné son employeur devant l'*Employment tribunal* de Londres où il avait son domicile, pour le motif d'« avoir été victime de tentatives visant à l'impliquer dans des agissements illicites, ce qui, selon lui, équivalait à un licenciement abusif ». L'employeur, de son côté, a saisi la juridiction espagnole. Par la suite, la *High Court*, puis la *Court of appeals* lui ont appliqué une injonction d'abandonner la procédure entreprise en Espagne. Après s'être désistée de l'action

⁸⁶² H. MUIR WATT, « Du 9 décembre 2003. – Cour de justice des Communautés européennes. – MM. Skouris, prés. ; Schintgen, rapp. ; Léger, av. gén. – Me Shefling et Walter, av. », *op. cit.*, p. 462. Dans le même sens s'est prononcé l'Avocat Général P. Léger dans les conclusions présentées sur l'affaire *Gasser* le 9 septembre 2003. Il avait mis en évidence que la prorogation de compétence a les mêmes effets que les compétences exclusives, dans le sens où elle exclut la compétence générale fondée sur l'article 2 ou les compétences spéciales. Au cas contraire l'effet utile de l'article 17 de la Convention de Bruxelles se trouverait sérieusement compromis, car une des parties, en ne respectant pas la convention attributive de compétence, pourrait saisir abusivement une autre juridiction en sachant qu'elle n'est pas compétente, mais uniquement avec un objectif d'un comportement dilatoire (voir points 67 et s. des Conclusions).

⁸⁶³ C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, vol. 2, 2000, pp. 501 – 502.

⁸⁶⁴ P. THIERRY, *op. cit.*, p. 549. Voir aussi L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on The conflict of laws*, Sweet & Maxwell, Londres, 2006, pp. 463 – 511 ; P. NORTH, J. J. FAWCETT, *Private International Law*, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 1999, pp. 359 – 373.

⁸⁶⁵ Arrêt CJCE, *Gregory Paul Turner contre Felix Fared Ismail Grovit, Harada Ltd et Changepoint SA*, 27 avril 2004, Aff. C-159/02, Rec., p. I-3565. Voir commentaires de cet arrêt par : R. CARRIER, « Anti-suit injonction : la CJCE met fin à un anachronisme », *Droit Maritime Français*, 2004, pp. 403 – 412 ; C. M. V. CLARKSON, J. HILL, *The conflict of laws*, Oxford University Press, 2006, pp. 128 – 130 ; T. C. HARTLEY, « Antisuit injunctions and the Brussels jurisdiction and judgements Convention », *ICLQ*, 2000, vol. 49, pp. 166 – 171 ; H. MUIR WATT, « Injonction anti-suit. – Comportement procédural abusif. – Compatibilité avec la Convention de Bruxelles. – Question préjudicielle. », *RerDIPr*, 2003, n° 1 pp. 116 – 126 ; P. THIERY, « Heurs et malheurs des injonctions in personam », *RTDC*, juillet-septembre 2004, pp. 549 – 552.

pendante devant la juridiction espagnole, l'employeur a saisi la *House of Lords* en invoquant l'incompatibilité de l'injonction avec la Convention de Bruxelles. Cette dernière juridiction a saisi la Cour de Justice en vue de se prononcer sur une question préjudicielle concernant ce point.

Le gouvernement britannique a soutenu que les « *anti-suit injunctions* » ne s'adressent pas à la juridiction d'un autre État membre mais à une personne soumise à la compétence du juge qui les prononce. Il ne s'agirait donc pas d'une décision d'un juge anglais sur la compétence de son homologue étranger, mais d'une mesure d'organisation de la procédure. De plus, les « *anti-suit injunctions* » contribueraient à la réalisation d'un des objectifs poursuivis par la Convention de Bruxelles, à savoir la réduction du nombre des juridictions compétentes pour connaître d'un même litige.

La Cour de Justice commence son raisonnement en estimant que la Convention de Bruxelles repose « *nécessairement sur la confiance que les États contractants accordent mutuellement à leurs systèmes juridiques et à leurs institutions judiciaires* ». En vertu du principe de confiance légitime, a été mis en place « *un système obligatoire de compétence* », obligatoire pour les juridictions nationales et accompagné par la renonciation corrélative par les États membres de leurs règles internes de conflit de juridictions⁸⁶⁶. Dans ce cadre, les dispositions de la Convention de Bruxelles sont interprétées et appliquées, avec la même autorité, par toutes les juridictions nationales⁸⁶⁷. En dehors des exceptions prévues par l'article 28, qui n'est pas applicable à l'espèce, la Convention « *n'autorise pas le contrôle de la compétence d'un juge par le juge d'un autre État contractant* »⁸⁶⁸. Par la suite la Cour estime

« Or, l'interdiction faite par une juridiction à une partie, sous peine de sanction, d'introduire ou de poursuivre une action devant une juridiction étrangère a pour effet de porter atteinte à la compétence de celle-ci pour résoudre le litige. En effet, dès lors que le demandeur se voit interdit d'intenter une telle action par une injonction, force est de constater l'existence d'une ingérence dans la compétence de la juridiction étrangère, incompatible, en tant que telle, avec le système de la convention. »⁸⁶⁹

⁸⁶⁶ Point 24 de l'arrêt *Turner*. Dans le même sens se prononce l'Avocat Général Ruiz-Jarabo Colomer, dans ses conclusions présentées sur l'affaire le 20 novembre 2003, point 31 : « *La coopération judiciaire, dont la convention de Bruxelles est un jalon important, est imprégnée de la notion de confiance légitime, qui présuppose que chaque État membre reconnaisse la capacité des autres ordres juridiques à contribuer de façon autonome, bien qu'harmonisée, à la réalisation des objectifs d'intégration fixés* ». Bien que le principe de confiance légitime n'ait pas été expressément prévu dans le texte de la Convention, il découlait de l'entier système des règles de conflit de compétence. Le considérant n° 16 du règlement Bruxelles I a introduit la mention expresse du principe de confiance légitime.

⁸⁶⁷ Point 25 de l'arrêt *Turner*.

⁸⁶⁸ Point 26 de l'arrêt *Turner*. Ce principe avait été déjà affirmé par les arrêts *Gasser* et *Overseas Union Insurance*, précités.

⁸⁶⁹ Point 27 de l'arrêt *Turner*.

De plus, la pratique des injonctions interférerait avec les mécanismes classiques de la litispendance et connexité, retenus par la Convention de Bruxelles⁸⁷⁰. L'Avocat Général avait mis en évidence que l'interdiction faite au plaideur de poursuivre une action devant une juridiction déterminée a pour effet de priver celle-ci de toute compétence pour résoudre le litige, « *ce qui constitue une ingérence directe dans son pouvoir juridictionnel souverain* »⁸⁷¹.

Même si elles apportent des avantages comme la sanction de l'abus de procédure, la protection du for naturel, l'efficacité des conventions d'arbitrage ou de juridiction, les injonctions restent controversées car elles relèvent du pur unilatéralisme et leur légitimité est incertaine dans un système fondé sur la réciprocité⁸⁷². Si tous les juges européens s'arrogeaient le pouvoir d'appliquer des « *anti-suit injunctions* », « *ce serait le chaos* », avertissait l'Avocat Général Ruiz-Jarabo Colomer dans ses conclusions sur l'affaire *Turner*, précitées⁸⁷³.

La Cour considère ainsi que les injonctions ne peuvent pas être justifiées par le fait qu'elles visent à empêcher un abus de procédure de la part du défendeur à la procédure nationale. Le jugement visant à apprécier le caractère abusif de l'introduction d'une action devant une juridiction étrangère impliquerait en effet la considération du caractère pertinent d'une telle action, considération qui serait contraire au principe de confiance mutuelle, car elle déterminerait le contrôle de la compétence d'un juge étranger⁸⁷⁴. Dans le cas où l'injonction devrait être considérée en tant que mesure nationale de nature procédurale visant à assurer l'intégrité de la procédure pendante devant la juridiction qui l'applique, il faudrait qu'elle ne porte pas atteinte à l'effet utile de la Convention de Bruxelles. Ce n'est pas le cas dans l'espèce, parce que la mesure limite l'application des règles de compétence prévues par la Convention⁸⁷⁵. La Cour refuse donc d'accepter une notion d'abus de droit, régie par le droit national, dans la mesure où il signifierait une atteinte à l'effet utile du droit communautaire.

⁸⁷⁰ Point 30 de l'arrêt *Turner*.

⁸⁷¹ Point 34 des conclusions.

⁸⁷² P. THIERRY, *op. cit.*, p. 551.

⁸⁷³ Point 33 des conclusions.

⁸⁷⁴ Point 29 de l'arrêt *Turner*.

⁸⁷⁵ Point 24 de l'arrêt *Turner*.

Conclusion du Titre Second

La jurisprudence analysée dans le cadre de ce Titre nous permet de comprendre le caractère complexe de la notion d'abus de droit en droit communautaire. L'étude s'est penchée sur quatre domaines, avec des caractéristiques distinctes. Ainsi, en droit des sociétés, même si réfractaire à reconnaître l'existence d'un abus de droit, la Cour de Justice a souligné qu'il est abusif de choisir, parmi les différents moyens de réparation du préjudice subi, celui qui cause des dommages à autrui.

En ce qui concerne la politique agricole commune et la fiscalité indirecte, surtout la TVA, la Cour parle des montages purement abusifs ou pratiques abusives, pour mettre en évidence les constructions juridiques mises en œuvre par les particuliers afin d'obtenir des avantages financiers comme les restitutions à l'importation/exportation ou le remboursement de la TVA. Si dans le cas de la politique agricole commune, les situations en cause supposent nécessairement le franchissement d'une frontière et donc une artificialité transnationale, la situation est différente en ce qui concerne la fiscalité indirecte, où la situation peut rester purement interne.

Finalement, l'analyse de l'abus de droit dans le domaine du droit international privé communautaire nous a permis de mettre en évidence sa spécificité à côté de sa variété. Son interaction avec des instruments propres du droit international privé nous amène à nous interroger, dans le cadre de la Deuxième Partie, sur l'impact qu'une éventuelle consécration d'un principe général, et donc transversal, d'interdiction de l'abus de droit aura sur le droit international privé communautaire.

Conclusion de la Première Partie

À différence des conceptions nationales sur l'abus de droit, en droit communautaire, en tant qu'ordre juridique supranational, l'abus se manifeste dans le contexte de l'interaction de plusieurs ordres juridiques. L'abus de droit prend des formes variées en fonction du domaine où il se manifeste. La typologie dédoublée, en fonction du degré d'harmonisation du domaine en cause aura un impact essentiel sur le choix des techniques juridiques consacrées par la Cour de Justice pour lutter contre l'abus de droit. Ainsi, dans les domaines harmonisés, elle est plus courageuse à consacrer un principe général d'interdiction de l'abus de droit, tandis que, dans les autres domaines, elle préfère seulement encadrer les compétences réservées aux États membres.

Le caractère spécifique de l'ordre juridique communautaire a des conséquences incontournables sur la manifestation de l'abus de droit. En analysant les domaines préférés de son apparition, nous avons mis en évidence le caractère spécifique de l'abus de droit. Les particuliers choisissent d'exercer des droits issus du droit communautaire non dans le but duquel le droit a été octroyé, principalement de favoriser la création d'un marché intérieur, mais dans celui de pouvoir profiter d'une législation plus favorable à ses intérêts, en échappant à la législation qui leur sera normalement applicable. Il s'agit ainsi de l'exercice abusif des droits issus du droit communautaire pour frauder la loi nationale. Il arrive aussi que les particuliers ne veuillent pas échapper à une loi nationale, mais au contraire ils veulent profiter d'une certaine législation et ainsi ils essaient de créer artificiellement les conditions de son application.

L'autre forme principale d'abus de droit suppose un abus direct des dispositions communautaires, mais non dans l'objectif d'échapper à une législation nationale, parce qu'il n'y a pas d'intérêt à le faire dès lors que le domaine est harmonisé. Les particuliers cherchent à profiter de manière non justifiée de certains avantages financiers offerts par le droit communautaire, ou bien il s'agit de choisir, parmi les options légales possibles, celle qui est la plus préjudiciable aux droits d'autrui.

**Deuxième partie. Les techniques juridiques de
lutte contre l'abus de droit en droit
communautaire**

Dans la Première Partie, l'analyse de la jurisprudence communautaire nous a permis de mettre en exergue les différentes hypothèses d'exercice abusif des droits issus des dispositions communautaires, inscriptibles dans une « *unique matrice* »⁸⁷⁶ de l'abus de droit en tant que catégorie générale. Cet encadrement conceptuel, qui peut paraître impossible du point de vue purement des ordres juridiques nationaux, est acceptable dans le droit communautaire. Il revient maintenant de clarifier la signification normative de la référence de la Cour de Justice au fait que « *les particuliers ne sauraient se prévaloir abusivement ou frauduleusement* » des droits octroyés par le droit communautaire.

L'analyse sectorielle développée dans la Première Partie sera ainsi suivie par la recherche d'une systématisation des techniques juridiques développées par le juge communautaire en vue d'aider les juges nationaux, juges de droit commun dans l'application du droit communautaire, dans leurs efforts de qualifier correctement les comportements abusifs. Dans ce contexte, l'analyse suivra une approche liée à la méthodologie évolutive de l'encadrement de la notion juridique d'abus de droit. Les efforts initiaux, consistant dans une réduction de la notion d'abus de droit à un simple critère de délimitation du champ d'application du droit communautaire, puis le recours à la technique des raisons impérieuses d'intérêt général, se sont montrées, à notre avis, limitées et susceptibles de critiques multiples (Premier Titre). Par conséquent, face à la nécessité de recourir à un instrument juridique supérieur, la Cour de Justice a fini par reconnaître un principe général du droit communautaire consistant en l'interdiction de l'abus de droit (Titre Second).

⁸⁷⁶ L'expression a été utilisée par M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, op. cit., p. 197.

Premier Titre. L'interdiction de l'abus de droit : délimitation du champ d'application du droit communautaire ou exception à son application ?

L'analyse de la jurisprudence communautaire nous permet de mettre en évidence l'évolution des différentes techniques juridiques utilisées par la Cour pour combattre les comportements abusifs manifestés dans l'ordre juridique communautaire. L'évolution de la théorie de l'abus de droit est ainsi passée par différentes étapes. Il s'agit en premier lieu de la délimitation stricte du champ d'application des libertés en vue de laisser en dehors les comportements abusifs (Chapitre I). La Cour de Justice a plusieurs fois souligné que le comportement abusif exclut l'application du droit communautaire. La Cour semble ainsi suivre à Planiol : « *l'abus commence où le droit cesse* ». Même si cette conception peut s'avérer efficace dans certains cas, il s'agit, à notre avis, d'une réduction forcée de la notion d'abus de droit, au lieu de lui reconnaître un rôle plus important dans l'ordre juridique communautaire.

Il s'agit ensuite de l'utilisation par la Cour de la technique des raisons impérieuses d'intérêt général en considérant que les États membres pourraient invoquer la lutte contre l'abus pour justifier des restrictions aux libertés communautaires (Chapitre II). Nous mettrons en évidence qu'il s'agit d'une technique que la Cour préfère utiliser de manière constante dans les domaines où le transfert de compétence en faveur de la Communauté européenne ne s'est pas réalisé. Les États membres restent ainsi compétents à établir eux-mêmes des instruments de lutte contre la fraude à leur législation par un exercice abusif des droits issus du droit communautaire.

Face à l'inadaptabilité de ces instruments pour lutter contre l'abus de droit, il convient de rechercher un instrument juridique supérieur (Chapitre III). Les avantages de la consécration d'un principe général sont multiples et la Cour, consciente de ces atouts, essaiera de construire un principe communautaire d'interdiction de l'abus de droit. Ce chapitre permettra de présenter le contexte normatif de consécration d'un tel principe, c'est-à-dire les caractéristiques des principes communautaires, quelques exemples de consécration et l'avantage de la consécration d'un principe communautaire d'interdiction de l'abus de droit.

Chapitre I. La réduction de l'interdiction de l'abus de droit à un simple critère de délimitation du champ d'application des libertés communautaires

La jurisprudence communautaire présentée dans le cadre de la Première Partie, analysée dans la perspective de la création d'une notion autonome d'abus de droit, soulève une interrogation quant à la nécessité d'agir dans ce sens et la possible, et inutile, « *superstructure conceptuelle* »⁸⁷⁷. La première technique juridique utilisée par la Cour pour combattre les abus a permis la réduction d'une telle notion à un simple critère d'interprétation des normes communautaires. La technique présente deux sous-catégories. Il s'agit premièrement de voir si une situation particulière entre ou pas dans le champ d'application d'une norme communautaire conférant des droits aux particuliers, en contrôlant si les conditions d'application de la norme sont accomplies dans les cas soumis à l'analyse (Section I). En deuxième lieu, il s'agit de l'exercice de l'activité sous l'apparence d'une norme communautaire tandis qu'elle devrait se soumettre à une autre norme (Section II). L'étude de ces méthodes mettra en exergue son opérativité limitée.

Section I L'interdiction de l'abus de droit en tant qu'une « question d'interprétation » du droit communautaire

La motivation sur laquelle se basent les démarches de la Cour de Justice consiste dans le fait qu'une définition précise du champ d'application des libertés communautaires permettra d'exclure de son bénéfice les comportements abusifs. Il revient donc au juge d'interpréter les dispositions communautaires, en cherchant des critères permettant de distinguer entre réel et fictif, entre un usage normal des droits et un usage abusif. Dans ce cadre, le juge considère que si le comportement abusif est prouvé, le droit communautaire ne s'applique pas. Les contournements se trouvent donc en dehors du droit communautaire.

& I. L'opérativité de l'interdiction de l'abus de droit

Dans ses conclusions de 4 février 1998 sur l'affaire *Kefalas*⁸⁷⁸, l'Avocat Général Tesauro, après refuser l'éventualité de la création d'une notion autonome de l'abus de droit et

⁸⁷⁷ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, op. cit., p. 203.

⁸⁷⁸ CJCE, *Alexandros Kefalas e.a. contre Elliniko Dimosio et Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE*, 12 mai 1998, Aff. C-367/96, Rec., p. I-2843. Pour rappel, il s'agissait d'une action en justice introduite par certains actionnaires demandant la nullité de l'augmentation du capital social considérée comme contraire à la directive

par la suite de consacrer un principe général du droit communautaire, estime que l'interdiction de l'abus de droit est une « *question d'interprétation* » de la réglementation communautaire en cause. Il revient exclusivement à la Cour de Justice la tâche de déterminer le domaine du droit communautaire invoqué, c'est-à-dire « *les limites inhérentes à la position juridique subjective visée* »⁸⁷⁹.

L'analyse de la jurisprudence communautaire a mis en évidence l'emploi des différents critères adjoints pour circonscrire le champ d'application des libertés de circulation, en évitant ainsi toute référence à l'abus de droit. Le plus souvent, le juge communautaire utilise, en tant que critère, le caractère effectif de l'activité en cause. Les exemples se sont multipliés au cours des années et ont touché des secteurs variés. Il s'agit par exemple de la libre circulation des travailleurs. Dans l'affaire *Lair*⁸⁸⁰, l'Avocat Général G. Slynn avait mis en évidence que la notion de travailleur est un concept de droit communautaire, interprété largement mais sous réserve que les règles communautaires « *ne couvrent que l'exercice d'activités réelles et effectives, à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement marginales ou accessoires* »⁸⁸¹. La caractéristique essentielle pour déterminer si une personne est un travailleur consiste dans le fait que, pendant une certaine période, elle assure des prestations pour un tiers et sous sa direction et reçoit une rémunération. Seulement dans le cas où ces conditions sont remplies, le droit communautaire s'appliquera. S'agissant d'un « *travailleur véritable* », les intentions accessoires ayant motivé l'exercice du droit de circuler pour travailler dans un autre pays n'ont pas de pertinence. Cependant dans le cas où la personne se rend à un autre pays pour d'autres motifs que le travail, elle ne pourra pas être considérée comme travailleur. Le fait d'avoir travaillé de manière véritable et effective pour une brève période, avant de commencer ses études, ne peut non plus être pris en considération pour appliquer les dispositions communautaires. Pour apprécier le caractère véritable et effectif du travail réalisé, un critère précis est assez difficile à trouver. Un critère temporel pourrait être souhaitable mais il soulèvera des difficultés pratiques : si un minimum d'un an peut représenter une condition raisonnable pour décider sur la qualité de travailleur, il ne s'agit pas d'un test absolu, car une personne pourra obtenir cette qualité avant l'expiration de cette période. Il faudrait ajouter un

communautaire n° 77/91 du Conseil, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 44, deuxième alinéa, du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital (la deuxième directive). Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Titre Second, Chapitre I, pp. 179 et s.

⁸⁷⁹ Point 25 des conclusions.

⁸⁸⁰ CJCE, *Sylvie Lair c. Universität Hannover*, 21 juin 1988, Aff. 39/86, Rec., p. 3161. Pour rappel, il s'agissait d'un travailleur de nationalité française qui vivait en Allemagne où il a travaillé pour une certaine période avant de commencer le chômage. Mme Lair commence par la suite des études universitaires et demande une aide à la formation. La question préjudicielle visait la compatibilité, avec le droit communautaire, des conditions d'octroi aux étrangers de l'aide à la formation. Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Premier Titre, Chapitre V, pp. 138 et s..

⁸⁸¹ Point 3 des conclusions.

critère matériel consistant dans l'intégration économique véritable du travailleur dans l'État d'accueil.

Quant à la Cour de Justice, elle souligne, dans son arrêt du 21 juin 1988 sur l'affaire *Lair*, que l'effectivité du travail peut être mesurée aussi par le lien de continuité d'objet entre l'activité professionnelle précédemment exercée et les études poursuivies donnant lieu à une aide à l'entretien⁸⁸². Par la suite, la Cour considère que « lorsque des éléments objectifs permettent d'établir qu'un travailleur entre dans un État membre dans le seul but d'y bénéficier, après une courte période d'activités professionnelles, du système d'aide aux étudiants, il y a lieu d'observer que de tels abus ne sont pas couverts par les dispositions communautaires en cause »⁸⁸³. Ce paragraphe met en évidence tant les conditions de l'abus de droit, comme sa sanction. Ainsi, l'abus aurait deux composantes : la composante objective (« éléments objectifs ») et une composante subjective (« le seul but »)⁸⁸⁴. La sanction serait que, une fois l'abus prouvé, la situation ne sera pas couverte par les dispositions communautaires, dans le sens où la personne ne sera pas considérée comme travailleur et donc ne pourra pas bénéficier des avantages tirés du droit communautaire.

Des éléments supplémentaires concernant le contenu de l'exigence de l'intégration dans le pays d'accueil ont été apportés par l'arrêt *Bidar* du 15 mars 2005⁸⁸⁵. Après avoir considéré que les aides aux études entrent dans le champ d'application du traité CE, la Cour analyse la possible justification de la discrimination fondée sur la nationalité. La différence de traitement ne devrait être justifiée que « si elle se fonde sur des considérations objectives indépendantes de la nationalité des personnes concernées et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national »⁸⁸⁶. Par la suite, la Cour considère qu'il est légitime pour l'État membre qui octroie l'aide d'exiger des étudiants de démontrer « un certain degré d'intégration dans la société de cet État »⁸⁸⁷. À différence de l'arrêt *Lair*, il ne s'agit pas d'une intégration économique, car les situations dans lesquelles se trouvent les personnes en cause sont différentes (*Bidar* n'est pas à la recherche d'un emploi, comme c'était le cas de *Lair* ou de *D'Hoop*⁸⁸⁸). L'État membre ne peut pas donc exiger un lien avec son marché de travail. En revanche, l'existence d'un certain degré d'intégration pourrait être considérée comme établie si l'étudiant a séjourné pendant

⁸⁸² Point 37 de l'arrêt *Lair*.

⁸⁸³ Point 43 de l'arrêt *Lair*.

⁸⁸⁴ Il s'agit ici d'une définition rudimentaire et initiale de l'abus de droit en droit communautaire.

⁸⁸⁵ CJCE, *Dany Bidar c. London Borough of Ealing, Secretary of State for Education and Skills*, 15 mars 2005, Aff. C-209/03, Rec. p. I-2119. Pour rappel, il s'agissait d'un étudiant qui, n'ayant aucun lien avec le marché du travail de l'État d'accueil, demande une aide visant à couvrir ses frais d'entretien. Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Premier Titre, Chapitre V, p. 140.

⁸⁸⁶ Point 54 de l'arrêt *Bidar*.

⁸⁸⁷ Point 57 de l'arrêt *Bidar*.

⁸⁸⁸ Arrêt CJCE, *Marie-Natalie D'Hoop et Office national de l'emploi, précité*, points 38 et s. La Cour souligne que le degré réel et effectif de rattachement entre le travailleur et le marché du travail de l'État membre d'accueil ne peut pas être prouvé par le critère unique relatif au lieu d'obtention du diplôme de fin d'études secondaires, à l'exclusion de tout élément représentatif.

une certaine période et donc prouver un « *un lien réel* ». Dans ce contexte, la notion de « *résidence habituelle* » pourrait jouer un rôle important, offrant des garanties supplémentaires dans l'établissement du degré d'intégration dans la société de l'État membre d'accueil⁸⁸⁹.

Le même critère de l'effectivité, utilisé pour définir le champ d'application des libertés communautaires et donc pour exclure les abus, a été mis en évidence dans la jurisprudence relative au droit d'établissement. Dans l'arrêt *Factortame II* du 25 juillet 1991⁸⁹⁰, la Cour a souligné que la notion d'établissement au sens du Traité CE comporte « *l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable dans un autre État membre pour une durée indéterminée* ». Par voie de conséquence, la simple immatriculation d'un bateau ne comporte pas nécessairement un établissement, notamment dans le cas où le bateau n'est pas utilisé pour l'exercice d'une activité économique ou si la demande d'immatriculation est effectuée par une personne, ou pour le compte d'une personne, qui n'est pas établie dans l'État concerné et n'a pas l'intention de s'y établir⁸⁹¹. Dans ce contexte l'effectivité vise l'exercice de l'activité économique et pas la relation entre la société et l'État d'accueil, même si cette dernière est implicite dès lors que la première situation est prouvée. D'autre part, nous avons la jurisprudence en matière de libre prestation des activités audiovisuelles, et plus précisément l'affaire *VT4* du 5 juin 1997⁸⁹². La Cour de Justice souligne que, si un organisme de radiodiffusion télévisuelle a plusieurs établissements dans différents États membres, il sera considéré comme établi dans l'État membre où se trouve le centre de ses activités. Ceci sera déterminé sur le critère du lieu où sont prises les décisions concernant la politique de programmation et l'assemblage final des programmes à diffuser⁸⁹³.

Dans l'arrêt *Commission c. Royaume-Uni* du 10 septembre 1996⁸⁹⁴, la Cour avait déjà mis en exergue que le critère de l'établissement au sens de la directive n° 89/552/CEE du Conseil,

⁸⁸⁹ Dans l'arrêt CJCE, *Robin Swaddling et Adjudication Officer*, 25 février 1999, C-90/97, Rec., p. I-1075, en analysant le droit à des prestations sociales non contributives dans le contexte du règlement n° 1408/71, la Cour avait mis en évidence que la résidence habituelle d'un travailleur est dans l'État membre où il réside habituellement et dans lequel se trouve le centre habituel de ses intérêts, en prenant en considération des critères comme « *la situation familiale du travailleur, les raisons qui l'ont amené à se déplacer, la durée et la continuité de sa résidence, le fait de disposer, le cas échéant, d'un emploi stable et l'intention du travailleur* » (point 29). Dans cet arrêt, la Cour impose une approche plutôt qualitative, en comparaison avec l'arrêt *Bidar* où l'appréciation est plus superficielle, de nature quantitative (voir C. BARNARD, « *Case C-209/03 R (on the application of Dany Bidar) v. London Borough of Ealing, Secretary of State for Education and Skills, judgement of the Court (Grand Chamber) 15 march 2005* », *CMLR*, 2005, vol. 42, pp. 1479 – 1480).

⁸⁹⁰ CJCE, *The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd et autres*, 25 juillet 1991, Aff. C-221/89, Rec., p. I-3905.

⁸⁹¹ Points 20 et 21 de l'arrêt *Factorame II*.

⁸⁹² CJCE, *VT4 Ltd c. Vlaamse Gemeenschap*, 5 juin 1997, Aff. C- 56/96, Rec., p. I-3143. Pour rappel, il s'agissait d'un organisme de radiodiffusion télévisuelle établi à Londres mais dont les programmes sont adressés en langue néerlandaise aux téléspectateurs flamands de Belgique. Le montage était destiné à éluder la législation nationale octroyant le monopole de radiodiffusion à un autre organisme. Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Premier Titre, Chapitre II, pp. 48 et s..

⁸⁹³ Point 19 de l'arrêt *VT4*.

⁸⁹⁴ Arrêt CJCE, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique*, 10 septembre 1996, Aff. C-11/95, Rec., p. I-4115.

du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (directive « *Télévision sans frontière* »), en établissant que l'État de la compétence duquel relève l'organisme de radiodiffusion est l'État dans lequel cet organisme est établi, pourrait soulever des difficultés, notamment dans le cas où un organisme de radiodiffusion pourrait déplacer son siège dans un autre État membre pour éviter l'application de la législation d'un certain État membre. Seule une interprétation qualitative de la notion d'établissement, fondée sur des critères tels que relevés plus tard par la jurisprudence *VT4*, pourrait réduire considérablement les risques d'abus.

De la même façon, le juge communautaire avait mis en évidence, dans l'arrêt *Daily Mail* du 27 septembre 1988⁸⁹⁵ que le droit d'établissement devrait être interprété d'une manière susceptible de permettre à un État membre la possibilité de restreindre le droit d'une société à transférer son siège vers un autre État membre. Cette interprétation permet de résoudre des situations comportant le risque d'abus, sans toutefois entrer dans la discussion de cette question, même si, dans l'affaire, le problème sous-jacent était celui de l'essai d'éviter le paiement des taxes au Royaume-Uni⁸⁹⁶.

Dans l'affaire *Centros*⁸⁹⁷, l'Avocat Général La Pergola a introduit la distinction entre les deux formes d'établissement. Dans le cas d'un établissement principal dans un État membre, il doit satisfaire à un critère de rattachement de nature économique, celui du lien effectif et continu avec l'économie de l'État (critère développé du Programme général de 1961 pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement et valable que pour les situations de *U-turn* – sociétés établies en dehors de l'UE qui établissent de manière formelle leur siège sur le territoire d'un État membre). Au contraire, dans le cas d'un établissement secondaire ouvert par une société établie dans un autre État membre, celle-ci aura droit au traitement national « *même si elle exerce entièrement ses activités commerciales dans un État membre autre que celui du principal établissement, au moyen d'une agence, d'une succursale ou d'une filiale* »⁸⁹⁸. La société nouvellement constituée aura le droit de à s'établir à titre principal ou secondaire « *là où elle préfère dans le cadre communautaire* »⁸⁹⁹. Donc la nécessité d'un lien réel et effectif avec l'économie d'un État paraît

⁸⁹⁵ CJCE, *The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, 27 septembre 1988, Aff. 81/87, Rec., p. 5483.

⁸⁹⁶ E. ENGSIG SØRENSEN, *op. cit.*, p. 428.

⁸⁹⁷ CJCE, *Centros Ltd contre Erhvervs – og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, Aff. C-212/97, Rec. I, p. 1459. Pour rappel, *Centros*, société enregistrée au Royaume-Uni se voit opposer le refus des autorités danoises d'immatriculer sa succursale au Danemark. Les actionnaires sont de nationalité danoise et *Centros* n'a exercé aucune activité depuis sa création. Voir analyse de cette affaire dans la Première Partie, Premier Titre, Chapitre III, pp. 99 et s..

⁸⁹⁸ Point 13 de l'arrêt *Centros*.

⁸⁹⁹ Point 20 de l'arrêt *Centros*.

exclue dans le cadre du droit d'établissement. Cette méthode d'interprétation permet d'exclure les cas d'abus⁹⁰⁰.

L'arrêt *Agip Petroli* du 6 avril 2006⁹⁰¹ a mis en évidence l'abus de droit consistant dans le contournement d'une règle communautaire de conflit, suivi par le contournement d'un droit national. Au lieu d'accepter la norme communautaire renvoyant à l'application de la loi de l'État où le voyage se réalise, l'armateur réalise des opérations fictives pour amener à l'application d'une autre règle de conflit permettant l'application de la loi de l'État du pavillon plus favorable pour lui. Même si elle ne parle pas en termes d'effectivité, le raisonnement de la Cour souligne que la notion de voyage international telle qu'établie par la réglementation communautaire couvre tout voyage indépendamment de la présence d'une cargaison à bord et la définition répond à l'objectif de mise en œuvre de la libre prestation de services pour le cabotage maritime. En excluant de la définition « *les voyages sur lest entrepris de façon abusive afin de contourner* » la réglementation communautaire⁹⁰², la Cour de Justice évite d'analyser la question de l'abus en termes de notion autonome du droit communautaire.

Une autre approche de type interprétatif et toujours dans le cadre de la détermination du champ d'application des libertés communautaires, est donnée par la distinction situation purement interne – situation intracommunautaire. Il est déjà acquis que les normes sur la libre circulation ne s'appliquent pas aux situations purement internes, sans aucun rattachement communautaire⁹⁰³. Dans l'arrêt *Knors* du 7 février 1979⁹⁰⁴, la Cour avait mis en évidence que les dispositions communautaires en cause, par la nature précise des conditions qu'elles imposent en ce qui concerne la durée des périodes d'occupation professionnelle, « *ont pour effet d'exclure, dans les secteurs envisagés, le risque d'abus* »⁹⁰⁵. Le fait que la question de l'abus de droit

⁹⁰⁰ Dans l'arrêt *Centros*, la Cour de Justice a cependant souligné que le droit d'établissement peut être limité dans le cas de la fraude aux droits des tiers.

⁹⁰¹ CJCE, *Agip Petroli SA c. Capitaneria di porto di Siracusa e.a.*, 6 avril 2006, Aff. C-456/04, Rec., p. I-3395. Pour rappel, la société Agip Petroli avait affrété un navire battant pavillon grec pour le transport d'une cargaison de pétrole entre deux ports de Sicile. Les autorités siciliennes lui ont cependant refusé d'effectuer ce trajet, pour le motif que le droit italien n'autorise par l'emploi des travailleurs d'État tiers. Agip Petroli invoquait pourtant que la loi applicable serait la loi de l'État du pavillon dès lors que le navire ne se limitait pas à ce trajet interne mais avait l'intention d'entreprendre un voyage à l'étranger. Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Premier Titre, Chapitre II, pp. 77 et s..

⁹⁰² Point 18 de l'arrêt *Agip Petroli*.

⁹⁰³ Il faut cependant souligner que la Cour a considérablement réduit la notion de situation purement interne afin de favoriser l'application des règles communautaires (Voir *supra*, pp. 29 et s..). D'autre part, nous n'avons pas pris en considération ici les domaines harmonisés où le droit dérivé peut s'appliquer non seulement à des situations intracommunautaires mais aussi à des situations internes ou, même si le droit communautaire n'est pas en principe applicable à des situations internes, le législateur national a décidé d'étendre son application à ce cas.

⁹⁰⁴ CJCE, *J. Knors contre Staatssecretaris van Economische Zaken*, 7 février 1979, Aff. 115/78, Rec., 1979, p. 399. Pour rappel, il s'agissait d'un travailleur néerlandais, qui après avoir travaillé en Belgique, il rentre dans son pays natal. Les autorités néerlandaises lui ont cependant refusé l'autorisation de travail au motif qu'il n'était pas en possession des qualifications professionnelles requises par la législation néerlandaise et il ne pouvait non plus invoquer le droit communautaire pour ne pas entrer dans son champ d'application personnelle. Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Premier Titre, Chapitre III, pp. 82 et s..

⁹⁰⁵ Point 26 de l'arrêt *Knors*.

n'était pas incluse dans la question préjudicielle, mais que ceci n'a pas empêché la Cour de se prononcer sur cet aspect, peut constituer un argument dans le sens qu'elle le considère comme un principe permettant l'interprétation du droit communautaire et que donc une question préjudicielle expresse n'est pas nécessaire⁹⁰⁶.

Les cas le plus flagrant de réduction de l'interdiction de l'abus de droit à un simple critère d'interprétation des normes communautaires apparaît dans les conclusions de 7 avril 2005 sur l'affaire *Halifax*⁹⁰⁷, de l'Avocat Général Poiares Maduro. Il a souligné que la notion d'abus fonctionne comme un principe régissant l'interprétation du droit communautaire et il doit être défini sur la base de la portée téléologique des dispositions communautaires invoquées. Cette dernière permet de savoir si le droit revendiqué est effectivement conféré par ces dispositions, dans le cas où il ne relève « *manifestement* » pas de leur champ d'application. En acceptant cette perspective, il faudrait ajuster la terminologie, en préférant non pas « *abus de droit* » sinon seulement « *abus* »⁹⁰⁸ ou, pour des motifs de précision, « *interdiction de faire un usage abusif des dispositions du droit communautaire* »⁹⁰⁹. Par conséquent, il est sans importance de savoir si le principe acquiert ou non progressivement le statut d'un « *principe général véritablement autonome du droit communautaire* »⁹¹⁰. De toute manière, c'est la considération « *des finalités objectives des règles communautaires et des activités exercées* » qui doit résider au cœur de la doctrine communautaire de l'abus⁹¹¹. L'application de cette doctrine conduit à l'inapplication d'une disposition du droit communautaire et à la conclusion que le droit n'est pas conféré et que donc il ne s'agit pas de limiter l'exercice d'un tel droit⁹¹². L'Avocat Général ajoute que ce principe d'interprétation constitue « *une soupape de sécurité indispensable pour protéger les objectifs de toutes les dispositions de droit communautaire contre une application formaliste de ces dernières fondée uniquement sur leur signification première* »⁹¹³. Si l'interprétation comporte une quelconque dérogation, elle se fera uniquement à partir du texte de la norme, non à partir de la norme

⁹⁰⁶ Cependant, comme on l'a déjà souligné *supra* p. 34, l'argumentation de la Cour fait preuve de certaines contradictions, parmi lesquelles la confusion portant sur la nature discriminatoire ou pas de la mesure nationale en cause. Si la Cour paraît conclure que la situation du M. Knoors est couverte par le droit communautaire, elle souligne après qu'il y a aurait une exception en cas de « *intérêt légitime* » de l'État membre en cause de lutter contre le contournement du droit national. Il est difficile à conclure si la Cour raisonne en termes d'exception au droit communautaire ou d'interprétation du droit communautaire.

⁹⁰⁷ CJCE, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd et County Wide Property Investments Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, 21 février 2006, Aff. C-255/02, Rec., p. I-1609. Pour rappel, il s'agissait d'un établissement bancaire et une université anglaise ayant demandé à obtenir le remboursement de la TVA acquittée sur des travaux de construction réalisés pour leur compte. Les deux, étant exonérés en quasi-totalité de la TVA, ont élaboré des plans leur permettant de récupérer la TVA payée en amont. Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Titre Second, Chapitre III, pp. 209 et s..

⁹⁰⁸ Point 69 des conclusions.

⁹⁰⁹ Point 71 des conclusions.

⁹¹⁰ Note de bas de page n° 63 des Conclusions.

⁹¹¹ Point 71 des conclusions.

⁹¹² Note de bas de page n° 66 des Conclusions.

⁹¹³ Point 74 des conclusions.

elle-même « *ce qui comprend davantage que son élément littéral* »⁹¹⁴. De plus, l'application de ce « *principe communautaire d'interprétation* » respecte « *pleinement* » le principe de l'application uniforme du droit communautaire dans les États membres. L'Avocat Général va encore plus loin dans son raisonnement et distingue clairement entre l'application, dans le domaine de la TVA, de ce principe interdisant les pratiques abusives et les dérogations permises aux États membres de prendre des mesures spéciales « *afin d'éviter certaines fraudes ou évasions fiscales* »⁹¹⁵. Finalement, l'Avocat Général souligne que ce principe vise non seulement l'interprétation des normes communautaires mais aussi celle des normes internes assurant la transposition des directives communautaires. Il incombe donc aux autorités nationales d'interpréter les normes internes en vertu des finalités et objectifs des normes communautaires⁹¹⁶.

À côté d'une interprétation littérale des normes communautaires, la Cour de Justice fait donc souvent recours à l'interprétation téléologique⁹¹⁷. Les critères susmentionnés expriment l'idée que la Cour faire référence à l'objectif poursuivi par la norme communautaire en vue d'exclure de son champ d'application les opérations construites de manière artificielle, qui, en respectant la lettre de la norme, ont le seul but de bénéficier des droits attribués par cette norme. Il y a cependant des cas où cette opération interprétative ne peut pas résoudre tous les cas de manifestation de l'abus.

& II. L'absence d'efficacité de l'interdiction de l'abus de droit en tant que critère de délimitation du champ d'application du droit communautaire

Nous avons mis en exergue la variété des critères sous-jacents qui alimentent la méthode interprétative et se substituent à la création d'une notion autonome d'abus de droit. Il s'agit pourtant d'une solution dont l'opérativité s'avère peu efficace de plusieurs points de vue. En premier lieu, il y a des manifestations de l'abus où la simple interprétation des normes communautaires en cause ne permet pas de sanctionner de manière adéquate le comportement abusif. La tentative d'utiliser abusivement une norme juridique aux fins d'éluder l'application d'une autre norme, qui ne correspond pas à ses intérêts, peut éventuellement être paralysée par une interprétation étendue de la norme éludée ou par une

⁹¹⁴ Point 79 des conclusions.

⁹¹⁵ Point 80 des conclusions.

⁹¹⁶ Point 81 des conclusions.

⁹¹⁷ Dans l'affaire *Töpfer* (Arrêt CJCE, *Anklagemyndigheden contre Hans Ulrich Schumacher, Peter Hans Gerth, Johannes Heinrich Gotthmann et Alfred C. Töpfer*, 27 octobre 1981, Aff. 250/80, Rec., p. 2465) la référence à l'interprétation téléologique est expressément mentionnée par la Cour : « *il y a lieu, pour répondre à la juridiction nationale, de replacer ces dispositions et le règlement dont elles relèvent dans l'ensemble des règles communautaires régissant le régime des montants compensatoires adhésion, et de les interpréter à la lumière notamment des finalités d'un tel régime* » (point 13). Cependant la Cour renonce à cette méthode dans l'arrêt *General Milk Products*, précité, où elle préfère appliquer la technique de l'abus de droit, bien que l'interprétation téléologique lui aurait permis d'obtenir le même résultat.

interprétation restrictive de la norme de couverture⁹¹⁸. Cependant cette technique s'avère contraire à l'ordre juridique même. Une interprétation large de la norme nationale éludée ou la reconstruction en termes restrictifs des droits attribués par les normes communautaire pourrait affecter l'effet utile du droit communautaire. Dans ce cadre le recours à une notion autonome d'abus de droit apparaît comme nécessaire. En effet la distinction entre la méthode interprétative et la technique de l'abus de droit a été relevée par l'arrêt *Paletta II* du 2 mai 1996⁹¹⁹, dans sa référence au premier épisode de l'affaire :

« Dans l'arrêt *Paletta*, précité, la Cour s'est limitée à interpréter l'article 18, paragraphes 1 à 4, du règlement n° 574/72, sans spécifiquement envisager le cas d'une utilisation abusive ou frauduleuse de cette disposition »⁹²⁰.

Il s'agit d'un premier argument dans le sens de l'indépendance normative de la notion d'abus de droit par rapport à la méthode interprétative utilisée souvent par la Cour de Justice. En deuxième lieu, dans des affaires comme *Kefalas*⁹²¹ ou *Diamantis*⁹²² il est impossible pour le juge communautaire de considérer, par une simple interprétation d'une norme communautaire, que celle-ci n'est pas applicable. En effet les conditions de son application étaient remplies et seulement l'invocation de l'abus de droit peut permettre la sanction du comportement abusif. En troisième lieu, le fait même que, surtout en matière fiscale, l'interdiction de l'abus de droit a été appréhendée en tant que raison impérieuse d'intérêt général met en évidence l'applicabilité du droit communautaire dans des cas d'abus. Il est par voie d'exception que l'application du droit communautaire serait écartée. Pour tous ces

⁹¹⁸ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, op. cit., p. 205. Le même auteur souligne que ces méthodes interprétatives sont mises en œuvre non seulement par des techniques juridiques mais aussi par des techniques à caractère historico-politique. Ainsi il résulte difficile d'utiliser de manière constante une interprétation large de la norme éludée surtout si le système juridique duquel elle fait partie est caractérisé par un formalisme accru et l'exigence astringente de sécurité juridique et de simplification des rapports juridiques.

⁹¹⁹ CJCE, *Brennet AG c. Vittorio Paletta*, 2 mai 1996, Aff. C-206/94, Rec., p. I-2357. Pour rappel, il s'agissait d'un ressortissant italien demandant à son employeur, établi en Allemagne, de lui verser le salaire pendant le congé médical. L'employeur ne voulait pas reconnaître les certificats médicaux issus en Italie ayant des doutes sur leur validité. Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Premier Titre, Chapitre V, pp. 141 et s..

⁹²⁰ Point 23 de l'arrêt *Paletta II*.

⁹²¹ CJCE, *Alexandros Kefalas e.a. contre Elliniko Dimosio et Organismos Oikonomikis Anasykerotisis Epicheiriseon AE*, 12 mai 1998, Aff. C-367/96, Rec., p. I-2843. Pour rappel, il s'agissait d'une action en justice introduite par certains actionnaires demandant la nullité de l'augmentation du capital social considérée comme contraire à la directive communautaire n° 77/91 du Conseil, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 44, deuxième alinéa, du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital (la deuxième directive). Voir analyse de cette affaire dans la Première Partie, Titre Second, Chapitre I, pp. 179 et s..

⁹²² CJCE, *Dionysios Diamantis contre Elliniko Dimosio et OAE*, 23 mars 2000, Aff. C-373/97, Rec., p. I-1705. Pour rappel, il s'agissait d'une action en justice d'uns des actionnaires demandant la nullité des augmentations de capital social, même s'ils avaient auparavant approuvé cette opération. Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Titre Second, Chapitre I, pp. 181 et s..

motifs, il faut écarter la conception tendant à la limitation de l'abus de droit à un simple critère d'interprétation du droit communautaire⁹²³.

Dans l'affaire *Franca-Ninni Orasche*⁹²⁴, la Cour souligne que « l'éventuel usage abusif des droits octroyés par l'ordre juridique communautaire au titre des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs présuppose que la personne intéressée entre dans le champ d'application ratione personae dudit traité, en remplissant les conditions pour être qualifiée de "travailleur" »⁹²⁵. La question de l'abus de droit ne serait donc pas utilisée pour apprécier si une situation est ou non couverte par le droit communautaire. Par voie de conséquence, l'interdiction de l'abus de droit empêcherait l'exercice des droits issus du Traité CE, même si le droit communautaire est applicable et ne saurait être un principe gouvernant l'interprétation du champ d'application du ce dernier⁹²⁶. La réduction de l'interdiction de l'abus à un simple critère interprétatif serait disproportionnée par rapport à l'importance que cette notion peut avoir dans la pratique. Comme nous l'avons déjà souligné, il y a des cas, relevés par la jurisprudence communautaire, où une simple interprétation ne suffit pas pour sanctionner l'usage abusif des droits issus des normes communautaires. De plus, l'analyse des traditions juridiques nationales sur la notion d'abus de droit met en évidence, à côté de l'expression même de l'« abus de droit », qu'il faut avoir un droit pour pouvoir ensuite abuser de son exercice et pour avoir ce droit subjectif il faut que le droit objectif soit applicable. À notre avis, considérer que l'abus de droit est inclus dans la

⁹²³ Généralement, du point de vue de la pratique, il est indifférent de savoir si l'interdiction de l'abus de droit est un seul critère d'interprétation ou un principe général du droit communautaire. Les principes généraux agissent souvent comme des critères d'interprétation du droit communautaire. Il y a cependant une différence majeure entre les deux catégories juridiques et elle concerne la capacité de contrôler les normes juridiques et des les déclarer illégales en cas de contrariété. R. DE LA FERIA (« Prohibition of abuse of (Community) law : the creation of a new general principle of EC law through tax », *CMLR*, 2008, vol. 45, pp. 395 – 441) a mis en évidence que la preuve majeure que l'interdiction de l'abus de droit ne se réduit pas à un simple critère interprétatif est donnée par la jurisprudence *Cadbury Schweppes* (CJCE, *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, 12 septembre 2006, Aff. C-196/04, Rec., p. I-7995) où la Cour n'hésite pas à appliquer le principe pour sanctionner des dispositions nationales qui ne respectent pas les conditions prétoriennes de l'abus. Le principe d'interdiction de l'abus de droit agit en tant que « instrument of judicial review », sa principale fonction qui prouve son caractère d'instrument juridique supérieur.

Au contraire, K. ENSIG SØRENSEN (*op. cit.*, p. 430), considère que la différence, en ce qui concerne les conséquences pratiques, entre la qualification de l'interdiction de l'abus de droit en tant qu'exception à l'application du droit communautaire (qu'on parle de raison impérieuse d'intérêt général ou de principe général) ou en tant que principe d'interprétation du champ d'application des droits issus du droit communautaire, est insignifiante. En effet, le second intervient en amont de la décision de l'application du droit communautaire, tandis que la première intervient en aval, après avoir considéré que le droit communautaire est applicable et que donc le particulier jouisse de certains droits. Cependant, dans la vision du même auteur, l'interdiction de l'abus de droit en tant que principe d'interprétation serait moins controversée que la consécration d'un principe générale à nature autonome. La Cour de Justice détient le monopole de l'interprétation du droit communautaire et donc l'acceptation de la première solution serait acceptée plus facilement par les États membres. Dans le deuxième cas, un principe général inspiré de certaines traditions nationales pourrait être moins acceptable pour des États, comme le Royaume-Uni qui ne connaissent pas la notion d'abus de droit.

⁹²⁴ Arrêt CJCE, *Franca Ninni-Orasche contre Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst*, 6 novembre 2003, Aff. C-413/01, Rec., p. I-13187. Il s'agissait d'un travailleur italien, résidant en Autriche, qui après une période de travail, a commencé ses études universitaires et, dans ce but, a demandé une bourse d'études.

⁹²⁵ Point 31 de l'arrêt *Ninni-Orasche*.

⁹²⁶ K. ENSIG SØRENSEN, *op. cit.*, p. 430.

méthode interprétative est limitatif et dommageable, pour son incapacité à s'appliquer de manière généralisée. Une notion autonome d'abus de droit est donc préférable.

Finalement, les éléments présentés dans cette section justifient cependant un grand intérêt pour l'établissement des éléments constitutifs de l'abus de droit. Le critère de l'effectivité sera un des indices susceptibles de relever l'existence d'un comportement abusif, même si la jurisprudence plus récente traitant de la notion autonome de l'abus de droit⁹²⁷ ne le prend pas en compte. À notre avis, les critères ici relevés, et spécialement le critère de l'effectivité, pourraient trouver sa place parmi les éléments objectifs prouvant l'existence de l'abus.

Section II. L'interdiction de l'abus de droit en tant que critère de délimitation du champ d'application propre à chaque liberté communautaire

Il arrive que les particuliers développent une activité commerciale sous l'apparence d'une liberté de circulation, tandis que, en réalité, elle devrait relever d'une autre liberté. Dans ce cas, une interprétation précise du champ d'application des libertés en cause pourrait, par une délimitation entre ceux-ci, empêcher des abus. C'est dans l'arrêt *Van Binsbergen* du 3 décembre 1974⁹²⁸ que la Cour de Justice a appréhendé pour la première fois l'abus de droit en tant que critère permettant de délimiter les champs d'application respectifs des différentes libertés de circulation. Le critère *Van Binsbergen* a subi progressivement des ajustements pour arriver finalement à une mise en cause de son opérativité.

& I. Le régime proposé par la jurisprudence *Van Binsbergen* et les ajustements postérieurs

Dans l'affaire *Van Binsbergen*, précitée, la Cour mettait en évidence que :

« on ne saurait nier à un État membre le droit de prendre des dispositions destinées à empêcher que la liberté garantie par l'article 59 soit utilisée par un prestataire dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée vers son territoire, en vue de se soustraire aux règles professionnelles qui lui seraient applicables au cas où il serait établi sur le territoire de cet État, une telle situation pouvant être justiciable du chapitre relatif au droit d'établissement et non de celui des prestations de service »⁹²⁹.

⁹²⁷ Voir *infra* Titre Second, Chapitre Premier, Section II, pp. 398 et s..

⁹²⁸ CJCE, *Van Binsbergen*, 3 décembre 1974, Aff. 33/74, Rec., p. 1299.

⁹²⁹ Point 13 de l'arrêt *Van Binsbergen*.

Ceci se traduit par le fait qu'un prestataire qui s'établit dans un État membre pour exercer son activité dans un autre État membre et donc pour échapper à l'application de la législation plus restrictive du premier, entre dans le champ d'application du droit d'établissement et pas dans celui de la libre prestation des services. Le raisonnement suivi par la Cour est construit par trois étapes. Premièrement, la Cour relève trois conditions :

1. les règles nationales doivent être justifiées par l'intérêt général ;
2. elles doivent s'appliquer à toute personne établie sur le territoire de l'État en cause ;
3. le prestataire de services peut échapper à l'application de ces règles par la circonstance d'être établi dans un autre État membre.

Par la suite la Cour apporte deux autres conditions :

4. l'activité du prestataire doit être entièrement ou principalement tournée vers le territoire de l'État membre en cause ;
5. le prestataire se soustrait à l'application des règles professionnelles de l'État en cause.

Finalement, la Cour impose une nouvelle condition pour pouvoir justifier une restriction à la libre prestation des services :

6. les mesures nationales doivent être objectivement nécessaires en vue de garantir le respect des règles professionnelles.

Les trois premières conditions nous amènent à un raisonnement du type « *Cassis de Dijon* » sur les exigences impératives/raisons impérieuses d'intérêt général. Cependant le mécanisme de l'abus de droit est régi par les conditions n° 4 et 5. La condition n° 6 semble être commune à ces deux types de mesures nationales.

L.H. Hansen⁹³⁰ fait une distinction entre la première et la troisième étape, qui vont ensemble et doivent être considérées en tant qu'un corpus unitaire, et la deuxième étape. Cet auteur voit dans le premier cas les conditions pour adopter des restrictions à la libre prestation de services tandis que dans le deuxième cas il s'agit de l'empêchement par l'État de l'exercice de la libre prestation. Cette interprétation amène cet auteur à considérer que les mesures nationales prises par un État en vue d'empêcher la fraude ou l'abus ne doivent pas être justifiées pour être compatibles avec le droit communautaire. Le même auteur fait une distinction entre les mesures nationales imposant des conditions pour pouvoir exercer la libre prestation des services et les mesures nationales prohibant pratiquement cette liberté. S'agissant des dernières, le droit communautaire se montre plus sévère et aucune justification ne pourrait être admise. Alors pourquoi la Cour admettrait-elle comme compatibles avec le

⁹³⁰ L. H. HANSEN, *op. cit.*, p. 119.

droit communautaire les mesures nationales de prohibition de la libre prestation de services s'il s'agit d'un cas de contournement ? Il s'agirait ici d'une exception au principe que les prohibitions ne peuvent pas être justifiées, tel que rappelé par L. H. Hansen. Nous ne sommes pas d'accord avec la distinction faite entre prohibitions et restrictions et nous rappelons le titre III du Programme général de 1961 pour la suppression des restrictions à la libre prestation des services qui dispose que « *constituent des restrictions à lever [...] toute prohibition ou toute gêne aux activités non salariées du prestataire [...]* ». Il s'agirait plutôt d'une interprétation de l'article 49 CE dans le sens où si les conditions n° 4 et 5 sont remplies, il n'y a pas un droit à la libre prestation de services. Il ne s'agit pas de permettre à l'État membre de prohiber une liberté communautaire, mais du fait que le particulier ne peut pas l'invoquer dès lors qu'il n'en bénéficie pas.

L. H. Hansen va plus loin dans la distinction entre les deux types de mesures nationales et met l'accent sur l'existence ou non de la nécessité d'un élément intentionnel de la part du prestataire de services. Dans le premier cas, le prestataire échapperait à l'emprise des règles professionnelles de l'État membre en cause en raison de la circonstance qu'il est établi dans un autre État membre. Donc la Cour se centre sur les mesures nationales et pas sur l'intention du prestataire de services. Dans le deuxième cas, la Cour se penche plus sur le caractère intentionnel de l'action du prestataire de services. La formule « *en vue de se soustraire aux règles professionnelles...* » semble mettre en évidence le fait que le centre d'attention maintenant se trouve dans le fait pour le particulier de contourner le droit national. Par voie de conséquence, la Cour fait une analyse en termes de il y a ou il n'y pas une restriction et décide qu'il ne s'agit pas d'une restriction et que donc il n'y a pas de nécessité de parler d'une possible justification. En effet, la distinction entre les deux types de mesures consiste dans le degré de contournement, « *the degree of avoidance* »⁹³¹.

Dans le même sens se prononce D. Weber qui considère qu'il s'agit de deux cas distincts d'intervention normative de l'abus de droit et que ses éléments constitutifs varient de manière correspondante. L'abus de droit peut intervenir en vue d'apprécier si le droit communautaire est applicable, et, dans ce contexte, il convient de ne prendre en considération que des circonstances objectives. Au contraire, dans le cas où il faut apprécier le caractère abusif du comportement, la composante subjective joue un rôle déterminant⁹³². Cette interprétation trouve un appui aussi dans les conclusions de l'Avocat Général Geelhoed

⁹³¹ *Ibidem*.

⁹³² D. WEBER, « Abuse of Law. European Court of Justice, 14 December 2000, Case C-110/99, *Emsland-Stärke* », *op. cit.*, p. 51.

présentées le 27 février 2003 sur l'affaire *Akrich*⁹³³. Ainsi l'Avocat Général considère que « *les buts poursuivis par un travailleur sont dénués de pertinence et ne peuvent pas être pris en compte* »⁹³⁴ dans le contexte de l'appréciation de l'applicabilité du droit communautaire. À notre avis, la distinction entre les deux cas d'intervention de l'abus a été contredite par l'évolution postérieure de la jurisprudence communautaire et l'inclination vers une théorie objective de l'abus de droit. Ce que les auteurs mentionnés posent en évidence n'est que le résultat d'une insuffisante maturité de la jurisprudence en la matière et tirer des conclusions, à ce moment, sur le régime juridique de la notion serait préjudiciable à la théorie même de l'abus de droit.

Par ailleurs, la justesse de la précision que la Cour fait dans l'arrêt *Van Binsbergen* et selon laquelle « *une telle situation pouvant être justiciable du chapitre relatif au droit d'établissement et non de celui des prestations des services* » peut soulever des doutes, car d'une certaine manière, elle impliquerait que l'intention de contournement serait un élément pouvant permettre la distinction entre droit d'établissement et prestation des services. La distinction entre les deux types de mesures semble assez artificielle et le Traité CE ne met pas en évidence un tel critère de distinction entre les différentes libertés de circulation⁹³⁵.

D'un autre côté, des difficultés pratiques peuvent apparaître quant à la condition n° 4 car la Cour ne donne pas des indices sur ce qu'il faut entendre par « *activité tournée entièrement ou principalement vers le territoire d'un autre État membre* ». Il faudrait savoir s'il s'agit d'une notion autonome du droit communautaire ou si l'appréciation doit se faire par la juridiction nationale compétente par une démarche casuistique. Selon notre opinion, la nécessité des critères

⁹³³ CJCE, *Secretary of State for the Home Department et Hacene Akrich*, 23 septembre 2003, Aff. C-109/01, Rec., p. I-9607. Pour rappel, il s'agissait d'un ressortissant d'un État tiers, marié avec un ressortissant de l'Union Européenne, qui pour échapper à une interdiction d'entrer sur le territoire de l'État dont l'épouse a la nationalité, il invoque des bénéfices tirés de l'exercice de la libre circulation des personnes. Voir analyse de cette affaire dans la Première Partie, Premier Titre, Chapitre VI, pp. 160 et s..

⁹³⁴ Point 100 des conclusions. Il souligne que le droit de séjour prévu par l'article 39 CE bénéficie seulement à la personne qui séjourne dans un État membre afin d'y exercer un emploi. Le mot « *afin* » n'a « *rien à voir avec l'objectif réel du séjour dans l'autre État membre* » (point 102). Dans son arrêt, la Cour de Justice se prononce dans le même sens, en considérant que « *les intentions qui ont pu inciter un travailleur d'un État membre à chercher du travail dans un autre État membre sont indifférentes en ce qui concerne son droit d'entrée et de séjour sur le territoire de ce dernier État, du moment où il exerce ou souhaite exercer une activité réelle et effective* » (point 55).

⁹³⁵ Une certaine confusion sera introduite avec l'arrêt *TV10* où la Cour de Justice établit que la circonstance que la société se soit établie dans un autre État membre dans le but d'échapper à la législation d'un État membre n'exclut pas l'application de la libre prestation de services. Donc la question de l'abus de droit seulement devrait être appréhendée du point de vue de la légitimité des restrictions imposées par les États membres. L'Avocat Général Lenz, dans ses conclusions présentées le 16 juin 1994, soutenait que la jurisprudence *Van Binsbergen* peut recevoir une autre interprétation. La Commission soutenait qu'on peut trouver une double interprétation de cette jurisprudence (comme critère distinctif de l'application des deux libertés de circulation en cause, ou comme une exception à la libre prestation de services ; dans le premier cas le prestataire sera soumis à la législation de l'État dans lequel la prestation sera exécutée, alors que, dans la deuxième hypothèse, il sera soumis à la législation de l'État ou il est officiellement établi et, éventuellement, à la législation de l'État de prestation du service). L'Avocat Général rejette la première interprétation en soutenant qu'elle ne prend pas en compte l'établissement réel du prestataire de service et s'appuie sur la fiction d'un établissement dans le pays destinataire de la prestation, ce qui s'oppose à l'objectif même de la libre prestation de services, qui suppose que le prestataire ne doit pas être domicilié dans l'État du destinataire de la prestation (point 31 des conclusions).

uniformes est évidente et basée sur la nécessité d'assurer une application uniforme du droit communautaire.

Après ces premiers indices donnés par la jurisprudence *Van Binsbergen*, il convient de souligner que la question de la délimitation des différentes libertés s'est posée aussi dans d'autres cas, même si elle n'est pas très répandue. Il s'agit par exemple de l'inclination des entreprises à éluder les normes de conflit de lois contenues dans la législation communautaire en matière de régimes de sécurité sociale dans le but de se soustraire aux législations plus contraignantes dans ce domaine. La tendance des entreprises est donc à s'établir dans des pays à législation moins contraignante et, par le moyen du détachement des travailleurs, de prester des services dans d'autres États membres. Dans de tels cas, la Cour de Justice a souligné que les États membres peuvent vérifier que ces entreprises ne se servent « *de la liberté de prestation des services dans un autre but que l'accomplissement de la prestation concernée* »⁹³⁶. En ce sens, la Cour offre certains critères qui permettent de déterminer si l'entreprise effectue une activité réelle dans l'État membre d'établissement et qu'ainsi l'application de la législation sociale de cet État est justifiée. Parmi ces critères, la Cour mentionne le lieu du siège de l'entreprise et de son administration, l'effectif du personnel administratif travaillant respectivement dans l'État membre d'établissement, le lieu où les travailleurs détachés sont recrutés et celui où sont conclus la plupart des contrats avec les clients, la loi applicable aux contrats de travail conclus par l'entreprise avec ses travailleurs et avec ses clients, les chiffres d'affaires réalisés pendant une période suffisamment caractéristique dans chaque pays membre en cause. Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive et les critères doivent être adaptés à la spécificité de chaque cas. Par voie de conséquence, l'exercice normal de ses activités dans un pays est établi lorsque l'entreprise effectue des activités significatives sur le territoire de cet État⁹³⁷. L'arrêt *Plum* du 9 novembre 2000⁹³⁸, avait ajouté que le fait pour l'entreprise de n'avoir aux Pays-Bas qu'un bureau effectuant des tâches de caractère administratif ne constitue pas l'exercice d'activités économiques substantielles. Le critère de l'activité réelle et effective est donc utilisé tant pour apprécier l'application intrinsèque d'une norme communautaire, que pour construire une interprétation systématique des normes régissant les libertés de circulation.

⁹³⁶ Point 17 de l'arrêt CJCE, *Rush Portuguesa Lda contre Office national d'immigration*, 27 mars 1990, Aff. C-113/89, Rec., p. I-1417.

⁹³⁷ Points 43 à 45 de l'arrêt CJCE, *Fitzwilliam Executive Search Ltd (FIS) c. Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen*, 10 février 2000, Aff. C-202/97, Rec., p. I-883.

⁹³⁸ CJCE, *Josef Plum c. Allgemeine Ortskrankenkasse Rheinland, Regionaldirektion Köln*, 9 novembre 2000, Aff. C-404/98, Rec., p. I-9379. Pour rappel, il s'agissait de détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services. La question préjudicielle portait sur la détermination de la loi applicable aux travailleurs détachés, dès lors qu'ils sont détachés dans l'État où l'employeur exerce, en dehors d'activités de gestion purement internes, la totalité de ses activités. Voir analyse de cette affaire dans la Première Partie, Premier Titre, Chapitre V, pp. 75 et s..

Une autre situation de mise en évidence de la nécessité de distinguer entre le champ d'application des différentes libertés, pour éliminer le risque d'abus, se réfère à la relation entre la citoyenneté européenne et la libre circulation des travailleurs. Parce qu'ils ne peuvent pas bénéficier de mêmes droits que les travailleurs, il y a souvent des cas où les citoyens invoquent artificiellement l'article 39 CE. Dans l'affaire *Collins*⁹³⁹, face à l'invocation de la qualité de travailleur, la Cour répond qu'il faut opérer une distinction entre les ressortissants des États membres qui n'ont pas établi un rapport de travail avec le pays d'accueil où ils cherchent un emploi et ceux qui travaillent déjà dans celui-ci ou, qui ayant travaillé, ne se trouvent pas dans un rapport de travail. Seulement les derniers peuvent bénéficier du principe d'égalité et donc recevoir les mêmes avantages sociaux et fiscaux que les travailleurs nationaux⁹⁴⁰. Ceux de la première catégorie conservent la qualité de citoyen de l'Union européenne et le bénéfice des droits y adjoints, mais ne pourront pas invoquer les droits apportés par la qualité de travailleur.

& II. La mise en cause de l'opérativité du critère

Il arrive qu'une certaine activité économique puisse être couverte tant par la libre circulation des capitaux que par le droit d'établissement ou la libre prestation des services. Étant donné que les dispositions communautaires régissant la libre circulation des capitaux permettent aux États membres plus d'exceptions, les entreprises préfèrent parfois faire appel aux autres deux libertés communautaires. Cependant, dans ces cas, la Cour ne voit pas d'inconvénient dans l'application concomitante des règles sur les capitaux et des autres règles, ce qui peut paraître surprenante dès lors que les libertés disposent de régimes juridiques différents. Il s'agit par exemple de l'affaire *Safir*⁹⁴¹ où, même si la question préjudicielle demandait l'analyse de la situation à la lumière des articles régissant la libre prestation des services et la libre circulation des capitaux, la Cour se limite à statuer en base de l'article 49 CE. La Cour de Justice n'a pas vu d'inconvénient de considérer que la situation relève que de

⁹³⁹ CJCE, *Brian Francis Collins et Secretary of State for Work and Pensions*, 23 mars 2004, Aff. C-138/02, Rec., p. I-2703. Pour rappel, il s'agissait d'un ressortissant d'un État membre qui est entré sur le territoire d'un autre État membre, dans lequel il a travaillé dix-sept ans auparavant, dans l'intention d'y chercher un emploi salarié, a demandé une allocation de recherche d'emploi. Voir analyse de cette affaire dans la Première Partie, Premier Titre, Chapitre V, p. 140.

⁹⁴⁰ Points 30 et 31 de l'arrêt *Collins*.

⁹⁴¹ Arrêt CJCE, *Jessica Safir contre Skattemyndigheten i Dalarnas län, anciennement Skattemyndigheten i Kopparbergs län*, 28 avril 1998, Aff. C-118/96, Rec., p. I-1897. Dans l'affaire, il s'agissait d'un litige entre Melle Safir, domiciliée en Suède, et l'administration fiscale suédoise au sujet de du paiement de l'impôt sur les primes d'assurance vie en capital qu'elle a versées en 1995 à Skandia Life Assurance Company Ltd, compagnie d'assurances britannique opérant sur le marché suédois et filiale à 100 % de la compagnie d'assurances suédoise Skandia.

la libre prestation. Nous observons donc la flexibilité de la Cour quant au choix du régime juridique d'une certaine liberté.

De la même façon, dans l'arrêt *Van Bijl* du 27 septembre 1989⁹⁴², la Cour souligne que l'exercice effectif dans un État membre d'une certaine activité économique, condition imposée en l'espèce par une directive communautaire, est nécessaire pour qu'un autre État la reconnaisse et pour permettre ainsi « d'assurer la liberté d'établissement et la liberté de prestation des services dans les activités couvertes par la directive »⁹⁴³, d'où une interprétation communautaire de la notion en cause. En l'espèce il n'était pas nécessaire d'établir une distinction entre les deux libertés, et le juge communautaire paraît utiliser le critère de l'effectivité pour établir si la directive est applicable ou pas, et donc s'il y a obligation pour l'État d'accueil de reconnaître le certificat d'avoir exercé une activité pendant trois ans au moins dans un autre État membre. Pour le juge, ce n'est pas important si la personne veut exercer le droit d'établissement ou la libre prestation des services, car pour les deux l'exigence de l'effectivité s'impose. Il s'agit plutôt donc de voir si la directive s'applique, indépendamment de la liberté invoquée⁹⁴⁴.

Dans la jurisprudence récente, par l'arrêt *Laval* du 18 décembre 2007⁹⁴⁵, la Cour a opéré un revirement important, en rejetant radicalement l'utilisation de l'abus de droit en tant que critère de délimitation du champ d'application des libertés communautaires. Accusée, tant par le Parlement européen comme par les syndicats, qu'elle encourage le *dumping* social, la Cour a avais souligné que la lutte contre le *dumping* social est une raison impérieuse d'intérêt général, en établissant donc que le droit communautaire était applicable en l'espèce. On ne pouvait pas nier le droit à la libre prestation de services et on a cherché la limiter par le mécanisme de l'exception, d'où il faut observer un dépassement du statut de simple critère d'interprétation, conditionnant l'application du droit communautaire⁹⁴⁶.

⁹⁴² CJCE, *C.C. van de Bijl contre Staatssecretaris van Economische Zaken*, 27 septembre 1989, Aff. 130/88, Rec., p. 3039. Pour rappel, il s'agissait d'un ressortissant néerlandais, qui après obtenu au Royaume-Uni une attestation d'avoir exercé à titre indépendant l'activité de peintre pendant une période de plus de 4 ans, se voit refuse par les autorités néerlandaises l'autorisation d'exercer sa profession au Pays-Bas. Les autorités néerlandaises contestaient la validité de l'attestation, dès lors que M. Van Bijl avait aussi travaillé, pendant la période certifiée, au Pays-Bas. Voir analyse de cette affaire dans la Première Partie, Premier Titre, Chapitre III, pp. 86 et s..

⁹⁴³ Point 18 de l'arrêt *Van Bijl*.

⁹⁴⁴ La Cour de Justice ajoute que par « exercice effectif dans un autre État membre de l'activité considérée pendant un certains nombre d'années consécutives » il faut comprendre exercice de l'activité pendant « une période qui ne peut être interrompue pour un autre motif qu'une (brève) maladie ou des vacances (usuelles), à l'exclusion, notamment, de l'exercice d'une fonction dans un autre État membre, même en cas de continuation de l'activité de l'entreprise dans le pays de provenance » (point 18). La Cour insiste plus sur le critère temporel. Cependant la définition ne paraît pas susceptible de dépasser le cadre spécifique de la directive et s'appliquer à d'autres situations.

⁹⁴⁵ CJCE, *Laval un Partneri Ltd contre Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan et Svenska Elektrikerförbundet*, 18 décembre 2007, Aff. C-341/05, non encore publié. Pour rappel, il s'agissait du détachement des travailleurs lettons en Suède. Voir analyse de cette affaire dans la Première Partie, Premier Titre, Chapitre II, pp. 62 et s..

⁹⁴⁶ Cet arrêt a été postérieurement confirmé par l'arrêt CJCE, *Dirk Rüffert contre Land Niedersachsen*, 3 avril 2008, Aff. C-346/06, non encore publié.

Chapitre II. La recherche des substituts nationaux

Après avoir mis en évidence que la réduction de la notion d'abus de droit à un simple critère d'interprétation du droit communautaire ne fait que nuire à la notion même et ne permet pas d'appréhender toutes les hypothèses de comportements abusifs, il a incombé à la Cour de Justice de chercher d'autres techniques de lutte contre les abus. L'inadaptation du recours à des instruments spécifiques du droit international privé (Section I) a déterminé la Cour à faire appel à la technique des raisons impérieuses d'intérêt général (Section II).

Section I. L'inadaptation du recours à des instruments spécifiques du droit international privé

En dehors du cadre du droit communautaire, les États membres se sont dotés des mécanismes pour lutter contre les comportements abusifs ou frauduleux. Le fonctionnement des règles de conflit connaît une limitation importante sous la forme de trois mécanismes distincts : l'ordre public (& I), les lois de police (ou les lois d'application immédiate ou nécessaire) (& II) et la fraude à la loi (& III). Nous allons donc présenter ces procédés en mettant en évidence les causes de leur inadaptation à la lutte contre les abus de droit tels que relevés en droit communautaire.

& I. L'ordre public

L'ordre public, tel qu'il se présente en droit international privé, a été défini par la doctrine comme « *un correctif exceptionnel permettant d'écarter la loi étrangère normalement compétente, lorsque cette dernière contient des dispositions dont l'application est jugée inadmissible par le juge saisi* »⁹⁴⁷. Il n'interviendrait que pour sauvegarder les principes de justice d'importance vitale pour l'État concerné⁹⁴⁸. Applicable à un large éventail des domaines, l'ordre public suppose un défaut de communauté juridique entre la loi normalement compétente et la loi du for⁹⁴⁹. L'exception d'ordre public, « *sécration du caractère national des règles de conflit* » s'élève, d'une part, contre l'application des lois étrangères qui « *méconnaîtraient les principes de droit public ou privé communs aux nations civilisées, expression de la morale et de la justice objectives* », et, d'autre part, contre celles dont

⁹⁴⁷ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 2001, p. 308.

⁹⁴⁸ A. BUCHER, *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1993, vol. II, p. 26.

⁹⁴⁹ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, *op. cit.*, p. 312.

l'application, suite à une divergence dans les buts moraux, sociaux, économiques, causerait à l'intérêt public « *un tort grave dont la considération doit prévaloir sur celle du commerce international et de la solidarité internationale* »⁹⁵⁰.

L'effet général de l'exception d'ordre public consiste dans l'éviction de la loi étrangère normalement compétente. Cette loi étant écartée, et le juge ayant l'obligation de statuer en vertu d'une règle juridique, il se pose la question de savoir quel serait le substitut de la loi étrangère. Si, en France au moins⁹⁵¹, il est généralement admis que la loi du for doit se substituer à la loi évincée, cette solution n'est pas la seule concevable⁹⁵².

Dans le contexte du marché unique, l'exception de l'ordre public en recevant une transformation communautaire ne permet aux États membres de l'invoquer que dans des conditions très strictes, prévues dans le Traité CE⁹⁵³ ou développées par la jurisprudence⁹⁵⁴. Les mesures nationales d'ordre public ne peuvent pas enfreindre les libertés communautaires⁹⁵⁵. À côté de ce processus de transformation de l'exception de l'ordre public, on assiste à l'édification progressive d'un ordre public communautaire ou de l'Union. Si cet ordre est principalement de facture économique, il serait souhaitable la création d'un ordre juridique « *méta-économique* », fondé sur les principes fondamentaux énumérés à l'article 6 (1) du Traité sur l'Union Européenne⁹⁵⁶.

L'inadaptation de l'exception de l'ordre public pour combattre les abus de droit est évidente, car l'élément artificiel, qui caractérise l'abus de droit ne trouve pas sa place dans le fonctionnement de cette exception⁹⁵⁷. L'exception de l'ordre public vise expressément une contradiction entre la loi du for et la loi normalement compétente. L'exception n'est pas opérationnelle non plus dans le cas d'un abus direct du droit communautaire, dans cette

⁹⁵⁰ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, *op. cit.*, p. 312. Pour un développement théorique sur l'ordre public voir P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959.

⁹⁵¹ J. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi*, Cuadernos de la Cátedra del Dr. James Brown Scott, Universidad de Valladolid, 1952, p. 145. La même solution a été adoptée en droit espagnol. Voir dans ce sens, A. SOPEÑA MONSALVE, « Las "excepciones" de "orden público" y de "fraude a la ley": una aproximación crítica », *REDI*, 1982, n° 1, pp. 447 – 460.

⁹⁵² Une autre solution serait celle adoptée par les juridictions allemandes, qui après écarter l'application d'une disposition du droit étranger parce qu'elle était contraire à l'ordre public, ont cherché dans le droit étranger une autre disposition qui pourrait régir la situation en cause. Cependant une telle situation pourrait déterminer une « *véritable dénaturation* » du droit étranger (Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, *op. cit.*, p. 318).

⁹⁵³ Voir les articles 30, 39 (3), 46, 56 et 58 CE.

⁹⁵⁴ Sur le développement de cet aspect voir G. KARYDIS, « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable », *RTDE*, 2002, vol. 38, n° 1, pp. 1 – 26 ; S. POILLOT PERUZZETTO, « L'ordre public international en droit communautaire. À propos de l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés du 1^{er} juin 1999 (*affaire Eco Swiss China Time Ltd*) », *JDI*, 2000, n° 2, pp. 299 – 307.

⁹⁵⁵ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, p. 144.

⁹⁵⁶ G. KARYDIS, *op. cit.*, p. 19.

⁹⁵⁷ Pourtant il ne faut pas oublier que dans l'arrêt CJCE, *D.H.M. Segers contre Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank – en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, 10 juillet 1986, Aff. 79/85, Rec., p. 2375, la Cour avait assimilé l'abus de droit à un des motifs de l'article 46 CE, solution critiquable dès lors qu'il ne peut pas s'agir d'un motif d'ordre public, de santé publique ou de sécurité publique. Il s'agit cependant d'un exemple singulier, qui n'a jamais été confirmé par la jurisprudence postérieure.

dernière situation n'étant en cause qu'une norme juridique. En cas d'harmonisation, le fonctionnement du mécanisme d'ordre public n'a plus de sens, car le droit communautaire, bénéficiant de la primauté sur le droit national, sera applicable.

& II. Les lois de police

Il est difficile de donner une définition des lois de police et leur considération en tant que « lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale, ou économique du pays »⁹⁵⁸, même si elle paraît inexacte, constitue la meilleure formule pour les caractériser⁹⁵⁹. Le mécanisme de la loi de police agit d'une autre manière que celui de la fraude à la loi ou de l'ordre public. Ainsi les lois de police interviennent dans le jeu du conflit des lois⁹⁶⁰, tandis que les exceptions de fraude à la loi ou celle de l'ordre public permettent l'éviction de la loi désignée par la norme de conflit. Leur intervention suppose donc une désignation préalable de la loi étrangère par la règle de conflit. La distinction n'est cependant pas claire dans tous les cas. Ainsi les lois de police protectrices, à différence des lois de police administratives qui s'appliquent avant la mise en œuvre du mécanisme conflictuel, n'interviennent que si elles sont plus protectrices que la loi désignée par la norme de conflit⁹⁶¹.

L'émergence de lois de police communautaires nous amène à nous interroger sur l'impact de celles-ci sur la théorie générale des lois de police en droit international privé. Selon Y. Loussouarn et P. De Vareilles-Sommières, la multiplication des conflits entre lois de police communautaires et lois de police nationales, comme c'est le cas de la trilogie *Centros – Üeberseering – Inspire Art*⁹⁶² ont mis en évidence « l'omnipotence » de la Cour de Justice des Communautés européennes à raison du contrôle exercée par elle sur la qualification de loi de police attribuée par les législateurs nationaux à leurs lois, et son pouvoir de récuser cette qualification et de dénier à ces lois toute impérativité⁹⁶³. Cependant, il ne s'agit pas de

⁹⁵⁸ P. FRANCESCAKIS, *Conflit de lois*, Répertoire Dalloz Droit International, n° 137. Sur la controverse portant sur la définition des lois de police voir P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Paris, 8^{ème} édition, 2004, p. 88.

⁹⁵⁹ Comme on l'a déjà vu, cette définition a été reprise par la Cour de Justice, dans l'arrêt CJCE, Procédures pénales contre Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL (C-369/96) et Bernard Leloup, Serge Leloup et Sofrage SARL (C-376/96), 23 novembre 1999, Aff. Jtes. C-369/96 et C-376/96, Rec., p. I-8453, et codifiée dans le Règlement Rome I.

⁹⁶⁰ Les lois de police se fondent sur des critères de rattachement propres. Une loi de police ne sera pas applicable s'il n'existe pas une connexion entre la situation en cause et l'ordre juridique duquel fait partie cette loi. Les lois de police ne s'appliquent pas de manière universelle et absolue, au-delà de leur « volonté d'application » (M. GARDEÑES SANTIAGO, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, *op. cit.*, p. 107.

⁹⁶¹ H. GAUDEMET – TALLON, *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses*, Recueil des cours de l'Académie de Droit International, 2005, vol. I, p. 258.

⁹⁶² Voir l'analyse de ces arrêts dans la Première Partie, Premier Titre, Chapitre III, pp. 96 et s..

⁹⁶³ Y. LOUSSOUARN, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 8^{ème} édition, 2004, p. 159.

l'affirmation d'« une suprématie systématique » de la qualification communautaire sur la qualification nationale, mais du rejet de l'application de la loi nationale toutes les fois que cette application aurait constitué une entrave à une liberté fondamentale de l'ordre juridique communautaire⁹⁶⁴. Ce que fait la Cour est de procéder à un examen minutieux des objectifs poursuivis par le législateur communautaire et le législateur national pour voir s'il y a ou non compatibilité entre eux, et utilisant le principe de proportionnalité, de décider si le maintien de l'impérativité de la loi nationale assurerait la satisfaction d'un intérêt général qui justifierait une atteinte à un principe communautaire. C'est le cas de l'arrêt *Inspire Art* où la Cour décide que le critère du siège réel constitue une entrave au droit d'établissement⁹⁶⁵.

& III. La fraude à la loi

Construite principalement par la doctrine française autour de l'affaire *Bauffremont*⁹⁶⁶, la fraude à la loi suppose une altération malicieuse et volontaire faite par les parties de la circonstance employée comme point de rattachement de la norme de conflit, dans le but de déterminer l'application d'un autre droit matériel que celui qui serait normalement applicable. La fraude à la loi suppose l'utilisation de moyens juridiques licites pour obtenir un résultat illégal, qui consiste dans l'inapplication de loi normalement compétente⁹⁶⁷. À côté de l'élément objectif de modification du rapport juridique, il y a aussi un élément subjectif consistant dans le fait que les parties n'ont agi que pour se soustraire à la loi normalement compétente⁹⁶⁸.

La fraude à la loi en droit international privé se manifeste dans différents secteurs : le statut des meubles, le statut personnel, les actes juridiques à but patrimonial et le statut des personnes morales. Parmi ces cas, le statut personnel et le statut des personnes morales semblent être le domaine privilégié de manifestation de la fraude à la loi⁹⁶⁹. À côté de l'ordre public, la fraude à la loi est l'un des remèdes qui permettent de s'opposer à l'application de la loi étrangère et envoient à l'application de la loi du for⁹⁷⁰.

⁹⁶⁴ *Ibidem*.

⁹⁶⁵ Sur une plus ample analyse de la confrontation entre le droit communautaire et les lois de police des États membres, voir É. PATAUT, « Lois de police et ordre juridique communautaire », in A. FUCHS, H. MUIR WATT, É. PATAUT (sous la direction de), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 117 – 143.

⁹⁶⁶ Arrêt de la Cour de Cassation française de 18 mars 1878, *Bauffremont c. Bibesco*, Voir texte et court commentaire de cet arrêt en B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, Paris, 2001, pp. 49 – 61.

⁹⁶⁷ A. – L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 277 et s.

⁹⁶⁸ H. GAUDEMET – TALLON, *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses*, *op. cit.*, p. 276.

⁹⁶⁹ B. AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, Paris, 1974, pp. 124 – 132.

⁹⁷⁰ Même si une partie de la doctrine voit dans la fraude à la loi une des manifestations de l'ordre public, l'autonomie de la fraude à la loi en tant qu'institution est acquise. Dans l'ordre public, c'est le contenu de la loi étrangère qui justifie son éviction alors qu'elle était normalement applicable. Dans la fraude à la loi, l'éviction de la loi étrangère se fonde sur la manipulation artificieuse par les intéressés de l'élément de rattachement de telle

Toutefois, l'exception de fraude à la loi n'est pas connue dans tous les systèmes juridiques ou lorsqu'elle est connue sa portée est variable⁹⁷¹ : parfois est prise en compte que la fraude à la loi du for, parfois la fraude à la loi étrangère est également sanctionnée et, dans certains cas elle est assimilée à l'ordre public. Ce manque d'uniformité n'est qu'un argument à l'encontre de l'utilité de cet instrument dans la lutte contre l'abus de droit en droit communautaire.

B. Audit distingue entre différents types de sanction de la fraude à la loi : a) la fraude comme fondement de la sanction (exception de fraude et méthode bilatéraliste) ; b) la fraude comme soutien de la décision (application unilatérale de la règle de conflit) ; c) la sanction de la fraude sans mention de la fraude (méthode unilatéraliste pure)⁹⁷². Dans le premier cas, l'exception de fraude revient en effet à affirmer que la loi du for est applicable à la situation considérée, tandis que la loi étrangère désignée par la règle de conflit bilatérale ne l'est pas. Dans le second cas, il s'agit d'un problème de qualification du rattachement retenu (voir l'exemple de l'existence des critères divers de rattachement des personnes morales à un État). Enfin, dans le troisième cas, il s'agit de sanctionner la fraude par l'invocation des lois de police du for.

La fraude à la loi telle que développée par le droit international privé serait – elle transposable au phénomène de contournement des droits nationaux en droit communautaire ? H. Gaudemet - Tallon répond affirmativement : « *Il est indiscutable que, d'une certaine façon, le droit communautaire sanctionne la fraude : à la fois fraude à la loi interne d'un État membre, et au droit communautaire dans sa globalité* »⁹⁷³. La préoccupation semble la même que celle du droit international : éviter le comportement frauduleux des particuliers qui cherchent l'application d'une autre loi que celle normalement compétente. Cependant, en droit communautaire, la notion est appliquée de manière différente, en prenant en compte la spécificité de cet ordre juridique. Le fait pour les États membres d'invoquer la fraude pour justifier la restriction de la libre circulation, doit répondre à des exigences de proportionnalité et nécessité. Dans ses limites, la fraude à la loi pourrait être utilisée avec succès en ce qui concerne les comportements abusifs touchant les libertés de circulation. Il s'agirait ici d'une fraude à la loi greffée sur un abus du droit communautaire.

La fraude à la loi ne pourra avoir le même succès en ce qui concerne les autres domaines de manifestation de l'abus de droit. Les montages purement artificiels dans le cadre de la politique agricole commune ou de la fiscalité indirecte, l'invocation abusive des droits

sorte que la loi étrangère n'est qu'apparemment applicable (Y. LOUSSOUARN, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé, op. cit.*, p. 332).

⁹⁷¹ H. GAUDEMET – TALLON, *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses, op. cit.*, p. 277.

⁹⁷² B. AUDIT, *op. cit.*, p. 138 et s.

⁹⁷³ H. GAUDEMET – TALLON, *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses, op. cit.*, p. 280.

issus de la deuxième directive relative aux modifications de capital social, la fraude à la compétence et le *forum shopping malus* sont des catégories juridiques impossibles de réduire à la fraude à la loi. Ils fonctionnent selon des mécanismes propres différents de celui de la fraude à la loi.

De plus, une autre différence essentielle consiste dans le fait qu'en droit international privé, la fraude à la loi implique seulement des systèmes juridiques nationaux, tandis que dans la seconde situation on utilise le droit communautaire pour échapper à un droit national et faire appliquer un autre droit, plus favorable. Le mécanisme implique donc tant un ordre national qu'un ordre supranational.

Une transposition telle quelle de la notion de fraude à la loi au droit communautaire n'est pas conseillée. L'abus de droit tel que manifesté en droit communautaire s'est constitué comme une notion autonome. En essayant de cumuler sur le chapeau d'une unique notion juridique des comportements très variés, il était nécessaire de trouver, en droit communautaire, une solution spécifique, sans correspondant dans les ordres juridiques nationaux.

Les trois catégories juridiques analysées ici présentent toutes une relation assez étroite avec l'ordre juridique du juge qui essaie de contrôler l'abus de droit. L'usage de tels instruments peut être nocif pour l'application uniforme du droit communautaire et la Cour de Justice a dû chercher d'autres solutions pour combattre l'exercice abusif des droits issus du droit communautaire. La solution trouvée a été de communautariser ces instruments du droit international privé. La théorie des raisons impérieuses d'intérêt général a été vue par la Cour comme un instrument plus efficace de lutter contre les comportements abusifs.

Section II. La solution provisoire : le recours à la théorie des raisons impérieuses d'intérêt général

C'est dans l'arrêt *Cassis de Dijon*⁹⁷⁴ que l'instrument des exigences impératives d'intérêt général a été introduit dans le droit communautaire. Cette technique s'est progressivement étendue de la libre circulation des marchandises aux autres libertés de circulation. La variété des motifs d'intérêt général invoqués par les États membres est assez riche et, si la Cour les accepte assez facilement, c'est parce que ces raisons seront soumises par la suite à un strict contrôle de proportionnalité. C'est dans ce cadre que la lutte contre l'abus de droit a été invoquée par les États membres en vue de restreindre la libre circulation. Après avoir mis en

⁹⁷⁴ Arrêt CJCE, *Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 20 février 1979, Aff. 120/78, Rec., p. 649.

exergue l'encadrement de l'exception de la fraude à la loi (& I) et des lois de police (& II) par la théorie des raisons impérieuses d'intérêt général, il convient de se pencher sur le caractère particulier du contrôle des mesures nationales anti-abus en matière fiscale (& III).

& I. La lutte contre le comportement abusif ou frauduleux des particuliers en tant que raison impérieuse d'intérêt général

L'accent sera mis sur l'arrêt *Centros* (B), mais pour mettre mieux en évidence son apport il convient de présenter le régime antérieur à celui-ci (A).

A) *Le régime pré-Centros*

Les États membres ont été déjà confrontés à la question des comportements abusifs des particuliers car ils mettaient en échec leurs politiques nationales dans des domaines sensibles comme celui de la fiscalité ou de la sécurité sociale. Ainsi ils se sont dotés assez tôt des mesures nationales anti-abus. À mesure que l'intégration s'est développée, certains aspects, une fois laissés à la compétence nationale, sont passés à la Communauté européenne ou ont influencé l'exercice par la dernière de ses compétences. Dans ce cadre, il était envisageable que ces mesures nationales soient soumises, d'une certaine manière, au contrôle communautaire, et la théorie des raisons impérieuses d'intérêt général semblait le moyen adéquat.

Dans l'arrêt *Knoors* du 7 février 1979⁹⁷⁵, la Cour de Justice reconnaissait déjà l'intérêt légitime qu'un État membre peut avoir « *d'empêcher qu'à la faveur des facilités créées en vertu du Traité, certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale* »⁹⁷⁶. Ce n'est que deux semaines plus tard que la Cour, dans l'arrêt *Cassis de Dijon*, précité, a introduit la notion des « *exigences impératives d'intérêt général* », ainsi que l'utilisation initiale de la notion de « *intérêt légitime* », qui doit être appréhendée dans son contexte. Cependant, il n'est pas compréhensible que, quelques années plus tard, dans l'affaire *Segers* du 10 juillet 1986⁹⁷⁷, le juge communautaire convertisse l'abus de droit en une exception fondée

⁹⁷⁵ CJCE, *J. Knoors contre Staatssecretaris van Economische Zaken*, 7 février 1979, Aff. 115/78, Rec., 1979, p. 399. Pour rappel, il s'agissait d'un travailleur néerlandais, qui après avoir travaillé en Belgique, il rentre dans son pays natal. Les autorités néerlandaises lui ont cependant refusé l'autorisation de travail au motif qu'il n'était pas en possession des qualifications professionnelles requises par la législation néerlandaise et il ne pouvait non plus invoquer le droit communautaire pour ne pas entrer dans son champ d'application personnelle. Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Premier Titre, Chapitre III, pp. 82 et s..

⁹⁷⁶ Point 25 de l'arrêt *Knoors*.

⁹⁷⁷ CJCE, *D.H.M. Segers contre Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank – en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, 10 juillet 1986, Aff. 79/85, Rec., p. 2375. Pour rappel, il s'agissait d'un ressortissant néerlandais,

sur l'article 46 du Traité CE : en appliquant l'article 46 CE (ex-article 56), « *la lutte contre des opérations frauduleuses peut donc, dans certaines circonstances, justifier un traitement différencié* [des sociétés constituées en conformité du droit d'un autre État membre] », mais elle doit représenter une mesure appropriée⁹⁷⁸. En incluant la lutte contre l'abus dans le champ d'application de l'article 46 CE, le juge communautaire la convertit nécessairement en une exception légale à la libre circulation. Comme nous l'avons déjà souligné, les exceptions légales sont énumérées de façon exhaustive ce qui signifie que la lutte contre l'abus serait couverte par « *les raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique* », un mélange inacceptable des notions différentes. Heureusement, par l'arrêt *Bouchouba* du 3 octobre 1990⁹⁷⁹, la Cour de Justice revient à la jurisprudence *Knoors*.

C'est dans l'arrêt *Kraus* du 31 mars 1993⁹⁸⁰, que la Cour de Justice analyse pour la première fois l'interdiction de l'abus de droit en tant que raison impérieuse d'intérêt général. Elle souligne que la mesure nationale est « *susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants communautaires, y compris ceux de l'État membre auteur de la mesure, des libertés fondamentales garanties par le traité* ». Une telle entrave pourrait cependant être justifiée si elle poursuivrait « *un objectif légitime compatible avec le traité et se justifiait par des raisons impérieuses d'intérêt général* »⁹⁸¹. « *La nécessité de protéger un public non nécessairement averti contre l'utilisation abusive des titres universitaires qui ne sont pas délivrés conformément aux normes prévues à cette fin dans le pays où le titulaire du diplôme entend s'en prévaloir* » constitue un tel intérêt légitime.

Dans ce contexte, il convient de souligner que la perspective des arrêts antérieurs à l'arrêt *Kraus* change dans le sens où la Cour, en considérant que l'interdiction de l'abus de droit est un intérêt légitime d'un État, exclue que la mesure nationale puisse être considérée comme restriction à la libre circulation. En revanche, dans l'arrêt *Kraus*, le raisonnement évolue et l'interdiction sera analysée en aval de la considération que la mesure nationale soit une entrave.

La mesure nationale doit, souligne la Cour, remplir certaines conditions : elle doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne doit pas aller au-delà de ce qui est

directeur d'une société de droit anglais ayant ouvert une filiale aux Pays-Bas. Les autorités néerlandaises lui ont refusé de bénéficier de l'assurance-maladie pour ayant été coupable d'une fraude à la loi. Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Premier Titre, Chapitre III, pp. 97 et s.

⁹⁷⁸ Point 17 de l'arrêt *Segers*.

⁹⁷⁹ CJCE, *Procédure pénale contre Marc Gaston Bouchouba*, 3 octobre 1990, Aff. C-61/89, Rec. I, p. 3551. Pour rappel, il s'agissait d'un ressortissant français qui, après avoir obtenu au Royaume-Uni un diplôme en ostéopathie, se voit refuser, au retour en France, le droit d'utiliser ce diplôme pour pouvoir pratiquer l'ostéopathie, dès lors que la législation française exigeait une habilitation de médecine. Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Premier Titre, Chapitre III, pp. 88 et s.

⁹⁸⁰ CJCE, *Dieter Kraus contre Land Baden-Württemberg*, 31 mars 1993, Aff. C-19/92, Rec., p. I-1663. Pour rappel, il s'agissait d'un ressortissant allemand qui, ayant obtenu un titre universitaire de troisième cycle au Royaume-Uni demande aux autorités allemandes la possibilité de l'utiliser sans être conditionné par une autorisation préalable. Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Premier Titre, Chapitre III, pp. 90 et s.

⁹⁸¹ Point 32 de l'arrêt *Kraus*.

nécessaire pour atteindre cet objectif. Dans ce cadre, il est souligné que la mesure nationale en cause, c'est-à-dire le fait d'instituer une procédure de délivrance d'autorisations administratives préalables à l'utilisation des titres universitaires acquis dans un autre État membre et de prévoir des sanctions pénales en cas de non-respect de la procédure, remplit la première condition, mais il faut encore que le principe de proportionnalité soit respecté. Ainsi, la procédure d'autorisation doit avoir pour seul objet de vérifier si le titre universitaire a été régulièrement délivré. En second lieu, la procédure doit permettre un accès aisé et ne saurait dépendre du paiement de taxes administratives excessives. En troisième lieu, la procédure doit être conforme aux exigences du droit communautaire concernant la protection effective des droits fondamentaux conférés par le Traité aux ressortissants communautaires. En quatrième lieu, les sanctions doivent être proportionnées à la gravité de l'infraction commise⁹⁸². Sur le fondement de ces critères, la juridiction nationale devrait apprécier le caractère disproportionné ou pas de la mesure nationale, car la Cour hésite de se prononcer elle-même sur la compatibilité de la procédure administrative en cause avec le droit communautaire.

En considérant la nécessité de la protection du public contre l'utilisation abusive des titres universitaires comme un intérêt légitime, la Cour méconnaît l'argument de l'Avocat général Van Gerven⁹⁸³ selon lequel il faut admettre cet intérêt légitime seulement dans des circonstances exceptionnelles, à savoir lorsqu'il existe un risque que certains ressortissants communautaires tentent à se soustraire à des règles professionnelles⁹⁸⁴. Par voie de conséquence, la notion d'utilisation abusive des facilités créées par le Traité est interprétée par la Cour de manière extensive, vu que, dans l'affaire *Bouchoucha* que l'Avocat Général cite, il s'agissait seulement de l'utilisation des titres universitaires, et non des règles professionnelles comme des conditions d'accès à une profession réglementée⁹⁸⁵. L'Avocat Général considère cependant que la législation allemande est disproportionnée parce que le public est déjà largement protégé par l'interdiction, sanctionnée pénalement, d'utiliser des titres faux. De plus, un contrôle judiciaire n'est pas possible sur les autorisations d'utilisation du titre universitaire étranger et les sanctions pénales sont trop lourdes. Même si une protection plus poussée était nécessaire, elle pourrait être atteinte par l'instauration d'une obligation de faire suivre le titre du nom et du lieu de l'établissement qui l'a délivré⁹⁸⁶.

⁹⁸² Points 38 à 41 l'arrêt *Kraus*.

⁹⁸³ Conclusions présentées sur l'affaire *Kraus* le 13 janvier 1993.

⁹⁸⁴ Voir note de bas de page n° 17 des Conclusions de l'Avocat Général.

⁹⁸⁵ C. DENYS, *op. cit.*, p. 652.

⁹⁸⁶ Point 13 des conclusions.

B) *Le régime Centros*

Dans l'affaire *Centros*⁹⁸⁷, la Cour semble analyser l'interdiction de l'abus de droit tant en termes de limitation du champ d'application des libertés de circulation que de raison impérieuse d'intérêt général. Ainsi, une fois observé que le refus d'immatriculation est une entrave à l'exercice des libertés (à l'exercice et non à l'existence de la liberté dans le cas d'espèce), la Cour cite, de manière confuse à notre avis, tant la jurisprudence *Van Binsbergen* que *Bouchouca* et *Kefalas*, précitée. La justification pourrait se trouver peut-être dans le fait que l'arrêt *Centros* réalise une transition dans le régime de la notion d'abus de droit. C'est un premier pas vers un régime plus solide, celui de raison impérieuse d'intérêt général et donc l'inclusion de la notion dans des modèles jurisprudentiels prédéterminés. Le point 19 de l'arrêt apporte des précisions importantes quant au contenu matériel et la preuve de l'abus : « les juridictions nationales peuvent, au cas par cas, en se fondant sur des éléments objectifs, tenir compte du comportement abusif ou frauduleux des personnes concernées pour les refuser, le cas échéant, le bénéfice des dispositions du droit communautaire invoquées », avec l'obligation de prendre en considération « les objectifs poursuivis par les dispositions communautaires en cause ». Selon la Cour, l'appréciation du comportement abusif doit se faire au niveau national, mais selon des critères autonomes : appréciation casuistique, fondée sur des critères objectifs et une interprétation téléologique.

L'analyse par la suite de l'abus se fait en termes de raison impérieuse d'intérêt général :

*« les autorités de l'État membre concerné puissent prendre toute mesure de nature à prévenir ou à sanctionner les fraudes, soit à l'égard de la société même, le cas échéant en coopération avec l'État membre dans lequel elle est constituée, soit à l'égard des associés dont il serait établi qu'ils cherchent en réalité, par le biais de la constitution d'une société, à échapper à leurs obligations vis-à-vis des créanciers privés ou publics établis sur le territoire de l'État membre concerné »*⁹⁸⁸.

Pour pouvoir être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général, l'entrave doit s'appliquer de manière non discriminatoire, être propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre⁹⁸⁹. Cependant, dans l'affaire *Centros* ces conditions ne sont pas remplies, car la mesure s'avère disproportionnée et une autre solution, moins contraignante, aurait pu être trouvée (comme par exemple la possibilité légale pour les créanciers publics de prendre les garanties

⁹⁸⁷ CJCE, *Centros Ltd contre Erhvervs – og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, Aff. C-212/97, Rec. I, p. 1459. Pour rappel, *Centros*, société enregistrée au Royaume-Uni se voit opposer le refus des autorités danoises d'immatriculer sa succursale au Danemark. Les actionnaires sont de nationalité danoise et *Centros* n'a exercé aucune activité depuis sa création. Voir analyse de cette affaire dans la Première Partie, Premier Titre, Chapitre III, pp. 99 et s..

⁹⁸⁸ Point 39 de l'arrêt *Centros*.

⁹⁸⁹ Point 34 de l'arrêt *Centros*.

nécessaires). En tout cas, même si ces conditions auraient été remplies, « *la lutte contre la fraude ne saurait justifier une pratique de refus d'immatriculation d'une succursale de société ayant son siège dans un autre État membre* »⁹⁹⁰. À notre avis, l'arrêt *Centros* est susceptible de relever, par sa spécificité, deux formes de l'abus en fonction des intérêts lésés : un abus lésant les objectifs de la norme communautaire et un abus lésant les droits des tiers. Par voie de conséquence les sanctions doivent aussi être différentes. Jusqu'à maintenant le premier cas a été combattu par le moyen d'une interprétation téléologique, tandis que, si les droits des tiers ont été affectés, la lutte contre l'abus a pris la forme d'une raison impérieuse d'intérêt général. Dans le premier cas, la sanction a été la non application du droit communautaire, tandis que dans le second cas, une restriction des droits octroyés par le droit communautaire. Ce raisonnement sera cependant contredit par la jurisprudence postérieure⁹⁹¹.

Il est important aussi de souligner que la Cour statue qu'« *un État membre est en droit de prendre des mesures destinées à empêcher que, à la faveur des facilités créées en vertu du traité, certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale et que les justiciables ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir des normes communautaires* »⁹⁹², ce qui représente un pas envers la cristallisation d'une notion communautaire d'abus de droit. Ainsi, une analyse grammaticale nous permet de distinguer que l'utilisation de la conjonction copulative « *et* » met en évidence que l'abus de droit est une notion complexe avec deux niveaux : une fraude au droit national par le moyen d'un exercice abusif des facilités (droits) créées par le droit communautaire. L'autre conjonction « *ou* » introduit une distinction plus ou moins évidente. Si un particulier pourrait se soustraire « *abusivement* » au droit national, l'invocation du droit communautaire pourrait être « *abusive* » ou « *frauduleuse* ». À notre avis, l'utilisation des deux mots a été faite par la Cour de Justice avec l'intention de les considérer comme des synonymes et dans le but d'assurer à la notion d'abus de droit un champ d'application plus large. Ou peut-être, il s'agit seulement d'une confusion terminologique, dans le contexte de la création d'une nouvelle catégorie juridique dont le régime ne trouve pas une équivalence totale dans les droits nationaux. La Cour se trouverait ainsi dans un procès de construction, au moment de l'affaire loin d'être abouti, d'une notion autonome du droit communautaire.

⁹⁹⁰ Point 38 de l'arrêt *Centros*.

⁹⁹¹ Voir *infra* pp. 401 et s..

⁹⁹² Point 24 de l'arrêt *Centros*.

& II. L'application des lois de police nationales en tant que raison impérieuse d'intérêt général

Si dans l'affaire *Centros*, la restriction était principalement analysée en termes d'abus de droit, l'analyse de la jurisprudence de la Cour met en évidence qu'il n'est pas toujours le cas d'un tel raisonnement. Pour combattre l'abus de droit, les États membres peuvent invoquer tant des lois de police comme le principe d'interdiction de l'abus de droit, mais la doctrine⁹⁹³ souligne que la première forme de justification a moins de chances à passer le test des raisons impérieuses d'intérêt général.

Dans l'affaire *Überseering*⁹⁹⁴, le gouvernement allemand justifiait la restriction au droit d'établissement par la nécessité de sécurité juridique et de protection des créanciers, des associés minoritaires et des salariés. Si la Cour de Justice accepte l'invocation de telles lois de police pour justifier l'entrave au droit d'établissement, elles ne passent pas le test des raisons impérieuses d'intérêt général :

*« Pareils objectifs ne peuvent toutefois justifier que soient déniées la capacité juridique et, partant, la capacité d'ester en justice à une société régulièrement constituée dans un autre État membre où elle a son siège statutaire. En effet, une telle mesure équivaut à la négation même de la liberté d'établissement reconnue aux sociétés par les articles 43 CE et 48 CE. »*⁹⁹⁵

Dans l'affaire *Inspire Art*⁹⁹⁶, le gouvernement néerlandais a invoqué, au soutien de sa législation, la protection des créanciers, la lutte contre le recours abusif à la liberté d'établissement, la préservation tant de l'efficacité des contrôles fiscaux que de la loyauté des transactions commerciales. La Cour exclut en bloc l'invocation de ces lois de police, pour manque de nécessité de s'appliquer à l'espèce. Ainsi la protection des créanciers est déjà assurée car ils sont informés qu'il s'agit d'une société de droit anglais et non de droit néerlandais. Quant à la lutte contre le recours abusif à la liberté d'établissement, la Cour se limite à invoquer la jurisprudence *Centros* pour considérer qu'il n'y a pas d'abus.

⁹⁹³ R. CRAUFORD SMITH, « The establishment of companies in European Community law : choice of law or abuse of rights ? », *European Current Law Yearbook*, 1999, p. LXV.

⁹⁹⁴ Arrêt CJCE, *Überseering BV contre Nordic Construction Company Baymanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, Aff. C-208/00, Rec. I, p. 9919. Pour rappel, il s'agissait d'une société de droit néerlandais dont la totalité des parts sociales ont été acquises par deux ressortissants allemands. Selon la législation allemande, la société était considérée avoir transféré son siège social en Allemagne et elle devait satisfaire aux règles allemandes de constitutions des sociétés. Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Premier Titre, Chapitre III, pp. 104 et s..

⁹⁹⁵ Point 93 de l'arrêt *Überseering*.

⁹⁹⁶ CJCE, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd*, 30 septembre 2003, Aff. C-167/2003, Rec. I, p. 10155. Pour rappel, il s'agissait d'une société de droit anglais qui ouvre une succursale aux Pays-Bas. La législation néerlandaise imposait cependant à la succursale d'utiliser la mention « société étrangère de pure forme », ce qui supposait certaines conditions relatives au capital minimale et la responsabilité personnelle et solidaire des administrateurs. Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Premier Titre, Chapitre III, pp. 108 et s..

À côté du droit d'établissement, un autre domaine dans lequel des lois de police sont invoquées par les gouvernements nationaux pour lutter contre l'abus de droit est celui de la libre prestation de services. La jurisprudence *Veronica – TV10 – VT4*⁹⁹⁷ a permis de combattre le contournement du droit national par la raison impérieuse du « *maintien d'un paysage audiovisuel pluraliste et non commercial* ».

Dans le secteur du détachement des travailleurs salariés dans le cadre d'une prestation de services, la Cour de Justice a été plusieurs fois amenée à apprécier l'application des lois de police. Dans l'affaire *Arblade*, précitée, elle clarifie le rôle des lois de police en droit communautaire⁹⁹⁸. La protection des travailleurs⁹⁹⁹, et plus particulièrement la protection sociale des travailleurs du secteur de la construction¹⁰⁰⁰, figure, en tant que lois de police, parmi les raisons impérieuses justifiant une restriction à la libre prestation de services.

Même si la lutte contre l'abus d'un droit communautaire se présente *a priori* sous l'apparence d'une loi de police, il apparaît que la manière de la mettre en œuvre est différente de celle d'une véritable loi de police. Dans ce sens se prononce E. Pataut qui considère que la Cour n'a pas agi en termes de lois de police, parce que l'appréciation de l'abus de droit se fait au cas par cas. Dans l'affaire *Inspire Art*, précitée, la relative prévisibilité de la législation néerlandaise par la mise en place des critères généraux assez précis, amenant à l'application de la loi du for, est condamnée par la Cour. Elle sanctionne une application systématique et sans nuance de la législation nationale, sans une appréciation *in concreto* de la fraude. Par voie de conséquence, la Cour inciterait dans le cas d'un abus d'un droit communautaire à l'utilisation de la technique de la fraude à la loi et non de la loi de police. Pourtant l'auteur admet que la solution reste incertaine¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁷ Pour rappel, les Pays-Bas imposaient une législation stricte sur les activités des organismes de radiodiffusion télévisuelle. Pour éluder cette législation, les organismes se sont établis dans d'autres pays et ont dirigé leurs émissions vers les Pays Bas. Voir l'analyse de ces affaires dans la Première Partie, Premier Titre, Chapitre II, pp. 41 et s..

⁹⁹⁸ Voir *supra*, pp. 89 et s..

⁹⁹⁹ Point 27 de l'arrêt CJCE, *Procédure pénale contre André Mazzoleni et Inter Surveillance Assistance SARL, civilement responsable, en présence de Eric Guillaume et autres*, 15 mars 2001, Aff. C-165/98, Rec., p. I-2189 ; point 77 de l'arrêt CJCE, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, 11 décembre 2007, Aff. C-438/05, non encore publié ; point 38 de l'arrêt CJCE, *Dirk Ruffert contre Land Niedersachsen*, 3 avril 2008, Aff. C-346/06, non encore publié.

¹⁰⁰⁰ Point 36 de l'arrêt *Arblade*.

¹⁰⁰¹ E. PATAUT, « Liberté d'établissement et droit international privé des sociétés : un pas de plus », *op. cit.*, p. 493.

& III. Le contrôle des mesures nationales anti-abus en matière fiscale

L'expansion du commerce transnational a déterminé le déplacement des normes nationales anti-abus vers le plan international, où les entreprises voient plus de possibilités pour échapper aux charges fiscales. Cette propension a reçu le support du droit communautaire qui encourage la libre circulation des personnes, services et capitaux. Les différents ordres juridiques nationaux ont développé des techniques variées pour lutter contre l'évasion fiscale, ce qui rend difficile la création d'une « doctrine homogène et cohérente avec validité européenne »¹⁰⁰². La Cour de Justice a mis en évidence que l'appréciation des comportements abusifs incombe aux juridictions nationales et donc elle accepte l'application des mesures nationales anti-abus¹⁰⁰³. Cependant, tel que développé auparavant, l'application de telles mesures n'est pas exempte de toute limite. Au contraire, il faut prendre en compte les exigences imposées par la jurisprudence communautaire. Dans le contexte du droit communautaire, l'analyse des mesures nationales anti-abus doit se faire en prenant en compte la complexité des relations entre la nature des comportements abusifs et l'incidence de ces mesures sur l'application du droit communautaire. Notre approche visera la mise en évidence des critères traditionnels utilisés par la Cour de Justice dans les contrôles des mesures nationales anti-abus (A) et l'ajout de nouveaux critères (B). Finalement nous analyserons les efforts de la Commission en la matière (C).

A) Les critères traditionnels

En matière fiscale, la lutte contre l'évasion a souvent été considérée comme une raison impérieuse d'intérêt général ce qui mettait en cause la nécessité de consacrer une notion autonome d'abus de droit. Dans l'affaire *Lankhorst-Hoborst*¹⁰⁰⁴, après avoir considéré que la mesure nationale en cause est une entrave à la liberté d'établissement dès lors qu'elle institue une différence de traitement entre les filiales résidentes en fonction du siège de leur

¹⁰⁰² F. A. GARCÍA PRATS, « Las medidas tributarias anti-abuso y el Derecho comunitario », in M. T. SOLER ROCH, F. SERRANO ANTÓN (sous la direction de), *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho comunitario*, Instituto de Estudios Fiscales, 2002, p. 166.

¹⁰⁰³ Généralement sur les entraves fiscales à la libre circulation voir V. HATZOPOULOS, « Fiscalité directe des États membres et "libertés personnelles" reconnues par le traité CE », *RDUE*, 1995, n° 4, pp. 121 – 156 ; A. MAITROT DE LA MOTTE, *Souveraineté fiscale et construction communautaire. Recherche sur les impôts directs*, LGDJ, Paris, 2005, pp. 176 – 201.

¹⁰⁰⁴ CJCE, *Lankhorst-Hoborst GmbH c. Finanzamt Steinfurt*, C-324/00, 12 décembre 2002, Rec., p. I-11779. Pour rappel, il s'agissait de la filiale allemande d'une société néerlandaise ayant bénéficié d'un prêt avec intérêt de la part de la société mère. L'administration fiscale allemande a considéré que les intérêts payés à la société mère étaient assimilables à une distribution de bénéfices occultes et les a imposées à ce titre. Voir l'analyse de l'affaire dans la Première Partie, Premier Titre, Chapitre IV, pp. 130 et s..

société mère, la Cour de Justice analyse de manière surprenante la possibilité de justification par des raisons impérieuses d'intérêt général. Les gouvernements allemand, danois et britannique ainsi que la Commission européenne soutenaient que la mesure nationale est un moyen de lutte contre l'évasion fiscale à laquelle aboutirait le recours au mécanisme dit « *de la sous-capitalisation* » ou de « *la capitalisation dissimulée* », parce qu'il serait plus avantageux d'assurer le financement d'une filiale par l'emprunt plutôt que par des apports en capital. Par une interprétation *a contrario* du point 37 de l'arrêt, il semble que la Cour accepte la possibilité de justifier une restriction à la liberté d'établissement par une législation nationale qui cherche à combattre les « *montages purement artificiels* »¹⁰⁰⁵. En l'espèce, aucun comportement abusif n'ayant été établi, le prêt étant effectivement intervenu pour réduire en faveur de la filiale la charge des intérêts financiers résultant de son crédit bancaire¹⁰⁰⁶. La Cour de Justice exclue donc une présomption générale de comportement abusif, ce qui implique que l'appréciation de l'existence d'un tel comportement doit se faire cas par cas. Cette solution n'est pas neuve¹⁰⁰⁷. De plus l'abus sera combattu par le fait que la société mère reste soumise à la législation de l'État où elle est établie. La Cour de Justice répond ainsi au souci de la Commission européenne qu'il existe un risque de double imposition dans la mesure où la filiale allemande est soumise à l'impôt allemand au titre des intérêts versés alors que la société mère non-résidente doit encore déclarer aux Pays-Bas, en tant que recettes, les intérêts qu'elle a perçus.

Ce que nous critiquons au développement fait par la Cour, c'est de ne pas avoir insisté plus sur la condition du caractère approprié et proportionné de la mesure nationale. Ainsi on aurait plus de critères d'appréciation, surtout dans le contexte où il revient aux juridictions nationales d'évaluer les cas d'abus. Ou, au moins, elle aurait pu mettre en évidence, par des exemples, la forme dont pourrait revêtir les mesures nationales anti-contournement pour rester compatibles avec le droit communautaire.

La même ligne de pensée est suivie dans l'affaire *Lasteyrie du Saillant*¹⁰⁰⁸. La différence consiste dans le fait que la Cour de Justice propose des solutions alternatives à une présomption générale d'évasion ou de fraude fiscale. Ainsi, des mesures moins restrictives pourraient avoir été prises par la France. Ainsi que l'a relevé aussi l'Avocat Général Mischo

¹⁰⁰⁵ D. GUTMANN, L. HINNEKENS, *op. cit.*, p. 95.

¹⁰⁰⁶ Point 38 de l'arrêt *Lankhorst-Hoborst*.

¹⁰⁰⁷ Dans le même domaine, arrêt CJCE, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) c. Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, Aff. C-264/96, 16 juillet 1998, Rec., p. I – 4695, point 26 ; arrêt *X et Y*, Aff. C-436/00, 21.11.2002, Rec., p. I-10829, points 61 et 62.

¹⁰⁰⁸ CJCE, *Hughes de Lasteyrie du Saillant c. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, Aff. C-9/02, 11 mars 2004, Rec., p. I-2409. Pour rappel, il s'agissait de la compatibilité avec le droit communautaire d'une législation nationale qui, au titre de la prévention de l'évasion fiscale, instituait un mécanisme d'imposition des plus-values en cas de transfert du domicile fiscal. Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Titre Premier, Chapitre IV, pp. 132 et s..

dans ses conclusions¹⁰⁰⁹, les autorités françaises pourraient prévoir la taxation du contribuable qui, après un séjour relativement court dans un autre État membre, reviendrait en France après avoir réalisé ses plus-values, ce qui éviterait d'affecter la situation des contribuables n'ayant pas d'autre objectif que d'exercer en toute bonne foi leur liberté d'établissement dans un autre État membre¹⁰¹⁰. L'Avocat Général Mischo conteste que la cession des titres peu après le départ de France soit un indice certain de la volonté d'échapper à l'impôt. En revanche le critère constitué par la rapidité du retour en France serait plus approprié¹⁰¹¹. De plus, pour être conforme au principe de proportionnalité, la mesure nationale ne devrait pas présumer le caractère frauduleux de l'exercice de la liberté d'établissement découlant du droit communautaire, mais pourrait en revanche prévoir la possibilité pour l'administration fiscale de « démontrer au cas par cas l'existence effective d'une fraude ou d'une évasion fiscale »¹⁰¹². À notre avis, le fait d'instituer une présomption de fraude, qu'elle soit relative ou irréfragable, a des conséquences importantes sur la charge de la preuve. Il incombera au particulier de faire la preuve qu'il n'a pas abusé. La Cour donc exclue la possibilité d'instaurer une telle présomption car elle enfreint la libre circulation. L'appréciation cas par cas implique pour l'administration fiscale d'établir les éléments de la fraude.

Dans le cas où l'harmonisation est plus poussée, les mesures nationales anti-contournement ne pourraient pas se justifier par des raisons impérieuses d'intérêt général mais par les exceptions légales prévues dans les instruments d'harmonisation. Ainsi, dans l'affaire *Goldsmiths* de 3 juillet 1997¹⁰¹³, la Cour a souligné que, dans le cadre de la sixième directive du Conseil n° 77/388/CEE, du 17 mars 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires, « les mesures de nature à éviter des fraudes ou évasions fiscales ne peuvent en principe déroger au respect de la base d'imposition de la TVA visée par l'article 11 de la sixième directive que dans les limites strictement nécessaires pour atteindre cet objectif spécifique »¹⁰¹⁴. En conséquent, une législation qui exclut « de manière générale et systématique, du remboursement de la TVA toutes les transactions dont la contrepartie n'est pas monétaire, sans aucune distinction, modifie, pour cette catégorie d'opérations, la base d'imposition d'une manière qui excède la mesure strictement nécessaire pour éviter un risque de fraude fiscale »¹⁰¹⁵.

¹⁰⁰⁹ Les Conclusions de l'Avocat Général M. Jean Mischo présentées le 13 mars 2003, point 64.

¹⁰¹⁰ Point 54 des conclusions.

¹⁰¹¹ Point 62 des Conclusions. Il faut noter que la législation française incriminée a été abrogée avec effets à partir de 1^{er} janvier 2005 (Loi n°2004-1484 du 30 décembre 2004 de finances pour 2005).

¹⁰¹² Point 60 des conclusions.

¹⁰¹³ CJCE, *Goldsmiths (Jewellers) Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, 3 juillet 1997, Aff. C-330/95, Rec., p. I-3801.

¹⁰¹⁴ Point 21 l'arrêt *Goldsmiths*.

¹⁰¹⁵ Point 22 l'arrêt *Goldsmiths*.

Dans l'arrêt *Marks and Spencer* du 13 décembre 2005¹⁰¹⁶, la Cour de Justice a rappelé que, en droit fiscal, la résidence des contribuables peut constituer un facteur pouvant justifier des règles nationales qui impliquent une différence de traitement entre contribuables résidents et contribuables non-résidents¹⁰¹⁷. Cependant, dans des situations concrètes, la limitation de l'application d'un avantage fiscal aux contribuables résidents pourrait être motivée par des éléments objectifs pertinents susceptibles de justifier la différence de traitement¹⁰¹⁸. Si le risque d'évasion fiscale pourrait constituer un tel élément, la mesure nationale en cause peut, dans certains cas, s'avérer disproportionnée. Dans ce contexte, les États membres demeurent libres « d'adopter ou de maintenir des règles ayant pour objet spécifique d'exclure d'un avantage fiscal les montages purement artificiels dont le but serait de contourner ou d'échapper à l'emprise de la loi fiscale nationale »¹⁰¹⁹. De cette affirmation nous pourrions tirer des conclusions multiples. En premier lieu, les États membres ont la possibilité non seulement d'introduire de telles mesures nationales, mais aussi de maintenir celles déjà adoptées au moment de l'harmonisation faite par le droit communautaire. En ce qui concerne les mesures nationales, elles doivent remplir les conditions suivantes : a) elles doivent avoir pour « objet spécifique » de combattre les abus ; b) il faut prouver un montage purement artificiel ; c) le but du montage doit être de contourner ou d'échapper (quelle serait la différence entre les deux ?) à l'application de la loi fiscale nationale. Le mot « purement » pourrait renvoyer à une conception subjective de l'abus et donc l'intention des particuliers a un rôle essentiel : dans le cas où l'intention n'était pas exclusivement dans le sens du contournement de la législation fiscale nationale, il ne s'agirait pas d'un abus. Finalement, la Cour ajoute une affirmation qui nous laisse assez perplexes : « pour autant qu'il soit possible d'identifier d'autres mesures moins restrictives, de telles mesures nécessitent en tout état de cause des règles d'harmonisation adoptées par le législateur communautaire »¹⁰²⁰. Elle pourrait peut-être signifier que, même si, dans la situation actuelle, de telles mesures peuvent être encore adoptées au niveau national, dans à l'avenir, le combat des abus se réaliserait au niveau communautaire¹⁰²¹. Il reste à préciser de quelle façon devrait se réaliser concrètement cette opération. Ou peut-être le juge communautaire se réfère ici plutôt à la coopération administrative entre les autorités compétentes dans les pays membres qui seraient impliqués

¹⁰¹⁶ CJCE, *Marks & Spencer plc c. David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, 13 décembre 2005, Aff. C-446/03, Rec., p. I-10837. Il s'agissait d'une société mère résidente dans un pays membre, qui veut déduire de son bénéfice imposable des pertes subies dans un autre État membre par une filiale établie sur le territoire de celui-ci.

¹⁰¹⁷ Point 37 l'arrêt *Mark and Spencer*.

¹⁰¹⁸ Point 38 l'arrêt *Mark and Spencer*.

¹⁰¹⁹ Point 57 l'arrêt *Mark and Spencer*.

¹⁰²⁰ Point 58 l'arrêt *Mark and Spencer*.

¹⁰²¹ Dans ses conclusions sur l'affaire *Akerich*, précitée, l'Avocat Général L. A. Geelhoed avait souligné que la directive 64/427/CEE relative aux modalités des mesures transitoires dans le domaine des activités non salariées de transformation relevant des classes 23-40 CII, précitée, comporte des règles fixant la durée minimale du séjour dans un autre État membre par certains travailleurs non salariés et que la Communauté a la possibilité d'arrêter des mesures au niveau européen susceptibles de s'attaquer aux causes des fraudes à la loi (point 104).

dans une situation comme celle de l'affaire. Cependant, une telle coopération a été déjà prévue par la directive n° 77/799 du Conseil, du 19 décembre 1977, concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs¹⁰²².

C'est surtout en matière fiscale que l'abus de droit a été analysé à un double niveau : en amont de la qualification de la mesure nationale en tant qu'entrave, et en aval, comme raison impérieuse d'intérêt général¹⁰²³. Il y a des cas douteux comme l'arrêt *Nadin* du 15 décembre 2005¹⁰²⁴, où la Cour de Justice fait une claire distinction entre abus et évasion fiscale. La dernière doit remplir les conditions strictes de la théorie des raisons impérieuses d'intérêt général, tandis que la première exclut a priori l'application du droit communautaire¹⁰²⁵. Cependant la Cour analyse, même si c'est de manière tout à fait laconique, la raison impérieuse pour répondre négativement et passer à l'analyse de l'existence d'un abus qui pourrait donc exclure l'application même du droit communautaire. Ce serait aussi le cas d'un possible mélange intentionnel entre ces deux étapes et la convergence vers une autre qui suppose un régime unitaire de l'interdiction de l'abus, en défaveur d'un dédoublement porteur d'insécurité juridique.

Ce dédoublement est récurrent aussi dans d'autres matières. Dans l'arrêt *Commission c. Danemark* du 15 septembre 2005¹⁰²⁶, avec des faits similaires à l'affaire *Nadin*, tant la libre circulation des travailleurs que le droit d'établissement étaient impliquées. La Cour opère le même dédoublement : quant à la restriction à la libre circulation des travailleurs, elle analyse l'abus en amont de la qualification de la mesure nationale comme entrave, et elle statue qu'« une présomption générale d'abus ne saurait être fondée sur la circonstance qu'un travailleur résidant au Danemark qui utilise une voiture de société d'un employeur établi dans un autre État membre occupe dans cet

¹⁰²² JOCE n° L 336, 27.12.1977, pp. 15 – 20.

¹⁰²³ La double intervention de l'abus dans l'appréciation des restrictions à la libre circulation a été aussi observée dans d'autres affaires analysées *supra*. Voir par exemple l'arrêt *Centros*.

¹⁰²⁴ CJCE, *Procédures pénales contre Claude Nadin, Nadin-Lux SA (C-151/04) et Jean-Pascal Durré (C-152/04)*, 15 décembre 2005, Aff. Jtes. C-151/04 et C-152/04, Rec., p. I-11203. Il était en cause la législation d'un État membre taxant, avec l'objectif de lutter contre l'évasion fiscale, des automobiles immatriculés dans un autre État membre, par une société établie dans ce deuxième État, mais qui le met à la disposition de ses travailleurs résidant dans le premier État.

¹⁰²⁵ Le droit d'établissement vise à garantir le bénéfice du traitement national, en interdisant toute discrimination fondée sur le lieu du siège des sociétés. Cependant, en droit fiscal, la résidence des contribuables peut constituer un facteur qui peut justifier une différence de traitement, sous condition qu'elle soit fondée sur une différence de situation objective (Arrêt CJCE, *Denkavit Internationaal BV et Denkavit France SARL contre Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, 14 décembre 2006, Aff. C-170/05, Rec., p. I-11949, points 22 et s.). L'interdiction de l'abus de droit pourrait constituer une telle différence de situation objective permettant à l'État membre en cause à opérer une discrimination en défaveur des personnes qui abusent du droit communautaire et ainsi en excluant l'application du droit communautaire. Ce raisonnement, même s'il n'a pas été retenu jusqu'à maintenant par la Cour, pourrait justifier donc une mesure nationale anti-abus. Une telle instrumentalisation permet d'échapper au contrôle de proportionnalité, en donnant un pouvoir d'appréciation assez large aux États membres. Il y a peut-être ici la justification de l'absence de recours par la Cour à une telle méthode.

¹⁰²⁶ Arrêt CJCE, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Danemark*, 15 septembre 2005, Aff. C-464/02, Rec., p. I-7929.

autre État un emploi qui ne constitue pas son activité principale »¹⁰²⁷. Cependant, quant à la restriction au droit d'établissement, l'examen se fait en aval et la Cour analyse l'évasion fiscale en tant que possible justification de la restriction à la liberté d'établissement. La justification d'un tel dédoublement « *schizophénique* » pourrait se trouver dans le fait que l'abus de droit est analysé d'une manière différente. Ainsi, en amont, ce que la Cour analyse est le seul comportement des particuliers, tandis qu'en aval l'accent est mis sur les mesures, le comportement des États membres¹⁰²⁸. De toute manière, le dédoublement ne fait que diminuer la clarté de la notion d'abus de droit et rend coupable le juge communautaire pour l'échec dans la création des critères uniformes, transversaux, valables pour tous les secteurs du droit communautaire.

B) L'ajout de nouveaux critères

Dans l'arrêt *Cadbury Schweppes* du 12 septembre 2006¹⁰²⁹, la question de l'abus est analysée tant en termes d'application du droit communautaire, que de justification d'une restriction de la libre circulation par une raison impérieuse d'intérêt général. La Cour paraît exclure que l'abus de droit pourrait toujours être éliminé par une interprétation correcte du champ d'application du droit communautaire. Ainsi, « *le fait qu'un ressortissant communautaire, personne physique ou morale, a entendu profiter de la fiscalité avantageuse en vigueur dans un État membre autre que celui dans lequel il réside n'autorise pas, à lui seul, à le priver de la possibilité d'invoquer les dispositions du traité* »¹⁰³⁰. Par voie de conséquence, les articles 43 CE et 48 CE s'appliquent¹⁰³¹.

Si l'évasion fiscale représente une raison impérieuse d'intérêt général, il faut cependant que la mesure nationale « *soit propre à garantir la réalisation de l'objectif en cause et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif* »¹⁰³². Pour apprécier la viabilité d'une telle exception la Cour utilise plusieurs tests. En premier temps, il s'agit du test de l'objectif poursuivi par la liberté d'établissement ou le test dérivé de la jurisprudence *Factortame II*, précitée, qui consisterait dans l'intégration de la personne qui invoque la liberté d'établissement dans l'État membre d'accueil. L'objectif est « *de permettre à un ressortissant d'un*

¹⁰²⁷ Point 67 l'arrêt *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Danemark*.

¹⁰²⁸ L'Avocat Général Jacobs avait analysé l'abus de droit seulement de la perspective de la libre circulation des travailleurs, et avait suivi le raisonnement entrave – raison impérieuse d'intérêt général (conclusions présentées le 20 janvier 2005).

¹⁰²⁹ CJCE, *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, 12 septembre 2006, Aff. C-196/04, Rec., p. I-7995. Pour rappel, il était en cause la pratique des sociétés résidentes au Royaume-Uni à transférer leurs bénéfices imposables à des sociétés sous leur contrôle et implantées dans d'autres États, qui appliquent un taux d'imposition beaucoup plus faible que celui en vigueur au Royaume-Uni. Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Premier Titre, Chapitre IV, pp. 134 et s..

¹⁰³⁰ Point 36 de l'arrêt *Cadbury Schweppes*.

¹⁰³¹ À l'appui de cette affirmation, la Cour de Justice cite sa propre jurisprudence : arrêt CJCE, *Héritiers de M. H. Barbier contre Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen*, 11 décembre 2003, Aff. C-364/01, Rec., p. I-5013, point 71.

¹⁰³² Point 47 de l'arrêt *Cadbury Schweppes*.

État membre de créer un établissement secondaire dans un autre État membre pour y exercer ses activités et de favoriser ainsi l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de la Communauté dans le domaine des activités non-salariées »¹⁰³³. Ceci suppose donc « l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable dans cet État pour une durée indéterminée ». Au contraire, une pratique abusive serait dépourvue de réalité économique et aurait le but d'éluider l'impôt normalement dû sur les bénéfices générés par des activités réalisées sur le territoire national¹⁰³⁴.

Au point 37 de l'arrêt *Cadbury Schweppes*, la Cour invoque la jurisprudence *Centros* pour affirmer que le fait de créer une société dans un État membre dans le but de bénéficier de la législation plus avantageuse n'est pas constitutif d'un abus. Cependant, en invoquant la jurisprudence *Factortame*, la Cour paraît apporter une limite importante à la jurisprudence *Centros* : la Cour exige une implantation réelle et l'exercice effectif d'une activité économique¹⁰³⁵. Il pourrait s'agir ici d'une nouvelle lecture de la jurisprudence *Centros* et une interprétation plus restrictive de la possibilité d'invoquer le droit d'établissement dans des domaines spécifiques, comme celui de la fiscalité directe¹⁰³⁶. La jurisprudence *Centros* doit être ainsi appliquée strictement au domaine sociétair.

En deuxième temps, la Cour applique le principe de proportionnalité : la mesure ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. La législation britannique prévoit certaines exceptions en vertu desquelles son application est écartée. Si aucune de ces exceptions n'est applicable, la société en cause ne peut échapper à l'application de la disposition fiscale en cause que si elle satisfait au test du mobile (« *business purpose test* »¹⁰³⁷). Ce test suppose pour la société résidente de démontrer que, d'une part, la diminution significative de l'impôt au Royaume-Uni n'était pas l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux des transactions passées avec la société étrangère contrôlée et que, d'autre part, l'obtention d'une diminution dudit impôt par la voie d'un détournement de bénéfices au sens de ladite législation n'était pas la raison principale ou l'une des raisons principales de la constitution de la société étrangère contrôlée¹⁰³⁸. Si le test du mobile constitue l'élément

¹⁰³³ Point 53 de l'arrêt *Cadbury Schweppes*.

¹⁰³⁴ Point 55 de l'arrêt *Cadbury Schweppes*.

¹⁰³⁵ Le critère de l'exercice d'une activité économique réelle dans l'État d'accueil est récurrent dans les conclusions de l'Avocat Général Léger sur l'affaire *Cadbury Schweppes* (points 110 à 114).

¹⁰³⁶ Dans le même sens se prononcent V. EDWARDS, P. FARMER, « The concept of abuse in the freedom of establishment of companies : a case of double standards », in A. ARNULL, P. EECKHOUT, T. TRIDIMAS, (sous la direction de), *Continuity and change in EU law : essays in honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford University Press, 2008, p. 218 ; R. DE LA FERÍA, *op. cit.*, p. 428.

¹⁰³⁷ V. RUIZ ALMENDRAL, « Tax avoidance and the European Court of Justice : what is at stake for European general anti-avoidance rules », *Intertax*, 2005, vol. 33, pp. 574 et s. Sur le principe de « *business purpose test* » dans les droits nationaux voir D. A. WARD, « Le "test de l'effectivité commerciale" ("business purpose test") et l'abus de droit », *Fiscalité Européenne*, 1985, n° 5, pp. 3 – 22.

¹⁰³⁸ Point 62 de l'arrêt *Cadbury Schweppes*. Nous retrouvons ici un exemple du fait que la Cour n'hésite pas à s'inspirer des ordres juridiques nationaux. Le test du mobile était prévu par la législation britannique mais la Cour l'élève au niveau de critère de la notion communautaire de l'abus de droit.

subjectif d'un montage artificiel, il n'est pas suffisant pour prouver un tel montage. Il faut qu'il dérive des éléments objectifs que, « *malgré un respect formel des conditions prévues par le droit communautaire, l'objectif poursuivi par la liberté d'établissement n'a pas été atteint* »¹⁰³⁹. Ainsi il ne s'agit pas d'une pratique abusive dès lors que, nonobstant l'existence de motivations de nature fiscale, la constitution d'une société étrangère contrôlée correspond à une réalité économique. Au contraire, une filiale « *boîte aux lettres* » ou « *écran* » serait prohibée par le droit communautaire¹⁰⁴⁰.

L'Avocat Général Léger avait mis en évidence quelques critères pour apprécier s'il s'agit ou pas d'un montage purement artificiel¹⁰⁴¹. Ces critères visent le niveau de la présence physique de la filiale dans l'État d'accueil, la substance réelle de l'activité fournie par la filiale et la valeur économique de cette activité par rapport à la société mère et à l'ensemble du groupe. En ce qui concerne le premier critère, la réalité de l'implantation de la filiale dans l'État d'accueil pourrait être appréciée en fonction du fait qu'elle dispose des locaux, du personnel et des équipements nécessaires à la réalisation des prestations fournies à la société mère. Le second critère implique d'examiner la compétence du personnel de la filiale par rapport aux prestations fournies ainsi que le niveau de prise de décision dans la réalisation de ces prestations, la filiale ne pouvant pas être qu'un « *simple instrument d'exécution* ». Le troisième critère serait plus difficile à mettre en œuvre et il serait utile seulement dans la mesure où les prestations fournies par la filiale sont dépourvues de tout intérêt économique au regard de l'activité de la société mère, le paiement par celle-ci de ces prestations étant dépourvu de contrepartie. En tout cas, il faut exclure tout critère subjectif tel que la motivation pour laquelle un agent économique a exercé la liberté de circulation. Selon l'Avocat Général, il est difficile de prouver l'intention et serait une source d'insécurité juridique¹⁰⁴².

Il a incombé à l'arrêt *Test Claimants* du 13 mars 2007¹⁰⁴³ de réaliser le retour à l'analyse de l'interdiction de l'abus dans une unique étape, en aval de la qualification de la mesure

¹⁰³⁹ Point 64 de l'arrêt *Cadbury Schweppes*.

¹⁰⁴⁰ Point 68 de l'arrêt *Cadbury Schweppes*. À différence de l'arrêt *Marks & Spencer*, précité, la Cour ajoute la précision importante concernant la possibilité des autorités nationales compétentes de recourir aux mécanismes de collaboration et d'échange d'informations comme ceux institués par la directive n° 77/799/CEE, précitée, ou par des conventions bilatérales pour l'élimination de la double imposition et la prévention de l'évasion fiscale en ce qui concerne l'imposition des revenus et des gains en capital (point 71).

¹⁰⁴¹ Points 111 et s. des conclusions.

¹⁰⁴² Point 119. En invoquant la jurisprudence *Halifax* et *Emsland-Stärke*, l'Avocat Général considère que l'existence d'un tel comportement doit s'apprécier que sur la base des critères objectifs comme, par exemple, la collusion entre un exportateur et un importateur ou le caractère purement artificiel des opérations en cause ainsi que les liens de nature juridique, économique et/ou personnelle entre les opérateurs impliqués dans le plan de réduction de la charge fiscale (points 115 à 119).

¹⁰⁴³ CJCE, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation contre Commissioners of Inland Revenue*, 13 mars 2007, Aff. C-524/04, Rec., p. I-2107.

nationale en tant qu'entrave. En analysant la législation britannique sur la sous-capitalisation, la Cour de Justice conclut qu'il y a une différence de traitement entre les sociétés emprunteuses résidentes en fonction du lieu du siège de la société apparentée prêteuse, et donc une restriction à la liberté d'établissement. Il ne s'agit pas d'une discrimination selon la nationalité qui se justifierait seulement par les exceptions légales prévues par le Traité, d'où la possibilité de justifier la mesure nationale par des raisons impérieuses d'intérêt général. La lutte contre les pratiques abusives est une raison impérieuse. Une législation comme celle de l'affaire, qui qualifie les intérêts comme des bénéfices distribués pour ainsi les soumettre à l'impôt, « est de nature à prévenir des pratiques qui n'auraient d'autre but que d'échapper à l'impôt normalement dû sur les bénéfices générés par des activités réalisées sur le territoire national »¹⁰⁴⁴. Pour être compatible avec le droit communautaire, la législation nationale doit se baser sur un examen d'éléments « objectifs et vérifiables » permettant d'identifier un montage abusif, mais en laissant au contribuable la possibilité de produire, sans être soumis à des contraintes administratives excessives, des éléments concernant « les raisons commerciales sous-jacentes à la transaction en cause »¹⁰⁴⁵. Le but « essentiel » de la transaction en cause doit être celui d'échapper à l'emprise de la législation fiscale de cet État membre. Un indice de la poursuite d'un tel objectif pourrait être donné par la circonstance que, en l'absence des relations spéciales entre les sociétés concernées, le prêt n'aurait pas été accordé ou il aurait été accordé pour un montant ou à un taux d'intérêt différents¹⁰⁴⁶. De plus, la législation ne doit qualifier les intérêts en cause de bénéfices distribués « que dans la mesure où ils excèdent ce qui aurait été convenu dans des conditions de pleine concurrence »¹⁰⁴⁷.

L'Avocat Général Geelhoed¹⁰⁴⁸ avait souligné l'importance du principe de la pleine concurrence dans le contexte de l'appréciation de la proportionnalité de la mesure en cause :

« Il nous semble que le principe de pleine concurrence ('arm's length principle'), reconnu par le droit fiscal international comme le moyen approprié pour éviter les manipulations artificielles de transactions transfrontalières, est un point de départ valide pour évaluer si une transaction a ou non un caractère abusif ».

L'application du principe de la pleine concurrence est un « élément objectif » qui permet d'évaluer si le « but essentiel » de la transaction en cause est l'obtention d'un avantage fiscal. Dans ce sens, les États membres sont encouragés à fixer certains « critères raisonnables » pour mettre en application ce principe et que, si ce principe n'est pas respecté, à présumer le caractère abusif, en admettant la preuve contraire. Dans ce sens, l'application du principe de la

¹⁰⁴⁴ Point 77 de l'arrêt *Test Claimants*.

¹⁰⁴⁵ Point 82 de l'arrêt *Test Claimants*.

¹⁰⁴⁶ Point 81 de l'arrêt *Test Claimants*.

¹⁰⁴⁷ Point 83 de l'arrêt *Test Claimants*.

¹⁰⁴⁸ Conclusions présentées le 29 juin 2006, point 66.

pleine concurrence doit remplir certaines conditions : a) le contribuable doit garder la possibilité de démontrer que la transaction a été poursuivie pour des « véritables raisons commerciales » ; b) l'appréciation de telles raisons doit se faire au cas par cas ; c) les preuves nécessaires pour renverser la présomption ne doivent pas être disproportionnées, excessivement difficiles ou impossibles ; d) seulement la part de la transaction qui dépasse ce qui aurait été convenu en cas de pleine concurrence doit être qualifiée d'abusif ; e) cet examen doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel¹⁰⁴⁹.

Au contraire, étendre la législation nationale sur la sous-capitalisation à des situations purement internes, où les risques d'abus sont absents, mais pour ainsi être conforme à l'article 43 CE et éliminer tout caractère discriminatoire, est une mesure injustifiée, sans utilité. Une telle mesure qui suppose une charge administrative supplémentaire pour les entreprises nationales est contre-productive et « va à l'encontre des principes du marché interne ». L'Avocat Général ne recommande donc une telle mesure, et explique qu'il est logique qu'un État membre adopte des mesures anti-abus mais sous conditions qu'elles respectent les conditions indiquées.

C) L'encadrement des mesures fiscales nationales par la Commission européenne

Dans l'affaire *Cadbury Schweppes*, précitée, l'Avocat Général Léger a mis en évidence que, en l'absence d'harmonisation communautaire, les régimes fiscaux des États membres peuvent être mis en une situation de concurrence qui peut avoir « un impact significatif » sur le choix, par les sociétés, de la localisation de leurs activités au sein de l'Union européenne¹⁰⁵⁰. S'agissant d'une « question de nature politique », cette concurrence s'exercerait sans limites, en produisant des « effets dommageables ». Cependant cette question politique ne peut pas avoir une influence sur la portée des droits conférés par les articles 43 CE et 48 CE.

Par le moyen du *soft law*, la Commission cherche à encadrer les mesures nationales anti-abus, en éliminant les effets dommageables. Ainsi, par la Communication de 10 décembre 2007 intitulée « L'application des mesures de lutte contre les abus dans le domaine de la fiscalité directe au sein de l'Union européenne et dans les rapports avec les pays tiers »¹⁰⁵¹, la Commission européenne invite les États membres à effectuer une révision générale de leurs règles anti-abus dans le domaine de la fiscalité directe, en tenant compte des principes qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communauté européenne. Dans le cadre d'une approche communautaire coordonnée de la fiscalité directe, la Commission souhaite aider les

¹⁰⁴⁹ Point 67 des Conclusions.

¹⁰⁵⁰ Para. 55 des Conclusions.

¹⁰⁵¹ COM/2007/0785 final.

États membres à aligner leurs règles anti-abus sur les exigences du droit communautaire, telles que développées dans les arrêts mentionnés antérieurement. Dans l'opinion de László Kovács, commissaire chargé de la fiscalité et de l'union douanière, s'il est compréhensible que les États membres aient besoin de protéger leur base d'imposition contre l'érosion induite résultant de « *stratégies fiscales abusives et ouvertement agressives* », les mesures nationales anti-abus ne peuvent pas constituer des « *entraves disproportionnées* » à la libre circulation au sein de l'Union. Par voie de conséquence, il invite les États membres à trouver « *les solutions coordonnées possibles* »¹⁰⁵².

La Commission souligne, dans l'introduction de la Communication, qu'il est urgent de trouver un juste équilibre entre « *l'intérêt public de lutter contre les abus* » et « *la nécessité d'éviter toute restriction disproportionnée des activités transfrontalières* ». L'objectif de la Communication est d'analyser les principes qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, en vue d'ouvrir un débat général sur les solutions nécessaires pour résoudre les défis auxquels se confrontent les États membres.

La Commission met en évidence la variété des mesures anti-abus, en couvrant « *un large éventail de règles, mesures et pratiques* ». Les mesures nationales peuvent être fondées sur la législation ou définies dans la jurisprudence. Elles peuvent avoir un caractère général ou, au contraire, un caractère plus spécifique, comme les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées et à la sous-capitalisation, ou un caractère mixte. Par la suite la Commission présente les principes dégagés par la Cour dans le domaine de la fiscalité directe, après avoir rappelé les arrêts *Emsland* et *Halifax* pour souligner qu'il s'agit d'un phénomène plus général. Dans le domaine de la fiscalité directe, l'évasion fiscale se limite, selon la jurisprudence *Lankhorst-Hoborst*, aux « *montages purement artificiels dont le but serait d'échapper à l'emprise de la législation fiscale* ». Sans reprendre les principes développés par la jurisprudence, la Commission met en évidence que « *la détection d'un montage purement artificiel* » passe par une analyse comparée du fond et de la forme. Le « *test approprié* » suppose une comparaison des « *fins et objectifs* » des dispositions communautaires en cause avec ceux qui se trouvent à la base des arrangements mis en œuvre par les particuliers. Des éléments vérifiables comme la localisation effective des structures de gestion, la présence physique de l'implantation ainsi que le risque commercial effectif correspondant peuvent être pris en considération dans l'appréciation de la situation sur le fond.

En considérant utile d'examiner l'application pratique des principes issus de la jurisprudence à différents types d'activités, la Commission propose de dresser « *un inventaire*

¹⁰⁵² Voir Communiqué de presse IP/07/1878 de 10 décembre 2007 disponible sur le site Internet de l'Union Européenne <http://europa.eu>.

non exhaustif des situations types trahissant généralement un montage artificiel», comme par exemple le cas où l'établissement secondaire n'a aucune véritable substance ou activité économique, même si il a été créé dans le but déclaré de fournir des biens et des services¹⁰⁵³.

En ce qui concerne l'application du principe de proportionnalité aux mesures nationales anti-abus, ceci suppose la prise en considération des conditions suivantes : a) les présomptions d'abus peuvent être incluses dans la législation nationale, b) les présomptions doivent être raisonnables, ciblées à des situations qui correspondent à la plus haute probabilité d'abus, c) l'assujetti doit avoir la possibilité de renverser la présomption par la fourniture, sans « *tracasseries administratives injustifiées* », des preuves de la justification commerciale de l'opération en cause, d) la charge de la preuve ne doit pas peser uniquement sur l'assujetti, e) l'analyse doit se faire au cas par cas, en prenant en compte la capacité globale de l'assujetti de se conformer à la législation ; f) les conclusions de l'évaluation faite par l'administration doivent pouvoir faire l'objet d'un « *contrôle juridictionnel indépendant* », g) le redressement du revenu imposable suite à l'application des mesures anti-abus doit être limité aux montants imputables au montage artificiel, h) il faut prendre en compte le principe de la pleine concurrence, i) les États membres restent compétents pour imposer des sanctions aux assujettis qui ont usé des mécanismes abusifs dans le but d'éluider l'impôt.

Par la suite, la Commission souligne l'importance cruciale que la coopération des administrations fiscales des États membres peut avoir sur l'efficacité des mesures anti-abus¹⁰⁵⁴. La Commission met en évidence deux cas d'abus qui pourraient être évités par une telle coopération. Il s'agit de la qualification donnée aux transactions ou aux entités impliquées. Ainsi, une transaction peut être qualifiée, dans un État membre, comme un apport en capitaux et donc être exempté des taxes les revenus qui en sont dérivés, alors que dans un autre État membre, elle peut recevoir la qualification de prêt et autoriser la déductibilité fiscale pour les paiements qui en résultent et qui sont assimilées à des intérêts. Un autre cas est celui des entités hybrides qui sont qualifiées comme des sociétés anonymes dans un État et entités transparentes dans un autre État, déterminant une double exonération ou une double déduction. Par une coopération plus efficace entre les administrations nationales ces types de pratiques abusives pourraient être combattus.

¹⁰⁵³ Voir la Communication citée, bas de page n° 15.

¹⁰⁵⁴ Par le Rapport du 16 avril 2004 sur le recours aux mécanismes de la coopération administrative dans la lutte contre la fraude à la TVA (COM/2004/260 final), la Commission avait mis en évidence, face à la croissance du phénomène préoccupant de la fraude, les progrès réalisés et les améliorations nécessaires, parmi lesquels le renforcement de la coopération administrative et l'efficacité des systèmes nationaux de contrôle. Il faut souligner que la réglementation en la matière est donné par le règlement (CE) n° 1798/2003 du Conseil du 7 octobre 2003 concernant la coopération administrative dans le domaine de la taxe sur la valeur ajoutée et abrogeant le règlement (CEE) n° 218/92, JOUE n° L 264, 15.10.2003, pp. 1–11. Ce règlement est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004.

La Commission voit deux importants types de mesures anti-abus : les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées et celles relatives à la sous-capitalisation. Sous condition des respecter les principes issus de la jurisprudence communautaire, ces mesures nationales sont acceptées par la Commission.

Finalement, si le droit communautaire n'impose aux États membres aucune obligation d'éviter les discriminations en ce qui concerne l'établissement de leurs ressortissants hors de la Communauté ou l'établissement de ressortissants des pays tiers dans un État membre, la Commission encourage les États membres à améliorer la coordination des mesures anti-abus en ce qui concerne les pays tiers.

L'adoption de ces lignes directrices par la Commission est un argument supplémentaire en faveur de la spécificité du contrôle des mesures nationales anti-abus. La fiscalité directe reste une compétence réservée aux États membres et le droit communautaire ne peut intervenir que dans la mesure où les mesures anti-abus affectent la libre circulation. Dans ce cadre, la Cour de Justice a la compétence d'apprécier la nécessité et la proportionnalité des mesures nationales. L'unique possibilité de contrôler les mesures nationales anti-abus est d'appliquer la théorie des raisons impérieuses d'intérêt général. L'absence de l'harmonisation ou une harmonisation limitée est la principale cause de stagnation de l'abus de droit dans les limites des raisons impérieuses d'intérêt général. Nous ne voyons pas possible la consécration et l'application, à ce domaine, d'un principe communautaire de l'abus de droit, car il impliquerait plus de contrôle sur les mesures nationales. Nous retrouvons ici la principale cause du dédoublement de l'interdiction de l'abus de droit en droit communautaire¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵⁵ Voir *infra*, pp. 379 et s..

Chapitre III. *La recherche d'un instrument juridique supérieur*

Face au critère primitif d'interprétation du droit communautaire, la Cour a dû chercher une technique plus évoluée pour lutter contre les abus. La théorie des raisons impérieuses d'intérêt général a permis d'appréhender une série des hypothèses d'abus de droit. Au-delà de son efficacité accrue, cette technique juridique présente, comme principal inconvénient, le fait de se pencher sur le contrôle des mesures nationales anti-abus, donc sur le comportement des États membres et moins sur le contrôle du comportement abusif en cause. C'est dans ce contexte que la Cour de Justice s'est montrée ouverte envers la recherche d'un instrument juridique supérieur, à savoir les principes généraux du droit communautaire. Il convient ainsi de mettre en exergue l'intérêt de la consécration d'un principe général de l'interdiction de l'abus de droit. Notre analyse se penchera premièrement sur l'intérêt du recours à l'instrument des principes généraux (Section I) pour ensuite passer à l'analyse de l'utilité d'un tel instrument dans la lutte contre l'abus de droit (Section II).

Section I. *L'intérêt du recours à l'instrument des principes généraux*

Pour mieux comprendre le rôle des principes généraux du droit communautaire, il est utile de présenter leurs caractères généraux (& I), en les différenciant des méthodes d'interprétation dont la Cour de Justice fait souvent recours (& II). Finalement il convient de présenter brièvement le processus de consécration de certains principes généraux qui, à notre avis, présentent des traits communs avec l'interdiction de l'abus de droit (& III).

& I. Les caractéristiques des principes généraux du droit communautaire

D. Simon définissait les principes généraux du droit communautaire comme des « sources non écrites qui procèdent d'une 'invention' jurisprudentielle, opérée par le juge à partir du fonds commun de valeurs et de normes qui constituent la philosophie constitutionnelle et politique de l'ordonnement juridique »¹⁰⁵⁶. Les principes généraux de droit représentent « une contribution considérable à la formation du droit communautaire »¹⁰⁵⁷ et la Cour fait un usage abondant, justifié par « le caractère nécessairement incomplet de l'ordre juridique communautaire »¹⁰⁵⁸. Le « bricolage »

¹⁰⁵⁶ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, Paris, 2001, p. 358.

¹⁰⁵⁷ R. KOVAR, « Ordre juridique communautaire », *Juris-classeur Europe*, 1994, fasc. 411, p. 2.

¹⁰⁵⁸ S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Collection de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, 4^e éd., Bruxelles, 2005, p. 431.

casuistique est la méthode combinatoire employée par le juge pour intégrer les principes généraux dans le droit communautaire¹⁰⁵⁹.

À partir de sa création, la Cour de Justice des Communautés européennes n'a pas hésité à reconnaître des principes généraux du droit ainsi que, aujourd'hui, le droit communautaire se trouve très enrichi par cette source de droit¹⁰⁶⁰. Il convient de s'interroger sur le fondement de cette compétence exclusive de la Cour de Justice. À différence de l'article 38 (1) du Statut de la Cour Internationale de Justice¹⁰⁶¹, ni les Traités ni le statut de la Cour de Justice des Communautés Européennes ne contiennent aucune référence expresse à l'habilitation de cette dernière juridiction à appliquer les principes généraux du droit. Cependant, certaines références ne sont pas exclues. L'article 288 (2) CE mentionne « *les principes généraux communs aux droits des États membres* » pour indiquer à la Cour de Justice la manière dont il faudrait construire le régime de la responsabilité non contractuelle de la Communauté européenne. L'autre référence vise le domaine particulier de la protection des droits de l'homme (article 6 UE)¹⁰⁶².

Conformément à l'article 220 (1) CE, la Cour de Justice assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du Traité CE. Il est sur le fondement de cette disposition que la Cour a décidé, dans l'arrêt *Brasserie du Pêcheur* de 5 mars 1996¹⁰⁶³ que :

« En l'absence, dans le traité, de dispositions réglant de façon expresse et précise les conséquences des violations du droit communautaire par les États membres, il appartient à la Cour, dans l'exercice de la mission que lui confère l'article 164 du traité [actuel article 220] d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité, de statuer sur une telle question selon les méthodes d'interprétation généralement admises, notamment en ayant recours aux principes fondamentaux du système juridique communautaire et, le cas échéant, à des principes généraux communs aux systèmes juridiques des États membres. »

¹⁰⁵⁹ D. SIMON, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits. Revue Française de Théorie Juridique*, 1991, n° 14, p. 75.

¹⁰⁶⁰ Il est souligné que la Cour de Justice, dans ses efforts de consécration des principes généraux, ne s'est jamais référé au Statut de la Cour Internationale de Justice ou à sa jurisprudence, en créant la fausse impression qu'elle a « *inventé* » ce concept en droit international (Voir A. G. TOTH, « Human rights as general principles of law, in the past and in the future », in U. BERNITZ, J. NERGELIUS (sous la direction de), *General principles of European Community law*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000, p. 75).

¹⁰⁶¹ Cet article indiquait expressément que la Cour, dans le règlement des conflits qui lui sont soumis, applique « *les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées* ». L'insertion de cette disposition a été vue, à l'époque, comme « *la fin du positivisme juridique rigide* » et comme avoir un « *effet libérateur pour le futur développement du droit international* » (A. G. TOTH, *op. cit.*, p. 74).

¹⁰⁶² « Article 6

1. L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communes aux États membres.

2. L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire. »

¹⁰⁶³ Arrêt CJCE, *Brasserie du Pêcheur SA contre Bundesrepublik Deutschland et The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd et autres*, 5 mars 1996, Aff. Jtes. C-46/93 et C-48/93, Rec., p. I-1029, point 27.

L'article 220 CE doit être interprété en relation avec l'article 7 (1) CE qui dispose que chaque institution doit agir dans les limites des attributions qui lui sont conférés par le traité. En tant qu'institution de l'Union européenne, la Cour de Justice doit se soumettre elle aussi à cette limitation et le recours à des principes généraux ne doit pas étendre les compétences de la Communauté. Ainsi la Cour ne peut pas se substituer au législateur communautaire dans le cas où la lacune doit être comblée par celui-ci¹⁰⁶⁴.

Si une partie réduite de la doctrine considère que les principes généraux du droit ont certainement une valeur supérieure au droit dérivé mais aussi au droit primaire¹⁰⁶⁵, la doctrine majoritaire observe qu'ils se trouvent au-dessous des traités. Ainsi, en tant que « *super-légalité* »¹⁰⁶⁶, les principes généraux de droit s'imposent aux institutions dans l'élaboration et l'application du droit dérivé, mais aussi aux États membres dès lors qu'ils agissent dans le champ du droit dérivé¹⁰⁶⁷.

La démarche suivie par la Cour pour identifier des principes généraux du droit communautaire est à la fois « *pragmatique et éclectique* »¹⁰⁶⁸, faisant appel à des principes issus du droit international¹⁰⁶⁹ et du droit interne des États membres, et créatrice de principes fondés sur la structure du système communautaire même¹⁰⁷⁰. Le recours aux principes généraux communs aux droits internes des États membres est constamment utilisé en vue de formuler

¹⁰⁶⁴ Dans l'arrêt CJCE, *ACF Chemiefarma NV contre Commission des Communautés européennes*, 15 juillet 1970, Aff. 41/69, Rec., p. 661, point 20, la Cour refuse, en l'absence des règles du droit dérivé, de fixer une règle de prescription en matière des ententes illicites.

¹⁰⁶⁵ A. G. TOTH, *op. cit.*, p. 78. Cet auteur soutient que les principes généraux du droit ont nécessairement une valeur supérieure aux traités, et l'argument principal en faveur d'une telle affirmation consiste dans l'invocation de la jurisprudence *Les Verts* (arrêt CJCE, *Parti écologiste "Les Verts" contre Parlement européen*, 23 avril 1986, Aff. 294/83, Rec., p. 1339) et *Tchernobyl* (arrêt CJCE, *Parlement européen contre Conseil des Communautés européennes*, 4 octobre 1991, Aff. C-70/88, Rec., p. I-4529) où la Cour de Justice, par l'invocation du principe général de l'équilibre institutionnel et de la règle de droit, a modifié l'article 230 CE en reconnaissant au Parlement européen la qualité de sujet actif et passif du recours en annulation.

¹⁰⁶⁶ D. SIMON, *Le système juridique communautaire, op. cit.*, p. 369.

¹⁰⁶⁷ Dans l'arrêt CJCE, *SpA Eridania - Zuccherifici nazionali et SpA Società italiana per l'industria degli zuccheri contre Ministre de l'agriculture et des forêts, Ministre de l'industrie, du commerce et de l'artisanat et SpA Zuccherifici meridionali*, 27 septembre 1979, Aff. 230/78, Rec., p. 2749, point 31, la Cour de Justice a souligné que toute autorité chargée d'appliquer le droit communautaire est tenue au respect des principes généraux.

Sur l'application des principes généraux du droit communautaire par les juridictions françaises voir par exemple C. CASTAING, « L'extension du contrôle de conventionnalité aux principes généraux du droit communautaire », *RTDE*, 2003, n° 2, pp. 197 – 228.

¹⁰⁶⁸ D. SIMON, *Le système juridique communautaire, op. cit.*, p. 358.

¹⁰⁶⁹ Parmi les principes empruntés du droit international, nous mentionnons : la protection des droits de l'homme, le principe en vertu duquel un État ne peut refuser à ses ressortissants l'entrée et le séjour sur son territoire, le principe de la continuité en matière de succession d'État, le principe de bonne foi, le principe *rebus sic stantibus*. D'autres principes, comme par exemple la réciprocité, n'ont pas été reçus dans l'ordre juridique communautaire.

¹⁰⁷⁰ Sur l'historique des principes généraux du droit communautaire voir M. HERDEGEN, « The origins and development of the general principles of Community law » in U. BERNITZ, J. NERGELIUS (sous la direction de), *op. cit.*, pp. 3 – 23. Sur les critères de reconnaissance des principes généraux du droit communautaire voir J. MOLINIER, « Principes généraux », *Répertoire communautaire Dalloz*, 2004, pp. 3 – 5.

des principes généraux du droit communautaire. Dans l'arrêt *Algera* de 12 juillet 1957¹⁰⁷¹, la Cour reconnaît, pour la première fois, un principe général inspiré des ordres juridiques nationaux des États membres :

« Quant à la possibilité d'un retrait de tels actes, il s'agit là d'un problème de droit administratif, bien connu dans la jurisprudence et la doctrine de tous les pays de la communauté, mais pour la solution duquel le traité ne contient pas de règles. La Cour, sous peine de commettre un déni de justice, est donc obligée de le résoudre en s'inspirant des règles reconnues par les législations, la doctrine et la jurisprudence des pays membres. »

Il ne s'agit pas de sélectionner que les principes généraux communs à tous les États membres, sinon de retenir les principes qui s'adaptent le mieux aux caractéristiques de l'ordre juridique communautaire, même s'il représente une tendance minoritaire dans la multitude des pays membres. Les principes généraux issus des droits nationaux ne seront admis en qualité de principes généraux du droit communautaire que s'ils sont compatibles avec « le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté »¹⁰⁷². Parmi les principes généraux issus des droits nationaux nous mentionnons le principe d'égalité des administrés devant la réglementation économique, le principe de la révocabilité des actes administratifs illégaux, le principe d'enrichissement sans cause, le principe de proportionnalité, le principe de sécurité juridique, respect des droits de défense, le principe de la confiance légitime, etc.

L'autre source utilisée par la Cour de Justice pour consacrer des principes généraux du droit communautaire est la nature de l'ordre juridique communautaire même. La Cour établit donc des principes généraux en se fondant sur « les bases constitutionnelles, économiques et politiques de l'intégration communautaire »¹⁰⁷³. Parmi les principes structurels, la Cour de Justice a consacré, dans l'opinion de D. Simon¹⁰⁷⁴, des principes à caractère constitutionnel et des principes à caractère économique. Dans la première catégorie, entrent des principes régulant la répartition des compétences (la préemption, la subsidiarité, la proportionnalité, l'équilibre institutionnel, la coopération loyale, l'égalité et la solidarité entre les États membres) ou d'autres principes comme l'effet direct, la primauté, la bonne administration ou la bonne gestion financière. En ce qui concerne les principes à caractère économique, il convient de mentionner le principe de la libre circulation et la non-discrimination, la libre concurrence et l'unité du marché commun.

¹⁰⁷¹ Arrêt CJCE, *Mlle Dineke Algera, M. Giacomo Cicconardi, Mme Simone Couturaud, M. Ignazio Genuardi, Mme Félicie Steichen contre Assemblée Commune de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, 12 juillet 1957, Aff. Jtes. 7/56, 3/57 à 7/57, Rec., p. 81.

¹⁰⁷² Arrêt CJCE, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 17 décembre 1970, Aff. 11-70, Rec., p. 1125, point 4.

¹⁰⁷³ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 363.

¹⁰⁷⁴ *Idem*, p. 368.

D'autre part, D. Simon avance l'idée de la future consécration du principe structurel « *de sanction de l'abus de droit communautaire* »¹⁰⁷⁵.

R. -E. Papadopoulou¹⁰⁷⁶ fait une double distinction entre les différents principes généraux. Ainsi à côté des principes normatifs il existe des principes d'interprétation, c'est-à-dire « *des méthodes et techniques juridiques qui guident le juge dans l'accomplissement de sa mission* », même si la qualification de principes peut s'avérer abusive. L'autre distinction concerne les principes normatifs mêmes et suppose leur division en trois catégories : principes axiomatiques, structurels et communs. Les premiers sont inhérents à la notion même d'ordre juridique et ont un caractère fondamental. Il s'agit par exemple du respect des droits de la défense, de la sécurité juridique ou de la confiance légitime. Les principes structurels se déduisent de la nature, des caractéristiques et de l'économie d'un certain ordre juridique, en l'espèce l'ordre juridique communautaire. Parmi ces principes, on trouve la solidarité et l'équilibre institutionnel. Enfin, les principes communs sont déduits des solutions prescrites dans les ordres juridiques nationaux.

Selon D. Simon¹⁰⁷⁷, les techniques de consécration des principes structurels ne diffèrent pas fondamentalement de celles utilisées par le juge national dans la construction jurisprudentielle des principes généraux du droit interne. Il s'agit d'une démarche inductive, consistant dans l'extraction de l'ensemble des dispositions précises d'une règle fondamentale, avant de passer à une analyse déductive de l'identification des effets du principe. En ce qui concerne les principes inspirés du droit national ou international, la Cour se réserve une très grande liberté quant au choix des normes susceptibles d'être transposées au niveau communautaire, en fonction de leur compatibilité avec la spécificité de l'ordre juridique communautaire. Dans ce sens, la Cour a refusé la consécration des principes qui menacent la construction de l'ordre juridique communautaire, comme c'était le cas du principe de réciprocité consacré dans le droit international¹⁰⁷⁸. En ce qui concerne les droits fondamentaux, la Cour de Justice a refusé, au début, d'accepter les droits fondamentaux tels que consacrés dans les normes constitutionnelles des États membres, mais, sous l'influence des juridictions nationales qui avaient tendance à mettre en cause la primauté du droit communautaire, elle a changé d'avis dans le sens de la réception d'un principe général de

¹⁰⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁷⁶ R.-E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et consécration*, Sakkoulas – Athènes et Bruylant- Bruxelles, 1996, p. 7 et s.

¹⁰⁷⁷ D. SIMON, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *op. cit.*, p. 79.

¹⁰⁷⁸ G. Wils considère pourtant que le principe de réciprocité existe aussi en droit communautaire (G. WILS, « The concept of reciprocity in EEC law : an exploration into these realms », *CMLR*, 1991, vol. 28, pp. 245 – 274).

protection des droits fondamentaux, inspiré des garanties issues du droit national, étant donné l'échec du droit communautaire à assurer un tel niveau de protection¹⁰⁷⁹.

Le recours par le juge communautaire au droit comparé repose nécessairement sur une analyse sélective des principes existants dans les ordres juridiques nationaux. Cette méthode comparative ne suppose pas la recherche des positions dominantes sur telle ou telle notion, mais, au contraire, la découverte des concepts, même minoritaires, compatibles avec les objectifs poursuivis par le droit communautaire. Si, face à des disparités sensibles entre les droits nationaux, la Cour cherche un noyau dur, elle n'est jamais obligée à trouver ce standard minimum¹⁰⁸⁰, et elle peut favoriser une notion existante dans un seul ordre juridique. Le principe de proportionnalité et le principe de confiance légitime, qui connaissent aujourd'hui une place déterminante dans l'ordre juridique communautaire, ont été inspirés du droit allemand. Cependant, « *le fécondation de l'ordre communautaire par des gènes externes n'est admise que pour autant qu'elle n'affecte pas le patrimoine génétique propre de la Communauté* »¹⁰⁸¹ et elle est acceptable par les différents ordres juridiques nationaux, chargés en dernier ressort de la mise en œuvre du droit communautaire¹⁰⁸². D'autre point de vue, l'existence des divergences entre les droits nationaux peut amener la Cour de Justice à rechercher une solution au-delà de ces contradictions. Il s'agit ainsi « *d'une application originale, inattendue de la méthode comparative* »¹⁰⁸³.

« *Un puissant levier d'interpénétration et de rapprochement des droit nationaux des États membres* »¹⁰⁸⁴, le recours au droit comparé détermine des conséquences importantes pour ces derniers. Ainsi, grâce à cette méthode, les acquis des États membres les plus avancés seront susceptibles de profiter aux autres, par l'intermédiaire du droit communautaire. En vertu de la primauté, le droit communautaire obligera les droits nationaux à intégrer les nouveaux principes généraux, en moyennant ainsi leur innovation. Le recours au droit comparé confère

¹⁰⁷⁹ Sur la consécration du principe général de protection des droits fondamentaux voir, par exemple, H. RAGNELMALM, « Leading by example or leaning on supremacy? Some reflections on the Union, the individual and the protection of fundamental rights », in U. BERNITZ, J. NERGELIUS (sous la direction de), *op. cit.*, pp. 49 – 59; H. G. SCHERMERS, « Human rights as general principles of law », en U. BERNITZ, J. NERGELIUS (sous la direction de), *op. cit.*, pp. 61 – 71.

¹⁰⁸⁰ Y. GALMOT (« Réflexions sur le recours au droit comparé par la Cour de Justice des Communautés européennes », *RFDA*, 1990, n° 6, p. 258) souligne qu'il faut éviter la recherche obligatoire d'un dénominateur commun parce qu'il implique « *l'alignement sur le droit national le moins performant* ». Ainsi, dans l'arrêt CJCE, *Marguerite Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, 15 mai 1986, Aff. 222/84, Rec., p. 1651 (voir commentaire sur cet arrêt par L. DUBOUIS, « À propos de deux principes généraux du droit communautaire », *RFDA*, juillet-août 1988, n° 3, pp. 691 – 701), la Cour a consacré, au niveau communautaire, le droit au contrôle juridictionnel effectif, en sachant qu'il bénéficie des fondements constitutionnels solides dans la majorité des États membres et a sanctionné le droit moins performant, en l'espèce le droit britannique, « *en vue de progresser la règle de droit dans la Communauté* » (K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTDE*, 2001, juillet-septembre, n° 37, p. 504).

¹⁰⁸¹ D. SIMON, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *op. cit.*, p. 81.

¹⁰⁸² K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *op. cit.*, p. 495.

¹⁰⁸³ P. PESCATORE, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *RIDC*, 1980, p. 354.

¹⁰⁸⁴ Y. GALMOT, « Réflexions sur le recours au droit comparé par la Cour de Justice des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 261.

au droit communautaire un « *socle d'acceptabilité* » auprès des ordres juridiques nationaux, et la création prétorienne de la Cour est « *créditée d'un capital de confiance suprême* »¹⁰⁸⁵.

Si dans les arrêts de la Cour de Justice les références au droit comparé sont assez sommaires¹⁰⁸⁶, les Avocats Généraux dédient, au contraire, une place importante aux exposés de droit comparé. Ainsi les conclusions des Avocats Généraux contiennent des références, plus ou moins développés, au droit comparé. Des fois, ces analyses ont écho dans les arrêts de la Cour, avec référence expresse, ou, d'autres fois, la Cour se fonde sur les conclusions de l'Avocat Général pour trouver une solution au problème juridique auquel elle se trouve confrontée¹⁰⁸⁷.

Du même point de vue des techniques de consécration des principes généraux du droit communautaire, R.-E. Papadopoulou distingue entre une consécration expresse, en appliquant une disposition du Traité qui fait référence aux principes généraux (art. 288 CE), une consécration implicite qui suppose l'absence d'une qualification en tant que telle de principes généraux, une consécration silencieuse dans le droit écrit et concrétisé par la Cour, et une consécration directe par le juge communautaire, en l'absence de toute règle écrite¹⁰⁸⁸.

Le rôle des principes généraux du droit communautaire est multiple. Selon T. Tridimas¹⁰⁸⁹, ils fournissent de l'aide à l'interprétation, ils peuvent mettre en cause la légalité des mesures prises par les institutions communautaires et ils peuvent représenter des règles de droit dont la violation engage la responsabilité des États membres ou des institutions communautaires. Les principes généraux ont été utilisés le plus fréquent tant pour guider l'interprétation de la législation communautaire que pour assurer la validité de celle-ci, et moins comme un critère pour mettre en cause sa validité¹⁰⁹⁰. De toute façon, les principes généraux du droit n'autorisent pas une interprétation *contra legem* des mesures communautaires et ils se soumettent au fait que la Cour de Justice n'a pas de pouvoir général de modifier ou substituer telles mesures¹⁰⁹¹.

Plus généralement, les principes généraux sont invoqués avec le but d'obtenir, par le moyen du recours prévu à l'article 230 CE, l'annulation d'une mesure communautaire. Une fois la mesure déclarée nulle, il incombe à l'institution concernée de prendre toutes les

¹⁰⁸⁵ K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *op. cit.*, p. 496 et s.

¹⁰⁸⁶ Les rares manifestations de la « *phénoménologie* » du droit comparé constituent pourtant que « *la pointe visible de l'iceberg* » (P. PESCATORE, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *op. cit.*, p. 358).

¹⁰⁸⁷ Pour des illustrations, voir P. PESCATORE, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *op. cit.*, pp. 337 – 359.

¹⁰⁸⁸ R.-E. PAPAPOULOU, *op. cit.*, p. 21.

¹⁰⁸⁹ T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, *op. cit.*, p. 29 et s..

¹⁰⁹⁰ J. A. USHER, *General principles of EC law*, European Law Series, Longman, Londres et New York, 1998, p. 122.

¹⁰⁹¹ T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, *op. cit.*, p. 30.

mesures nécessaires pour respecter l'arrêt de la Cour ou du Tribunal, car ces derniers ne peuvent pas lui ordonner de le faire. Finalement, le non respect par les institutions communautaires ou par les États membres des principes généraux peut engager la responsabilité pour dommages et intérêts.

& II. Les méthodes d'interprétation de la Cour de Justice

À côté du recours aux principes généraux du droit communautaire, la Cour détient le monopole de l'interprétation en dernier ressort du droit communautaire. Comme on verra par la suite, ce rôle est essentiel dans la construction progressive du principe général d'interdiction de l'abus de droit¹⁰⁹².

S. Van Raepenbusch souligne que « *interpréter une règle de droit consiste à dégager son sens exact et sa portée dans une situation donnée* »¹⁰⁹³. Le législateur communautaire n'a pas pu prévu toutes les cas qui seront soumis à l'emprise d'une certaine règle, et donc, l'intervention du juge pour interpréter la règle, en décidant si elle s'applique et de quelle manière à un cas concret, est nécessaire.

Les méthodes d'interprétation utilisées par la Cour sont, en principe, les mêmes que celles dont les juges nationaux ont recours en le droit national : interprétation littérale, systématique, téléologique, comparative, historique ou par recours aux travaux préparatoires. Selon S. Van Raepenbusch, parmi ces méthodes, la Cour, en raison de la spécificité du droit communautaire, a privilégié les méthodes d'interprétation « *constructives* », comme la méthode d'interprétation téléologique ou systématique. D'autre part, la Cour a limité le recours aux méthodes privilégiant la recherche de la volonté subjective des États membres ou du législateur communautaire. D. Simon considère au contraire que la Cour « *ne privilégie pas systématiquement la méthode téléologique aux dépens des raisonnements plus classiques fondés sur les méthodes textuelle ou subjective* »¹⁰⁹⁴. L'« *éclectisme* » des techniques interprétatives utilisées par la Cour est marqué par une exploitation intensive de l'interprétation textuelle, « *notamment par un recours au contexte élargi à l'économie des traités et par un emploi hautement productif de l'effet utile* »¹⁰⁹⁵.

Le système juridique communautaire, largement fondé sur des principes généraux, et ayant une nature spécifique, recourt nécessairement à d'autres méthodes d'interprétation qu'un système de droit national. À côté d'une interprétation téléologique, utile pour prendre en considération les objectifs des dispositions en cause, et une interprétation systématique, qui

¹⁰⁹² Il convient cependant de rappeler que l'interdiction de l'abus de droit ne peut pas être réduite à un simple critère d'interprétation.

¹⁰⁹³ S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 454.

¹⁰⁹⁴ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 375.

¹⁰⁹⁵ *Ibidem*.

place la norme interprétée dans le contexte général qui l'entoure, méthodes utilisées aussi par les juges nationaux, la nécessité d'une interprétation et application uniforme du droit communautaire dans l'ensemble de la Communauté amène la Cour à attribuer à certaines notions un sens et un portée propres à l'ordre juridique communautaire, ne correspondant pas à celles que ces notions revêtiraient en droit national. Par ailleurs, la Cour de Justice utilise une méthode propre, qu'on ne trouve pas dans les droits nationaux, celle du recours au droit comparé.

& III. Consécration des principes généraux du droit communautaire : exemples

Après avoir souligné les principales caractéristiques des principes généraux du droit communautaire, il convient d'exemplifier par deux exemples de consécration. Il s'agit de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté (A) et du principe de précaution (B), les deux cas présentant des traits communs avec la consécration du principe d'interdiction de l'abus de droit. Le principal trait commun concerne le recours au droit comparé.

A) La responsabilité extracontractuelle de la Communauté

L'article 288 (2) CE qui se réfère expressément aux « *principes généraux communs aux droits des États membres* » n'a représenté pour la Cour qu'une orientation générale, sans application automatique, car les règles « *précises et détaillées* » des droits nationaux ne sauraient être appliquées telles quelles en droit communautaire¹⁰⁹⁶. Un principe ne doit pas être nécessairement commun à tous les États membres pour être pris en considération par la Cour de Justice. En effet, dans l'affaire *Zuckerfabrick*, l'Avocat Général Roemer avait constaté que « *en dépit du fait que les États membres ne connaissent pas tous le principe de la responsabilité des pouvoirs publics en raison des actes normatifs qu'ils édictent, il est permis de reconnaître que ce principe figure parmi les éléments constitutifs du droit communautaire, puisqu'il est largement répandu* »¹⁰⁹⁷. Dans l'affaire *Werhahn* le même Avocat Général avait ajouté que le terme « *largement répandu* » signifie que le principe est reconnu dans un certain nombre d'États membres, sans qu'il soit nécessairement appliqué dans la pratique¹⁰⁹⁸. Cependant la Cour devrait éviter à adopter une solution minoritaire,

¹⁰⁹⁶ R.-E. PAPADOPOULOU, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰⁹⁷ Conclusions de l'Avocat Général Roemer présentées le 13 octobre 1971 en l'affaire CJCE, *Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt contre Conseil des Communautés européennes*, Aff. 5/71, Rec., p. 975, particulièrement p. 991.

¹⁰⁹⁸ Conclusions de l'avocat général Roemer présentées le 18 septembre 1973 en l'affaire CJCE, *Wilhelm Werhahn Hansamühle et autres contre Conseil des Communautés européennes*, Aff. Jtes. 63 à 69/72, Rec., p. 1229, particulièrement p. 1253, 1258.

consacrée dans un seul ordre juridique national, car elle méconnaîtrait l'esprit de l'article 288 (2) CE qui l'invite expressément à s'inspirer de l'ensemble des réglementations nationales.

La Cour de Justice ne s'intéresse pas aux règles procédurales régissant la responsabilité du pouvoir public, mais elle cherche les idées directrices, qu'elle adapte à la spécificité de l'ordre juridique communautaire en vertu d'une « *large marge de manœuvre* »¹⁰⁹⁹. Toutefois, même si les États membres disposent des règles complexes en la matière, la Cour de Justice préfère plutôt à se pencher sur un processus de création que de comparaison. Parfois elle énonce des solutions sans faire aucune allusion aux principes communs. D'autres fois, en se référant à ceux-ci, la Cour reste laconique et sa démarche consiste, non à dégager des solutions nationales mais à justifier sa position par un renvoi aux droits nationaux¹¹⁰⁰, dans la mesure où ils peuvent lui servir de source d'inspiration. Finalement la Cour se réserve le dernier mot dans « *une jurisprudence originale et évolutive* »¹¹⁰¹.

En ce qui concerne les conditions de l'engagement de la responsabilité de la Communauté européenne, la Cour les énumère pour la première fois dans l'arrêt *Lütticke* de 28 avril 1971¹¹⁰² : « *En vertu de l'article 215 alinéa 2, et des principes généraux auxquels il est renvoyé par cette disposition, la responsabilité de la Communauté suppose la réunion d'un ensemble de conditions en ce qui concerne la réalité du dommage, l'existence d'un lien de causalité entre le préjudice invoqué et le comportement reproché aux institutions et l'illégalité de ce comportement* ». Cette formule va être reprise constamment par la jurisprudence postérieure, mais l'évocation des principes communs n'est faite que « *de manière furtive et laconique* »¹¹⁰³.

Il est intéressant et à la fois utile de présenter la consécration jurisprudentielle des éléments constitutifs de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté, parce qu'elle peut nous fournir de l'aide dans l'approche suivi par la Cour pour construire le régime juridique de l'interdiction de l'abus de droit.

Même si la faute n'est pas incluse parmi ces conditions, il est généralement admis qu'elle compte parmi les principes visés dans l'article 288 CE, puisqu'elle est prévue dans la plupart des États membres en tant que condition de la responsabilité des pouvoirs publics¹¹⁰⁴. Sous couvert de « *l'illégalité du comportement reproché aux institutions* »¹¹⁰⁵ ou d'une méconnaissance

¹⁰⁹⁹ R.-E. PAPADOPOULOU, *op. cit.*, p. 27.

¹¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹¹⁰¹ *Idem*, p. 28.

¹¹⁰² Arrêt CJCE, *Alfons Lütticke GmbH contre Commission des Communautés européennes*, 28 avril 1971, Aff. 4/69, Rec., p. 325, point 10.

¹¹⁰³ R.-E. PAPADOPOULOU, *op. cit.*, p. 30.

¹¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹¹⁰⁵ Point 10 de l'arrêt *Alfons Lütticke GmbH contre Commission des Communautés européennes*, précité.

grave et manifeste des limites qui s'imposent à l'exercice de leurs pouvoirs¹¹⁰⁶, la Cour de Justice procède, en effet, à la recherche d'un comportement fautif imputable à la Communauté¹¹⁰⁷. La question s'est posée de savoir si une responsabilité sans faute pouvait être admise. Même si il est difficile de trouver des principes communs régissant ce type de responsabilité, il est vrai que la majorité des droits nationaux ont établi des règles régissant la responsabilité de la puissance publique, même en l'absence de faute. Cependant, pour le moment, la jurisprudence de la Cour n'offre aucune consécration positive de ce principe¹¹⁰⁸.

De leur côté, les Avocats Généraux ont souvent estimé que l'existence de la faute était nécessaire. Dans l'affaire *Compagnie d'approvisionnement*¹¹⁰⁹, l'Avocat Général Mayras avait soutenu que, dans « l'état actuel » de la jurisprudence, « rien ne permet d'affirmer que la Communauté pourrait, dans certains cas, encourir une responsabilité indépendamment de toute faute ». Par la suite, l'Avocat Général Verloren van Themaat avait constaté que « si la notion de responsabilité sans faute n'est sans doute pas inconnue dans le droit d'autres États membres, l'obligation de réparer découle alors d'autres principes (par exemple, le droit de propriété) ou bien l'obligation de réparer résulte d'une législation spécifique (par exemple, la législation en matière d'environnement) »¹¹¹⁰.

Selon R.-E. Papadopoulou¹¹¹¹, la réticence de la Cour à admettre la responsabilité sans faute procède « moins d'une méfiance à l'égard des ordres juridiques internes que de la volonté d'élaborer un système qui préserve au maximum les prérogatives des institutions communautaires, en restreignant le plus possible les cas où leur responsabilité peut être engagée du fait de leur activité normative ». Plus récemment, tant la Cour de Justice¹¹¹² comme le Tribunal de Première Instance¹¹¹³ ont fait le premier pas vers la possible acceptation de la responsabilité sans faute : « dans l'hypothèse où le principe de la responsabilité de la Communauté du fait d'un acte licite devrait être reconnu en droit communautaire, l'engagement d'une telle responsabilité supposerait, en tout état de cause, l'existence d'un préjudice anormal et spécial ». La responsabilité extracontractuelle sans faute ne saurait être engagée que si trois conditions sont remplies : la réalité du préjudice prétendument subi, le lien de causalité entre celui-ci et l'acte reproché aux institutions de la Communauté ainsi que le caractère anormal et

¹¹⁰⁶ Arrêt CJCE, *Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH & Co. KG et autres c. Conseil et Commission des Communautés européennes*, 25 mai 1978, Aff. Jtes. 83 et 94/76, 4, 15 et 40/77, Rec., p. 1209.

¹¹⁰⁷ G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Dalloz, 9^{ème} édition, 2006, p. 406.

¹¹⁰⁸ *Idem*, p. 408.

¹¹⁰⁹ Conclusions de l'avocat général Mayras présentées le 24 mai 1972 en l'affaire CJCE, *Compagnie d'approvisionnement, de transport et de crédit SA et Grands Moulins de Paris SA c. Commission des Communautés européennes*, Aff. Jtes. 9 et 11/71, Rec., p. 391, particulièrement p. 425.

¹¹¹⁰ Conclusions de l'avocat général VerLoren van Themaat présentées le 22 juin 1982 en l'affaire CJCE, *SA Oleifici Mediterranei c. Communauté économique européenne*, Aff. 26/81, Rec., p. 3057, particulièrement p. 3089.

¹¹¹¹ R.-E. PAPAPOPOULOU, *op. cit.*, p. 34.

¹¹¹² Arrêt CJCE, *Dorsch Consult Ingenieuresellschaft mbH c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, 15 juin 2000, Aff. C-237/98 P, Rec., p. I-4549, points 18 et s.

¹¹¹³ Arrêt CJCE, *Travelx Global and Financial Services Ltd, anciennement Thomas Cook Group Ltd et Interpayment Services Ltd c. Commission des Communautés européennes*, 10 avril 2003, Aff. T-195/00, Rec., p. II-1677, points 161 et s.

spécial de ce préjudice¹¹¹⁴. Nous voyons donc que la position du juge communautaire peut changer et cette évolution est nécessairement liée au processus de l'intégration européenne. Il est un exemple de mise en œuvre de la politique judiciaire de la Cour.

D'autres références aux principes communs sont mises en évidence aussi en ce qui concerne les autres conditions de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté. En ce qui concerne la responsabilité pour l'activité normative, la Cour a souligné que, même si les principes régissant, dans les droits nationaux, ce type de responsabilité de la puissance publique varient considérablement d'un État membre à autre, « *on peut cependant constater que les actes normatifs dans lesquels se traduisent des options de politique économique n'engagent pas qu'exceptionnellement et dans des circonstances singulières la responsabilité des pouvoirs publics* »¹¹¹⁵. Selon la Cour, il s'agit d'un principe commun « *bien établi* » qu'elle transpose en droit communautaire¹¹¹⁶. Cependant la Cour ne s'est pas limitée à appliquer un tel ou tel système juridique ou les solutions les plus largement admises. Au contraire, elle a élaboré des critères propres à l'ordre juridique communautaire en construisant un ensemble des règles autonomes dont certaines sont plus avancées que les solutions nationales tandis que d'autres sont moins rigoureuses que ces dernières¹¹¹⁷.

B) *Le principe de précaution*

Le principe de précaution a été codifié initialement en droit international en 1987 lors de la deuxième Conférence internationale sur la protection de la mer du Nord et repris par la suite dans de nombreuses déclarations internationales, comme la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992. En droit communautaire, le principe a été introduit par le Traité de Maastricht de 1992. Ainsi l'article 174(2) CE dispose que la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement « *est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive [...]* »¹¹¹⁸. Ce principe visait donc seulement la protection de l'environnement et c'est le juge communautaire qui a élargi son champ d'application, en incluant la santé, la qualité des produits alimentaires et la protection des consommateurs, et éventuellement à tous

¹¹¹⁴ Sur le développement de cet aspect, voir D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., pp. 603 – 607.

¹¹¹⁵ Arrêt CJCE, *Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH & Co. KG et autres c. Conseil et Commission des Communautés européennes*, précité, point 5.

¹¹¹⁶ R.-E. PAPADOPOULOU, op. cit., p. 37.

¹¹¹⁷ *Idem*, pp. 38 et s. Par exemple, en ce qui concerne la condition de la violation suffisamment caractérisé, la Cour « *place la barre très haut* », car le fait d'exiger « *une illégalité renforcée allant même jusqu'au comportement arbitraire* » ne s'inspire pas des droits nationaux, mais il traduit « *sa conception large des besoins de l'ordre juridique communautaire et de la marge de manœuvre qu'il convient de reconnaître aux institutions* ».

¹¹¹⁸ L'article 95(2) CE disposait déjà que la Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques. Derrière cette formulation apparaît le principe de précaution.

les secteurs confrontées à l'incertitude scientifique. En l'espace d'une dizaine d'années, le principe de précaution s'est développé pour finalement s'imposer en tant que principe général du droit communautaire¹¹¹⁹.

Dans l'affaire *National Farmer's Union* du 5 mai 1998¹¹²⁰, la Cour de Justice applique le principe de précaution au domaine de la santé publique : « lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou la portée des risques pour la santé des personnes, les institutions peuvent prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées »¹¹²¹. Plus tard, le Tribunal de Première Instance a utilisé le principe de précaution pour exonérer la Commission d'une erreur manifeste d'appréciation¹¹²² pour enfin arriver à l'appliquer en tant que principe issu du droit dérivé¹¹²³.

Dans l'arrêt *Artedogan* du 26 novembre 2002¹¹²⁴, le Tribunal de Première Instance confirme que le principe de précaution a un champ d'application plus large que celui de la politique de l'environnement, dans la mesure où il a vocation à s'appliquer à l'ensemble des domaines d'action de la Communauté¹¹²⁵. Ce principe est défini comme « un principe général du droit communautaire imposant aux autorités compétentes de prendre des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ses intérêts sur les intérêts économiques »¹¹²⁶. Sa consécration en tant que principe général sera confirmée par la jurisprudence postérieure¹¹²⁷. On offre ainsi la possibilité d'appliquer ce principe aussi dans les cas où le droit communautaire dérivé ne le prévoyait pas¹¹²⁸. Le principe de précaution, en tant que règle autonome au sein de l'ordre

¹¹¹⁹ Sur le principe de précaution, voir N. DE SADELEER, « Le principe de précaution. Un nouveau principe général de droit », *JTDE*, 2003, v. 11, n° 99, pp. 129 – 134 ; L. GONZÁLEZ VAQUÉ, « El principio de precaución en el Derecho de la UE : la aplicación de un principio general basado en la incertidumbre », *Derecho de los Negocios*, 2005, n° 174, pp. 5 – 23.

¹¹²⁰ Arrêt CJCE, *The Queen contre Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs & Excise, ex parte National Farmers' Union, David Burnett and Sons Ltd, R. S. and E. Wright Ltd, Anglo Beef Processors Ltd, United Kingdom Genetics, Wyjac Calves Ltd, International Traders Ferry Ltd, MFP International Ltd, Interstate Truck Rental Ltd et Vian Exports Ltd*, 5 mai 1998, Aff. C-157/96, Rec., p. I-2211.

¹¹²¹ Point 63 de l'arrêt *National Farmers' Union*.

¹¹²² Arrêt TPICE, *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA et Jean-Jacques Goupil c. Commission des Communautés européennes*, 16 juillet 1998, Aff. T-199/96, Rec., p. II-2805, point 66.

¹¹²³ Arrêt CJCE, *Association Greenpeace France e.a. c. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche e.a.*, 21 mars 2000, Aff. C-6/99, Rec., p. I-1651, point 44.

¹¹²⁴ Arrêt TPICE, *Artedogan GmbH et autres contre Commission des Communautés européennes*, 26 novembre 2002, Aff. Jtes. T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, Rec., p. II-4945.

¹¹²⁵ Dans une communication de 2 février 2000 [« Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution », COM(2000)1], la Commission Européenne avait déjà avancée l'idée de l'extension du champ d'application de ce principe.

¹¹²⁶ Point 184 de l'arrêt *Artedogan*.

¹¹²⁷ Arrêt TPICE, *Les Laboratoires Servier contre Commission des Communautés européennes*, 28 janvier 2003, Aff. T-147/00, Rec., p. II-85. Actuellement le principe de précaution a été invoqué de manière constante (voir récemment l'arrêt CJCE, *Parlement Européen et Royaume de Danemark c. Commission des Communautés Européennes*, 1 avril 2008, Aff. Jtes. 14 et 295/06, non publié, para. 75).

¹¹²⁸ Dans l'arrêt TPICE, *Malagutti-Vezinhet SA contre Commission des Communautés européennes*, 10 mars 2004, Aff. T-177/02, Rec., p. II-827, le Tribunal de Première Instance ajoute que « s'il fallait attendre l'aboutissement de toutes les recherches nécessaires avant l'adoption de telles mesures, le principe de précaution serait privé de son effet utile » (point 54).

juridique communautaire, mais inspiré des ordres juridiques nationaux¹¹²⁹, « conduit les institutions à déroger au dispositif juridique généralement appliqué », en permettant une confrontation entre les deux niveaux d'ordre juridique¹¹³⁰.

En guise de conclusion à cette section, il convient de souligner quelques traits du principe de précaution, en tant qu'ils peuvent être utiles pour l'analyse que nous réalisons sur l'abus de droit. En premier lieu, le juge communautaire confirme l'absence de l'existence d'un dénominateur commun parmi tous des États membres. Le principe de précaution a été élevé au rang de principe général du droit communautaire pour l'intérêt et l'utilité qu'il présente pour cet ordre juridique. En deuxième lieu, la consécration ne s'est pas fait d'un coup, sinon graduellement : au début, des références ponctuelles pour préparer l'affirmation d'un principe général¹¹³¹.

Section II. L'utilité d'un principe général d'interdiction de l'abus de droit

Suite à la présentation des caractéristiques des principes généraux du droit communautaire et à l'illustration du recours aux droits nationaux, il faudrait souligner maintenant l'intérêt à consacrer un nouvel principe, celui de l'interdiction de l'abus de droit. Il convient ainsi de souligner la nécessité et l'utilité d'un tel principe.

Le recours par le juge à des principes généraux est le résultat soit d'une référence expresse dans le droit écrit, comme par exemple l'article 288 (2) CE, soit de la spontanéité manifestée par le juge pour combler une lacune dans le droit écrit. Le recours à des principes généraux est plus fréquent dans la deuxième situation, dû au fait que le droit communautaire, surtout au niveau des principes, n'était pas développé et ne pouvait pas se fonder sur une riche expérience prétorienne¹¹³². Il convient pourtant de souligner que le rôle des principes

¹¹²⁹ Le principe de précaution trouve son origine en droit allemand. En droit français le principe a été introduit que récemment par la loi « Barnier » du 2 février 1995 et, puis, par la Charte de l'environnement de 28 février 2005. Sur cet aspect, voir L. BAGHESTANI – PERREY, « La constitutionnalisation du principe de précaution dans la Charte de l'environnement ou la consécration d'un principe à effet direct », *LPA*, 30 juillet 2004, n° 152, p. 4 et s. ; C. NOIVILLE, « La lente maturation jurisprudentielle du principe de précaution », *Recueil Dalloz*, 2007, n° 22/7295, p. 1515 et s..

¹¹³⁰ P. ICARD, « Le principe de précaution : exception à l'application du droit communautaire ? », *RTDE*, juillet-septembre 2002, n° 3, p. 473.

¹¹³¹ Pour savoir plus sur l'application du principe de précaution, voir aussi N. DE SADEELER, « The precautionary principle in EC health and environmental law », *European Law Journal*, 2006, v. 12, n° 2, pp. 139 – 172.

¹¹³² T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, *op. cit.*, p. 18. À présent, ce risque a beaucoup diminué. L'Avocat Général Tesouro, dans ses conclusions sur l'affaire *Kefalas*, cité, avait souligné que : « De manière plus générale, nous estimons que le risque qu'il y ait une lacune dans le système — qu'en définitive le principe de l'abus entend pallier — est très mineur ou tout à fait absent dans un système juridique comme le système communautaire, dans lequel le travail d'interprétation du juge et la pratique en général réussissent plus facilement et immédiatement à adapter le système aux exigences du corps social » (point 23). L'Avocat Général reconnaît ainsi le rôle essentiel du juge dans l'interprétation du droit communautaire.

généraux du droit n'est pas exclusivement celui de combler de lacunes, mais que, la Cour, dans la fonction importante qu'on lui a attribué, crée et développe aussi des principes sous-jacents à la spécificité même de l'ordre juridique communautaire.

Le moment de la consécration d'un principe général d'interdiction de l'abus de droit n'est pas aléatoire. Le « *conflit de base entre l'intégration européenne et l'abus de droit* »¹¹³³ a joué un rôle important dans le retard du moment de construction de ce principe. Au début des Communautés européennes, le droit communautaire, tel qu'interprété par la Cour de Justice, cherchait à mobiliser les particuliers « *pour la cause de l'intégration* »¹¹³⁴, en les encourageant à invoquer les dispositions communautaires. Dans ce contexte, il est compréhensible que la notion d'abus de droit n'ait pas pu être aperçue. Le droit communautaire était orienté exclusivement vers l'intégration et le libre échange et les problèmes venaient principalement des législations des États membres, tandis que les particuliers étaient les « *victimes* » subissant les conséquences du cloisonnement des marchés. Par voie de conséquence la notion d'abus de droit par des particuliers est « *tendanciellement contraire à l'exercice intégrationniste* »¹¹³⁵, ce qui a fait que la notion ait resté inconnue dans la jurisprudence de la Cour de Justice.

L'existence d'un principe général permettrait pourtant l'unification du régime juridique, assez dispersé, de la notion d'abus de droit. Comme nous l'avons déjà expliqué, l'abus de droit a fait l'objet d'une construction prétorienne, parfois hésitante, et le recours aux outils présentés (critère d'interprétation du droit communautaire ou raison impérieuse) ne permet pas la naissance d'une vraie notion autonome de droit communautaire. Ceci détermine, principalement pour les particuliers, de l'insécurité juridique, en se trouvant dans l'impossibilité de savoir si leurs comportements peuvent être considérés comme abusifs et, par voie de conséquence, sanctionnés. La consécration en tant que principe permettrait ainsi de répondre à cette nécessité. Considérée comme raison d'intérêt général, l'interdiction de l'abus de droit est soumise à l'obligation de passer le test de la compatibilité communautaire, ce qui impose le respect des conditions de la nécessité et de la proportionnalité. L'analyse est ainsi faussée parce qu'elle se penche sur la loi nationale sanctionnant l'abus et non sur le comportement des particuliers¹¹³⁶. La consécration en tant que principe général permettrait de changer la perspective de l'analyse dans le sens où l'appréciation se ferait non plus en fonction

¹¹³³ D. TRIANTAFYLLOU, « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *op. cit.*, p. 613.

¹¹³⁴ *Idem*, p. 614.

¹¹³⁵ *Ibidem*.

¹¹³⁶ A. NOBLET, *op. cit.*, p. 436.

de la légitimité de la loi nationale, mais selon le comportement des particuliers, au cas par cas¹¹³⁷.

De plus, la consécration d'un tel principe permettrait l'homogénéité dans la lutte contre les abus de droit, surtout dans le cas où il s'agit d'un contournement du droit national. Au lieu de permettre aux autorités nationales d'appliquer des notions locales d'abus de droit, ce qui s'accompagne d'un risque d'incohérence dans l'application uniforme du droit communautaire, un principe général assurerait un équilibre entre les particularismes nationaux et les exigences du droit communautaire.

« *L'atout majeur d'un principe général du droit est l'extensibilité de son domaine d'intervention* »¹¹³⁸, qui se traduit par la susceptibilité d'être applicable à un nombre indéfini des situations. L'interdiction de l'abus de droit serait ainsi appliquée de manière transversale à tous les secteurs du droit communautaire, sans que soit nécessaire la condamnation au cas par cas par le juge communautaire. Le juge national serait ainsi compétent par sanctionner tout comportement abusif au regard du droit communautaire, en bénéficiant de l'instrument juridique adéquat pour le faire.

Il ne faut pas oublier que les principes généraux du droit communautaire bénéficient d'une place importante, supérieure au droit dérivé, dans la hiérarchie des normes et qu'ils s'imposent tant aux institutions communautaires, dans l'exercice de leurs compétences, qu'aux États membres, lors de l'exercice des compétences d'application du droit communautaire, et aux particuliers, lorsqu'ils exercent des droits tirés du droit communautaire.

La consécration en tant que principe général aurait aussi des conséquences sur la charge de la preuve. Dans le cas des raisons impérieuses d'intérêt général, c'est à l'État membre accusateur qu'il revient de prouver l'illégitimité du contournement, c'est-à-dire un usage abusif de la liberté de circulation. En considérant l'interdiction de l'abus de droit en tant que principe général, on aurait une « *nouvelle répartition de la charge de la preuve* »¹¹³⁹ : il reviendrait aux autorités nationales de contester la légitimité de l'usage de la liberté de circulation et, ensuite, aux particuliers de démontrer leur bonne foi. Il faut remarquer que dans le cas de ce qu'on a appelé abus direct du droit communautaire la charge de la preuve incombe aux autorités communautaires, ou nationales, selon le cas, et par la suite aux particuliers.

¹¹³⁷ A. NOBLET met en évidence les deux conceptions sur la relation principe de libre circulation – principe d'interdiction de l'abus de droit. Il pourrait s'agir ainsi d'une « *version très minimaliste* » où les deux principes ont la même autorité, ou d'une « *version plus maximaliste* » où le principe d'interdiction de l'abus de droit primerait sur celui de la libre circulation (A. NOBLET, *op. cit.*, p. 436).

¹¹³⁸ A. NOBLET, *op. cit.*, p. 425.

¹¹³⁹ A. NOBLET, *op. cit.*, p. 438.

Conclusion du Premier Titre

Nous avons démontré que l'interdiction de l'abus de droit ne peut être réduite à un simple critère de délimitation du champ d'application du droit communautaire. Cette conception amènerait à considérer que le droit communautaire ne s'applique chaque fois qu'il est démontré un abus de droit. À notre avis, cette conception est contradictoire en soi-même car on ne peut pas parler d'abus s'il n'y a pas un droit à exercer. Ainsi, il faut évidemment apprécier si le droit communautaire est applicable, et, dans un deuxième temps, chercher si le droit a été exercé de manière abusive. Le fait d'apprécier si le droit communautaire est applicable ou si l'exercice du droit est abusif sont des questions différentes. Dans le premier cas, l'analyse concerne seulement les circonstances objectives de la situation, tandis que dans le deuxième il faut rechercher aussi les intentions qui ont incité l'abus.

Cependant, les critères qui ont été utilisés pour mettre en œuvre cette conception sur l'interdiction de l'abus de droit, peuvent s'avérer utiles dans la mesure où ils permettent de démontrer l'existence de l'abus. Le caractère effectif de l'activité prestée par le travailleur permet de tester le caractère réel des conditions permettant l'accès à la liberté de circulation. L'absence d'effectivité d'une telle conception ayant été démontrée, nous avons mis en exergue que le recours à des instruments nationaux de lutte contre l'abus de droit doit être strictement encadré par le droit communautaire. L'ordre public, les lois de police et la fraude à la loi ne sont pas les plus efficaces moyens de lutter contre l'abus de droit en droit communautaire et, dans les cas où les États membres y recourent, la Cour reste prudente et impose des conditions strictes. C'est dans ce cadre que la théorie des raisons impérieuses d'intérêt général s'applique.

Après relever les traits généraux du recours à cette théorie, nous avons analysé le domaine de la fiscalité directe où une jurisprudence bien établie sur la lutte contre l'évasion fiscale semble exclure la nécessité de consacrer un principe communautaire d'interdiction de l'abus de droit. C'est dans ce sens que se prononce D. Weber dans son livre consacré à l'analyse des mesures nationales anti-abus¹¹⁴⁰. L'auteur exclut la possibilité de consacrer un principe communautaire d'interdiction de l'abus de droit dans les domaines non harmonisés. Cependant, il accepte de parler d'une notion autonome du droit communautaire dont les caractéristiques doivent être homogènes indépendamment du secteur où l'abus se manifeste.

¹¹⁴⁰ D. WEBER, *Tax Avoidance and the EC Treaty freedoms. A study of the limitation under European law to the prevention of tax avoidance*, Kluwer Law International, 2005, p. 247.

L'incapacité conceptuelle de la théorie des raisons impérieuses d'intérêt général à s'appliquer à des domaines harmonisés détermine la nécessité de recourir à un instrument juridique supérieur : les principes généraux du droit communautaire. Les avantages que cet instrument présent pourrait le convertir dans l'instrument adéquat pour lutter contre l'abus de droit en droit communautaire.

Titre Second. La construction progressive d'un principe général d'interdiction de l'abus de droit

En expliquant le processus de consécration des principes généraux, D. Simon mettait en exergue deux principales étapes : l'étape inductive et l'étape déductive. L'étape inductive consiste dans les efforts du juge communautaire à chercher les éléments constitutifs du principe en jeu. Dans ce processus, la position du juge peut présenter des fluctuations, entre hésitations ou positions plus normatives (Chapitre Premier). Après établir les contours du principe, il convient de développer une perspective déductive en soulignant les effets et de la portée du principe (Chapitre Deuxième).

Chapitre I. L'étape inductive

L'approche inductive de la construction du principe général d'interdiction de l'abus de droit est double. D'une part, la Cour de Justice s'inspire des traditions nationales communes pour induire une notion autonome du droit communautaire. Par voie de conséquence, une analyse de droit comparé de la notion d'abus de droit s'avère nécessaire (Section I). D'autre part, la méthodologie de la consécration étant assez fragmentée, l'analyse de la jurisprudence doit retrouver les éléments constitutifs de l'abus de droit, assez dispersés, et leur donner une cohérence juridique. Après une position réticente vis-à-vis de l'acceptation d'un principe général d'interdiction de l'abus (Section II), il convient de se pencher sur les éléments de la nouvelle doctrine communautaire de l'abus de droit (Section III).

Section I. La notion d'abus de droit dans les ordres juridiques des États membres

Après un aperçu historique (& I), nous ferons un tour d'Europe pour mettre en évidence les conceptions nationales actuelles¹¹⁴¹ portant sur la notion d'abus de droit, qu'il

¹¹⁴¹ En droit international public, la notion d'abus de droit, même si consacrée, n'a pas connu le succès manifesté dans les ordres juridiques nationaux. Par voie de conséquence, il est plus intéressant de se pencher sur l'analyse des conceptions nationales sur l'abus de droit.

Sur l'abus de droit en droit international public voir M. BYERS, « Abuse of rights : an old principle, a new age », *McGill Law Journal*, 2001-2002, n° 47, pp. 389 – 431 ; M. GESTRI, « Considerazioni sulla teoria dell'abuso del diritto alla luce della prassi internazionale », *Rivista di Diritto Internazionale*, 1994, n° 1, pp. 5 – 57.

s'agit de la conception subjective ou objective, ou de l'absence d'une notion de l'abus de droit (& II).

& I. Du droit romain aux codifications de la fin du XVIIIème siècle et du début du XIXème siècle

L'histoire de la théorie de l'abus de droit n'est pas aisée à établir. Même si la notion ne date pas d'hier, situer son origine dans le temps est un travail assez difficile. Cette difficulté est déterminée par la confrontation entre deux courants d'opinion. D'une part, il y a ceux qui soutiennent que le domaine exclusif de manifestation de la notion d'abus de droit est celui du droit de propriété. D'autre part, nous retrouvons ceux qui s'attachent à l'idée que l'abus de droit ne se limite pas aux seuls droits réels, mais que, au contraire, la notion touche d'autres secteurs, comme le droit des obligations ou le droit procédural. Par voie de conséquence, pour les uns, l'origine de la notion d'abus de droit se retrouve à la fin du XIXème siècle, sous l'impulsion des jurisconsultes français qui ont systématisé les décisions judiciaires ; pour les autres, « *l'abus de droit nous a été légué par les Romains* »¹¹⁴².

Indépendamment de ces deux courants d'opinion, la présentation de l'historique de la notion d'abus de droit doit mettre en exergue l'analyse des certains aspects du droit romain dans lesquels nous pouvons percevoir la présence de la notion d'abus de droit. Toutefois, il convient de reconnaître que les Romains ne nous ont pas léguée « *une savante théorie* » de cette notion. D'abord, nous mentionnons que le mot « *abuti* » en latin ne veut pas dire abuser, mais consommer une chose, conformément aux Digestes d'Ulpian, telles que citées par C. Dobrovici, dans son œuvre « *De l'abus de droit* », de 1909¹¹⁴³. Puis, les jurisconsultes romains ne cherchaient que des solutions concrètes pour des cas concrets. Leur objectif n'était pas d'édifier des systèmes. Ainsi, ils ont formulé des préceptes, qui, à première vue, ne paraissent pas favorables à la consécration de l'interdiction de l'abus de droit. D'abord, ils ont dégagé la règle que le débiteur doit tenir ses engagements à lettre, qui trouvera sa consécration dans le principe « *pacta sunt servanda* ». Puis, ils ont admis que le propriétaire tient le droit de tirer parti de sa chose sans restriction (« *jus utendi et abutendi* »). Enfin, ils ont précisé que celui qui exerce son droit ne commet jamais de préjudice (« *non videtur vim facere qui suo jure utitur* », « *qui iure suo*

¹¹⁴² J. VOYAUME, B. COTTIER, B. ROCHA, « L'abus de droit en droit comparé », in Colloqui on European Law, *L'abus de droit et les concepts équivalents: principe et applications actuelles: actes du dix-neuvième Colloque de Droit Européen*, Luxembourg, 6-9 novembre 1989, p. 25. Sur une analyse complète de l'abus de droit en droit romain voir U. ELSENER, *Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus de droit*, Collection Neuchâteloise, Bruylant, Helbing & Lichtenhahn, 2004.

¹¹⁴³ C. DOBROVICI, *De l'abus de droit*, V. Giard & E. Brière, Paris, 1909, p. 15.

utitur, neminem laedit »)¹¹⁴⁴. La rigueur d'un tel principe ne pouvait pas être sauvegardée face au principe d'équité. Des tempéraments ont été retrouvés dans différents domaines. Prenons le cas du droit de propriété¹¹⁴⁵. Ulpien, dans un texte des Digestes, tout en rendant irresponsable le propriétaire, qui bouche la vue à un voisin en élevant une construction sur son fonds, ajoute que cette solution est exacte seulement au cas du propriétaire qui agit « *suum agrum meliorem faciendi* ». Au contraire, le propriétaire est responsable du préjudice qu'il cause au voisin quant il exerce malicieusement son droit, sans intérêt, uniquement dans le but de nuire à son prochain (« *animo vicino nocendi* »)¹¹⁴⁶. Ainsi, le jurisconsulte ne s'attache pas à une conception absolue du droit de propriété et il lui apporte une limitation d'ordre subjectif¹¹⁴⁷. Nous considérons que nous nous retrouvons ici en présence de l'interdiction de l'abus de droit. Dans le même sens, nous citons un texte très suggestif de Celsius : « *malitiis indulgendum non est* ». Il convient de mentionner qu'une grande partie des œuvres portant sur le droit romain n'hésitent pas à distinguer des limites au droit de propriété¹¹⁴⁸. Il s'agit principalement des limitations imposées dans l'intérêt des voisins.

Le droit romain connaissait aussi les deux notions connexes à la notion d'abus de droit : la fraude à la loi et le principe de bonne foi. Quant à la fraude à la loi, elle paraît une notion acquise du droit, qu'on retrouve dans différents préceptes comme « *Contra legem facit, quid id facit, quod lex prohibet ; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit* » (Agit contre la loi celui qui fait ce que la loi interdit ; et en fraude, celui qui, respectant formellement les mots de la loi, élude son sens)¹¹⁴⁹.

Les Romains faisaient la distinction entre bonne foi et équité. Ainsi la bonne foi romaine était essentiellement une notion du droit des contrats, et en dehors de ce domaine, l'idée de correction était concrétisée par l'*exceptio doli*. Il ne s'agit pas d'un véritable dol qui serait commis au moment de la naissance de l'acte juridique sur lequel l'action en justice se fonde, mais d'un dol qui ne peut être imputé à son auteur que s'il intente une action en justice en vue d'obtenir une condamnation de la partie adverse. D'autre part, l'équité est le critère

¹¹⁴⁴ J. VOYAUME, B. COTTIER, B. ROCHA, *op. cit.*, p. 25.

¹¹⁴⁵ Pour la manifestation de l'abus de droit dans différents domaines du droit romain, voir C. DOBROVICI, *op. cit.*, pp. 18-20.

¹¹⁴⁶ C. DOBROVICI, *op. cit.*, pp. 17-18.

¹¹⁴⁷ Par contre, P. BONFANTE, dans son livre *Instituciones de derecho romano*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1965, pp. 321-325, infirme l'existence dans le droit romain d'une limite générale au droit de propriété, basée sur le critère subjectif de la mauvaise foi. Dans le même sens, il affirme que la théorie des actes d'émulation trouve son origine dans le droit médiéval.

¹¹⁴⁸ Voir par exemple R. ROBAYE, *Le droit romain. Tome I. Sources du droit – Personnes – Successions – Biens*, Academia Bruylant/Bruylant, Louvain-la-Neuve/Bruxelles, 2001, pp. 158-159.

¹¹⁴⁹ Le juriste romain Paulo cité par A. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, Tome I, Editorial Jurídico de Chile, Barcelona/Buenos Aires/México D.F./Santiago de Chile, 1997, p. 105.

général d'évaluation du contenu des droits, une tâche confiée au juge¹¹⁵⁰. Si dans les systèmes juridiques latins actuels, le principe de la bonne foi paraît ne pas avoir acquis d'un point de vue formel une portée normative autonome, il est dans le droit allemand que le principe fait preuve de continuité¹¹⁵¹.

Le droit coutumier du Moyen Age ne s'écartera pas des solutions consacrées par les juristes romains. On retrouve tant dans des recueils de coutumes que dans les arrêts des cours françaises, allemandes ou italiennes, des règles interdisant au propriétaire d'user de son droit avec une intention malicieuse. Prenons l'exemple de l'arrêt de février 1577 du Parlement d'Aix qui condamne un cardeur de laine et ses ouvriers pour avoir chanté à des heures indues, à seule fin de troubler dans son travail un avocat du voisinage¹¹⁵². Dans cette période, l'abus de droit se manifeste sous la dénomination « *actes d'émulation* ». L'émulation serait l'exercice du droit de propriété, sans intérêt pour le titulaire et seulement avec l'intention de nuire¹¹⁵³.

Si le droit coutumier continue à sanctionner l'abus de droit coup à coup, dans des cas concrets, selon la ligne du droit romain, nous retrouvons cependant une extension du domaine d'application. Certes, le domaine de prédilection était encore celui des droits réels immobiliers. Toutefois, nous notons des arrêts qui condamnent l'abus de droit dans un domaine nouveau : celui du droit de procédure. Ainsi, la doctrine relève le cas du Grand coutumier de France, datant de 1365, qui instituait une amende à l'encontre de ceux qui « *s'efforcent par voie illicite et indirectement de trouver suite et délai...en appelant frivolement, et après renoncent à leur dit appel dans le délai de huit jours comme il leur est permis* »¹¹⁵⁴.

Après le droit romain et le droit coutumier, suivront les grandes codifications de la fin du XVIIIème siècle. L'*Allgemeines Landrecht* de Prusse de 1794 retient l'expression « *abus de droit* », qui serait en allemand « *Rechtmissbrauch* ». Demeurant dans l'orbite des droits réels, ce code érige l'interdiction de l'abus de droit dans un principe général. Ainsi, ce texte législatif réprime celui qui fait un usage exclusivement vexatoire de son bien et impose au titulaire du droit de choisir, entre les différentes modalités de mise en œuvre de son droit, celle qui est la

¹¹⁵⁰ G. BROGGINI, « L'abus de droit et le principe de la bonne foi. Aspects historiques et comparatifs », in P. WIDMER, B. COTTIER (sous la direction de), *Abus de droit et bonne foi*, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1994, p. 9.

¹¹⁵¹ F. RANIERI, « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1998, n° 4, pp. 1056-1058. Cependant, les solutions retenues par la casuistique jurisprudentielle allemande en appliquant les principes de l'exception de dol ne sont qu'en apparence inconnues dans les ordres juridiques latins.

¹¹⁵² J. VOYAUME, B. COTTIER, B. ROCHA, *op. cit.*, p. 26.

¹¹⁵³ J. M. MARTÍN BERNAL, *El abuso del derecho*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1982, p. 29.

¹¹⁵⁴ J. VOYAUME, B. COTTIER, B. ROCHA, *op. cit.*, p. 26.

moins préjudiciable pour autrui. Par opposition avec le droit romain ou le droit coutumier, lesquels consacraient une conception plutôt subjective de l'abus de droit, ce code introduit une nouveauté de taille : l'intention de nuire n'est plus nécessairement un élément constitutif de l'abus de droit¹¹⁵⁵.

C'est en France, à la fin du XIX^{ème} siècle, où se développera la notion moderne d'abus de droit¹¹⁵⁶. Mais, si nous allions en arrière, au Code Civil de Napoléon de 1804, nous remarquerions le fait qu'il ne contient aucune disposition sur l'abus de droit. Il n'est pas surprenant si nous prenons en considération le fait que ce Code ait succédé à la Révolution française qui a apporté une nouvelle vision sur l'exercice des droits. « *Le triomphe de l'individualisme outrancier qui érigeait l'individu, seul être juridique, en homme libre et indépendant, était plus fort que les influences exercées par les profonds penseurs du XVIII^{ème} siècle (Rousseau, Montesquieu, Diderot, Helvétius)* »¹¹⁵⁷. À la suite de la révolution industrielle, cet individualisme a dû céder devant les progrès énormes faits à l'idée de solidarité, et la notion de l'abus de droit reprit un caractère d'actualité.

Le Code Civil allemand de 1900 anticipe la notion de l'abus de droit, mais en se bornant à interdire uniquement la chicane. De plus, le Code imposait à tout débiteur de fournir sa prestation conformément à la bonne foi. Il a fallu attendre le Code Civil suisse de 1907 pour voir une consécration expresse de la notion de l'abus de droit¹¹⁵⁸. Ainsi l'article 2 dispose que « *Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi* ».

& II. L'abus de droit dans les systèmes juridiques des États membres

L'étude des droits nationaux de certains États membres de la Communauté européenne du point de vue de la présence de la notion d'abus de droit révèle plusieurs directions : la conception subjective, la conception subjective tempérée, la conception objective et l'ignorance de la notion.

¹¹⁵⁵ J. VOYAUME, B. COTTIER, B. ROCHA, *op. cit.*, p. 26.

¹¹⁵⁶ Voir *infra*, pp. 296 et s..

¹¹⁵⁷ C. DOBROVICI, *op. cit.*, p. 22.

¹¹⁵⁸ B. HUWILER, « La genèse de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) », in P. WIDMER, B. COTTIER (sous la direction de), *op. cit.*, pp. 35 – 62.

A) *La conception subjective*

La conception subjective suppose que l'intention de nuire est l'élément constitutif exclusif de l'abus de droit. Cette conception hérite les vieilles idées du droit romain et du droit coutumier et représente la plus étroite perspective sur la notion qui fait l'objet de notre étude. La conception subjective s'est manifestée en plusieurs pays européens, mais nous analyserons seulement les cas de l'Italie et de l'Autriche, en tant que les pays les plus représentatifs de celle – ci.

1) *Le cas de l'Italie*

L'*exceptio doli*, institution du droit romain, retenue principalement en droit allemand, n'a pas suscité d'intérêt dans le droit italien, orienté plutôt vers la doctrine et la jurisprudence françaises. Même si un certain intérêt vers le modèle allemand de l'exception de dol commence à se manifester au début du XXème siècle, la doctrine s'inclinait majoritairement à refuser la notion d'abus de droit. Également pendant les décennies suivantes, la doctrine italienne a nié avec ténacité l'existence de l'institution en cause dans le droit positif¹¹⁵⁹.

L'entrée en vigueur du nouveau Code Civil de 1942 n'apporta pas de grands changements. Le Code Civile se limite à sanctionner l'abus de droit dans des cas concrets, comme, par exemple, l'article 833. Cet article interdit à tout propriétaire d'user à outrance de son bien dans le seul but de nuire ou de causer un dommage à autrui¹¹⁶⁰. Il s'agit simplement des actes d'émulation. Par voie de conséquence, le juge italien considère qu'il n'y a pas abus de droit dans le cas où le propriétaire, outre l'intention de nuire, tire un avantage quelconque de l'exercice de son droit¹¹⁶¹. Nous nous trouvons en présence d'une interprétation restrictive de l'abus de droit, ce que fait que l'invocation de l'article 833 ait très rarement faite avec succès¹¹⁶². D'autre part, l'article 833 concerne seulement les droits réels, ce qui détermine un champ d'application très réduit.

Devant la possibilité d'appliquer par analogie l'interdiction de l'abus de droit à d'autres branches du droit, la Cour de Cassation s'est opposée en considérant, d'une part, que le

¹¹⁵⁹ C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Giuffrè Editore, Milan, 2007, p. 67.

¹¹⁶⁰ « *Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri* ».

¹¹⁶¹ Voir par exemple les arrêts de la Cour de Cassation italienne, Cassazione Civile, 6 février 1982, n° 688 ; Cassazione Civile, 25 mars 1995, n° 3558.

¹¹⁶² J. VOYAUME, B. COTTIER, B. ROCHA, *op. cit.*, p. 28.

législateur n'a pas retenu la clause générale d'interdiction de l'abus de droit que contenait le projet de Code Civil, et, d'autre part, que le Code Civil spécifie les différents cas où on peut parler d'abus de droit¹¹⁶³. Un des auteurs qui ont nié l'existence de la notion d'abus de droit est M. Rotondi. Cet auteur soutient que l'abus de droit est « *un phénomène social, non un concept juridique, au contraire un des phénomènes que le droit ne pourra pas discipliner dans toutes ces applications que sont imprévisibles : c'est un état d'esprit, une appréciation éthique d'une période de transition, c'est ce que l'on veut mais pas une catégorie juridique* »¹¹⁶⁴. La doctrine civiliste a continué à nier, pendant une longue période, l'existence d'un principe général d'abus de droit. « *Les exemples spécifiques de répression légale du dol et de la fraude ne sont ni assez constants, et surtout, ni unanimes au point de pouvoir légitimer l'admission d'un tel principe* »¹¹⁶⁵. Dans le même sens, il y a des auteurs qui nient l'existence de l'abus de droit en tant que notion juridique, soulignant le fait que « *l'abus de droit soit en fait une formule contradictoire* », et si on dépasse les limites du droit, on ne parle pas d'abus mais de fait illicite.

L'acceptation du principe de la bonne foi ouvre une nouvelle étape de la notion d'abus de droit en Italie. La réception des courants d'opinion existants en Allemagne fait que le principe de la bonne foi en tant que limite à l'exercice du droit subjectif connaît un succès auprès de la doctrine et de la jurisprudence italiennes. Cependant, le nombre d'hypothèses dans lesquelles les auteurs italiens ont fait référence à l'institution de l'abus de droit ou au principe de bonne foi est assez limité. Et dans le même sens vont les arrêts des juges italiens¹¹⁶⁶.

Par un arrêt de 7 mars 1952, la Cour de Cassation italienne a apprécié que « *l'exercice d'un droit doit nécessairement respecter les exigences sociales et être, en tout cas, en corrélation et en harmonie avec la satisfaction d'un véritable et réel intérêt, en absence duquel on aura une déformation ou abus de droit même, un véritable caprice ou acte d'émulation, que ne peut pas être toléré* »¹¹⁶⁷. Dans un arrêt de 15 novembre 1960¹¹⁶⁸, la Cour de Cassation a relevé que « *la possibilité d'admettre que le comportement d'un sujet (expression du contenu d'un droit subjectif) peut être considéré illicite, quand l'exercice du droit est contraire aux principes fondamentaux de l'ordre juridique, est reconnue dans de nombreux cas, même si la doctrine s'oppose à la reconnaissance de l'abus de droit en tant que catégorie juridique* ». Cependant, « *dans*

¹¹⁶³ *Ibidem*, p. 29. L'opinion contraire appartient à G. LEVI, *L'abuso del diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1993, p. 17, qui soutient que le législateur du Code Civil de 1942 a refusé la régulation d'une notion général de l'abus de droit, non parce qu'il niait l'existence d'une telle institution, mais parce qu'il a préféré, au lieu de créer une notion figée, de laisser au juge la possibilité de la construire.

¹¹⁶⁴ M. ROTONDI, *L'abuso di diritto. Aemulatio*, CEDAM, Padova, 1979, p. 24.

¹¹⁶⁵ F. RANIERI, *op. cit.*, p. 1078. Sur la doctrine niant l'existence de la notion d'abus de droit, voir U. NATOLI, « Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano », *Rivista Trimestriale di Diritto e Procedura Civile*, 1958, pp. 18 – 37.

¹¹⁶⁶ F. RANIERI, *op. cit.*, pp. 1079 – 1080.

¹¹⁶⁷ Cassazione Civile, 7 mars 1952, n° 607 (notre traduction).

¹¹⁶⁸ Cassazione Civile, Sezioni Unite, 15 novembre 1960.

des cas singuliers et relatifs aux préceptes juridiques fondamentaux de la bonne foi et du respect, dans l'exercice du droit, des objectifs éthiques et donc sociaux pour lesquels le droit a été octroyé dans l'ordre juridique positif, l'usage anormal du droit peut conduire le comportement du sujet en dehors de la sphère du droit subjectif même et, par voie de conséquence, tel comportement peut être un illicite». « Abuse de son droit celui qui par son action outrepassé les limites dans lesquelles le droit même est octroyé, et ainsi son activité assume un caractère d'illicéité »¹¹⁶⁹.

De manière constante la jurisprudence italienne a considéré l'abus de droit en tant qu'acte d'émulation caractérisé par le but exclusif de nuire ou molester autrui, et qu'au moment où le sujet poursuit un avantage appréciable, il n'y a pas abus. Dans le même sens, la Cour de Cassation a statué que le comportement du sujet doit être caractérisé par la finalité exclusive d'offenser le voisin et ne doit pas faire l'objet d'aucune justification de nature utilitaire d'un point de vue économique ou sociale.¹¹⁷⁰ Nous remarquons une certaine inclination de la jurisprudence italienne à considérer que l'abus de droit se justifie par la protection de l'intérêt collectif face à l'intérêt individuel, conservée dans un principe de solidarité. L'exercice d'un droit est justifié par la poursuite d'un intérêt social ou économique. Chaque fois que cet intérêt n'existe pas et on ne peut pas parler d'illicite, il y a abus de droit.

Plus tard, la jurisprudence italienne arrive à considérer que le principe de l'interdiction de l'abus de droit fait partie des principes généraux de l'ordre juridique italien et par « *abus de droit* » on doit comprendre : « *l'exercice ou la revendication judiciaire d'un droit qui en abstrait appartient à celui qui l'exerce ou revendique, mais qui concrètement n'apporte aucun avantage appréciable digne de protection juridique à faveur du sujet, et comporte, au contraire, un dommage déterminé pour un autre sujet de droit, et qui est exercé ou revendiqué dans le but exclusif de causer un tel dommage à l'autre sujet* »¹¹⁷¹. G. Levi voit ici l'élément subjectif de l'intention de nuire en glissant vers l'élément objectif du fait dommageable ou de l'inutilité pour le sujet, plus facile à prouver¹¹⁷².

Progressivement la figure de l'abus de droit s'est imposée dans les différentes branches du droit. Nous pensons en premier lieu au cas des délibérations de l'assemblée générale d'une société anonyme qui font prévaloir les intérêts des actionnaires majoritaires sur les intérêts des actionnaires minoritaires. Même si l'assemblée générale a le pouvoir discrétionnaire d'appréciation de l'intérêt social, le juge italien peut contrôler l'opportunité de la décision de l'assemblée générale pour éventuellement prononcer sa nullité pour conflits d'intérêts. Certains ont été d'opinion qu'il ne s'agit pas dans ce cas d'un abus de droit, mais d'un excès de

¹¹⁶⁹ Notre traduction.

¹¹⁷⁰ Arrêts de la Cour de Cassation italienne, Cassazione Civile, 20 mai 1963, n° 1305 et Cassazione Civile, 29 juillet 1963, n° 2130.

¹¹⁷¹ Arrêt du Tribunal de Turin, de 13.07.1983, cité par G. LEVI, *op. cit.*, p. 40 (notre traduction).

¹¹⁷² G. LEVI, *op. cit.*, p. 40.

pouvoir¹¹⁷³. Cependant, il ne faut pas ignorer que même si la décision appartient à un organe de la société et non aux actionnaires majoritaires, cette décision présente les caractères d'un acte d'émulation, exercé avec l'intention de nuire aux actionnaires minoritaires¹¹⁷⁴.

Un autre exemple de manifestation de l'abus de droit en droit italien vise la matière contractuelle. Ici l'interdiction de l'abus se manifeste dans le principe de « *correttezza* » (correction) ou de la bonne foi, tant dans la formation du contrat, que dans l'exécution du celui-ci. Conformément à l'article 1375 du Code Civil italien, le contrat doit être exécuté dans le respect de la bonne foi, et selon l'article 1337, les parties, dans le déroulement des négociations et dans la formation du contrat, doivent agir dans le respect de la bonne foi. La doctrine considère que, pour avoir un abus de droit, la violation du principe de bonne foi ne suffit pas, mais il faut aussi que l'acte dommageable ne produise aucune utilité pour celui qui exerce son droit¹¹⁷⁵. G. Levi opte cependant pour une consécration jurisprudentielle du principe de l'interdiction d'abus de droit, en refusant de reconnaître la codification de cette institution dans les articles 1337 ou 1375 du Code Civil italien¹¹⁷⁶.

Une autre analyse considérée très importante en droit italien appartient à P. Rescigno, exprimée dans son œuvre *L'abuso del diritto*, en *Rivista de diritto civile*, 1965, republié en 1998¹¹⁷⁷. Cet auteur exprime d'une manière très figurative, l'essence de la notion d'abus : « *cette notion, dans ses limites et dans sa vocation, fait preuve de la vieille misère du droit et de la peine du juriste de chercher à le racheter* »¹¹⁷⁸. Rescigno présente les deux principales conceptions de l'abus : la conception catholique et celle socialiste. Dans la première, le fondement de l'exercice du droit doit être l'exigence d'une légitimité morale. Les limites de l'exercice du droit sont les obligations que chacun a envers Dieu, lui-même, les autres... L'abus finit par se confondre avec le péché¹¹⁷⁹. Dans la doctrine socialiste, la notion d'abus de droit assume un caractère provisoire. Ainsi la notion devient inutile au moment de l'achèvement de la construction socialiste : superflue dans les rapports patrimoniaux entre particuliers, superflue dans les rapports entre organisations socialistes. De plus, il convient de mentionner que dans cette société socialiste, les règles, dont le respect est imposé par la Constitution, doivent être considérées en tant que règles morales¹¹⁸⁰. Les deux conceptions ont en commun la nécessité d'une recherche que ne

¹¹⁷³ Voir *infra*, p. 293.

¹¹⁷⁴ G. LEVI, *op. cit.*, p. 47. Le même auteur considère qu'on peut avoir une autre perspective sur la décision, en la considérant en tant qu'un acte pris par les actionnaires majoritaires. Dans ce cas, la décision n'a pas caractère émulateur parce qu'elle a été prise avec l'intention de nuire mais avec le but d'obtenir un avantage personnel.

¹¹⁷⁵ G. LEVI, *op. cit.*, p. 48.

¹¹⁷⁶ *Idem*.

¹¹⁷⁷ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Mulino Saggi, Bologne, 1998.

¹¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 144.

¹¹⁷⁹ *Ibidem*, pp. 33 – 43.

¹¹⁸⁰ *Ibidem*, pp. 43 – 46.

se limite pas aux caractères extérieurs du juridisme formel. Une veut assurer une relevance juridique à la moralité, l'autre à la socialité de l'acte d'exercice du droit.¹¹⁸¹ L'auteur conclut que le problème de l'abus de droit est né dans une société libérale, en relation avec les différentes libertés que ce type de société reconnaît¹¹⁸².

P. Rescigno exclue que le problème de l'abus soit limité aux actes d'émulation. Il observe que l'article 833 du Code Civil italien, parce qu'il se fonde sur le critère de l'utilité économique pour le propriétaire, est limité et insuffisant pour fonder une construction générale de l'abus. La notion d'abus de droit concerne, au contraire, la comparaison des intérêts conflictuels dans le cadre d'un certain rapport juridique. Ainsi la tentative de construire le principe de l'interdiction de l'abus doit se faire plutôt sur la base du principe de « *correttezza* » en matière d'obligations ou sur la clause générale de la bonne foi en matière d'exécution du contrat (articles 1175 et 1375 du Code Civil italien)¹¹⁸³.

Une particularité de l'appréhension de la notion d'abus par le droit italien est constituée par la dichotomie abus de droit – excès du droit¹¹⁸⁴ et par la possible extrapolation de la notion d'excès de droit ou de pouvoir dans le droit privé, ou, à l'envers, de la notion d'abus en droit public. G. Levi considère que, en présence d'une casuistique très complexe, il est difficile de discerner aujourd'hui entre les deux notions. Surtout si on tient compte que l'excès de pouvoir représente lui aussi un acte d'émulation¹¹⁸⁵. Sur le même problème se prononce aussi P. Rescigno¹¹⁸⁶. Il considère qu'il est inutile de rechercher une priorité de l'une ou de l'autre notion. On rencontre des diverses mutations des deux notions. Ainsi on parle d'excès de pouvoir en matière de droit des sociétés, où on construit un certain concept d'intérêt objectif de la société. De l'autre côté la notion d'abus de droit de l'administration publique se manifeste sous la forme de « *venire contra factum proprium* », c'est-à-dire la prise d'une décision brusque, inespérée, quand le particulier avait la confiance que l'administration le tolère dans sa situation même illicite¹¹⁸⁷. L'abus de droit a été analysé en droit italien aussi du point de vue du droit procédural. P. Rescigno¹¹⁸⁸ considère ainsi qu'on peut parler de l'abus du droit à l'action dans le cas où le procès sert formellement à certain but mais substantiellement viserait à réaliser des intérêts indignes de protection juridique¹¹⁸⁹.

¹¹⁸¹ *Ibidem*, p. 49.

¹¹⁸² *Ibidem*, p. 57.

¹¹⁸³ *Ibidem*, p. 53.

¹¹⁸⁴ *Ibidem*, pp. 65 – 68.

¹¹⁸⁵ G. LEVI, *op. cit.*, pp. 117 – 120.

¹¹⁸⁶ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, *op. cit.*, pp. 124 – 127.

¹¹⁸⁷ Cassazione Civile, Sezioni Unite, 15 novembre 1960.

¹¹⁸⁸ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, *op. cit.*, p. 88.

¹¹⁸⁹ Sur le développement de la notion d'abus processuel, voir F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, Vol. 1 et 2, CEDAM, Padova, 2000.

Les actes d'émulation représentent seulement une pièce, un « *tassello* » (morceau) de la notion d'abus de droit, même si la seule codification en droit italien de celle-ci se fait qu'en matière des actes d'émulation. L'abus de droit se fonde en droit italien sur le principe de « *correttezza* » ou de la bonne foi, ou même sur l'institution de la juste cause, selon P. Rescigno¹¹⁹⁰. L'abus de droit est intimement lié au principe d'égalité devant la loi et au principe de l'exclusivité de l'ordre étatique. La crise dans laquelle sont tombés ces deux principes justifie, selon le même auteur, l'apparition de la notion d'abus de droit.

Quant à la fraude à la loi, il convient de citer l'article 1344 du Code Civil italien qui dispose que la cause d'un contrat est réputée illicite quand le contrat constitue un moyen pour éluder l'application d'une norme impérative. Il faut mentionner l'existence initiale dans la doctrine et la jurisprudence italiennes de la fraude à la loi en tant qu'institution juridique, avant sa consécration légale. Ceux qui s'opposaient à l'existence d'une telle institution soutenaient le manque de nécessité d'une nouvelle institution, étant donné que les mêmes effets peuvent être atteints par une interprétation correcte de la norme éludée. La jurisprudence pour sa part faisait preuve de manque de précision conceptuelle quant à la notion de fraude à la loi. La plus importante contribution dans le phénomène d'autonomisation de la fraude à la loi a été faite dans le domaine des pactes commissaires, et aujourd'hui la fraude à la loi se manifeste comme une institution juridique autonome, étant consacrée dans le Code Civil¹¹⁹¹. Cependant, la loi n° 218/1995 concernant la réforme du système italien de droit international privé¹¹⁹² ne retient pas la prohibition de la fraude à la loi parmi ses dispositions. Dans l'intention du législateur italien, la prévention des phénomènes de fraude à la loi devrait se faire sur la base des normes d'application nécessaire, prévues par l'article 17¹¹⁹³.

2) *Les cas de l'Autriche*

Le Code Civil autrichien de 1811 ne contenait pas de disposition générale concernant l'abus de droit. On y trouvait seulement des applications ponctuelles, comme par exemple l'article 364 qui disposait que « *le droit de propriété ne peut pas être exercé au préjudice des droits des tiers,*

¹¹⁹⁰ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, *op. cit.*, p. 90.

¹¹⁹¹ U. MORELLO, *Frode alla legge*, Giuffrè editore, Milano, 1969, pp. 45, 49 – 50, 52 et 336.

¹¹⁹² Sur le commentaire de cette loi voir M. V. BENEDETELLI, « La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato », *Rivista delle Società*, 1997, pp. 39 – 113.

¹¹⁹³ « *E' fatta salva la prevalenza sulle disposizioni che seguono delle norme italiane che, in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, debbono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera* ». T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, 3^e ed., Cedam, Padova, 1999, p. 279, considère que, à différence d'autres ordres juridiques, l'ordre juridique italien n'a jamais admis la fraude à la loi en tant que notion autonome du droit international privé.

et qu'à la charge de respecter les limites fixées par la loi dans l'intérêt de l'ordre et du bien général». Il s'agissait seulement d'une exception au droit commun contenu dans l'article 1305 qui consacrait la conception absolutiste des droits : « On ne répond pas du dommage que l'on cause à autrui en usant de ses droits »¹¹⁹⁴.

Mais cette situation a été révisée en 1916 avec la grande réforme du Code Civil. Le nouvel article 1295 (2), oblige à indemniser celui qui exerce son droit au mépris des bonnes mœurs et avec l'intention évidente de nuire à autrui. L. Josserand voyait ici le cumul de deux critères : l'un objectif – le critère social des bonnes mœurs -, et l'autre subjectif – l'intention de nuire. Cependant, le second critère est essentiel ; il est « le centre de gravité de la théorie de l'abus de droit ». Dans ce sens se prononce la jurisprudence autrichienne qui voit dans le mot « évidente » la source du caractère exclusif du critère subjectif. Le droit autrichien adoptait ainsi la plus étroite conception de l'abus de droit¹¹⁹⁵.

Par ailleurs la doctrine autrichienne a critiqué l'interprétation restrictive que faisait le juge de l'article 1295 du Code Civil et qui venait donc à l'encontre de la volonté du législateur. Conditionner l'application de l'interdiction de l'abus de droit à l'intention malicieuse exclusive, c'est vouloir délibérément rendre cette interdiction pratiquement sans effet : les cas où l'exercice d'un droit n'a d'autre objectif que de porter atteinte à un tiers sont très limités. Les arguments de la doctrine ne sont pas restés sans effets sur la jurisprudence ultérieure. Ainsi nous retrouvons des arrêts où le juge autrichien s'éloigne de la conception restrictive initiale. Le titulaire du droit a été condamné bien que le mobile vexatoire ne fût pas le seul. Mais même s'il n'était pas le seul, il se révélait prépondérant¹¹⁹⁶.

Le principe de bonne foi n'a pas été retenu ni par le Code Civil de 1811 ni par la réforme de 1916. C'est seulement aux dernières décennies, que le modèle allemand de la bonne foi et de l'*exceptio doli* a été reçu en Autriche, mais de façon différente. La jurisprudence autrichienne a, avec ténacité, refusé pendant des décennies l'idée que l'on puisse admettre le principe de la bonne foi. Plus récemment, le juge autrichien a commencé à adopter de manière systématique les solutions d'équité de la pratique allemande contemporaine. Ainsi on a introduit en droit autrichien l'institution allemande de la *Verwirkung* ou *venire contra factum proprium*¹¹⁹⁷. Il s'agit de l'idée de la déchéance d'un droit due à un comportement déloyal et contradictoire. Mais les juges autrichiens justifient cette solution dans un cadre systématique différent de celui offert par la doctrine et la jurisprudence allemandes. Ainsi la réplique pour

¹¹⁹⁴ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des droits*, Dalloz, Paris, 1939, p. 286.

¹¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 287.

¹¹⁹⁶ J. VOYAUME, B. COTTIER, B. ROCHA, *op. cit.*, p. 29.

¹¹⁹⁷ Voir *infra* p. 315.

dol contre l'exception de prescription a été motivée par le juge autrichien sur les principes suprêmes de droit (*natürliche Rechtsgrundsätze*) de l'article 7 du Code Civil autrichien. Pourtant le juge autrichien refuse de faire référence à la notion d'abus de droit¹¹⁹⁸.

B) *La conception subjective tempérée*

Nous nous trouvons ici à mi-chemin entre, d'une part, les pays qui retiennent strictement, de manière exclusive ou prépondérante, le critère de l'intention de nuire, et, d'autre part, les pays qui conditionnent l'applicabilité de l'interdiction de l'abus au caractère anormal de l'acte. Ce groupe est représenté par la France, la Belgique et les Pays-Bas. En principe, cette conception se caractérise par l'affaiblissement de la condition exclusive d'une intention de nuire et la prise en compte d'autres critères, de nature plus objective¹¹⁹⁹.

1) *Le cas de la France*

En France, la théorie de l'abus de droit n'est apparue qu'à la fin du XIXème siècle et au début du XXème siècle: initialement, dans la jurisprudence française et puis dans la doctrine. Mais l'impression qui domine dans l'état actuel de la jurisprudence et de la doctrine est celle d'un dépassement de la querelle célèbre qui opposa Josserand à Planiol, puis à Ripert et de la consécration d'une stabilité remarquable de la théorie de l'abus de droit en droit français. L'intention de nuire, le critère original de l'abus, n'est plus requise et une simple faute dans l'exercice du droit peut souvent suffire pour engager la responsabilité de son auteur. Sous l'influence de la législation, la sanction de l'abus de droit ne consiste pas toujours en des dommages et intérêts. Il peut s'agir d'amende, de nullité, d'inopposabilité, de déchéance¹²⁰⁰.

La théorie française de l'abus de droit est l'œuvre combinée de la jurisprudence et de la doctrine. Même si la jurisprudence a été la première à s'intéresser à la notion d'abus de droit, certains auteurs considèrent qu'en réalité c'est la doctrine qui « a en quelque sorte „récupéré” a posteriori les quelques décisions antérieures pour donner l'impression d'un corpus jurisprudentiel préexistant »¹²⁰¹.

¹¹⁹⁸ F. RANIERI, *op. cit.*, pp. 1075 – 1076.

¹¹⁹⁹ M. – O. GAIN, *Essai sur l'abus de droit*, Université de Lille III, 1991, p. 424.

¹²⁰⁰ L. CADIEU, « Abus de droit », *Répertoire de Droit Civil*, Encyclopédie Dalloz, 2004, point 5.

¹²⁰¹ P. ANCEL, C. DIDRY, « L'abus de droit: une notion sans histoire? L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au début du XXe siècle », in *L'abus de droit: comparaisons franco-suissees, Actes du séminaire de Genève*, mai 1998, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2001, p. 55.

Si les premières applications de la théorie de l'abus de droit ont été isolées, en se basant sur les principes généraux de la justice et sur les maximes du droit romain, c'est vers la fin du XIX^{ème} siècle qu'on peut parler d'une application constante de la théorie de l'abus de droit, avec la propriété comme domaine de prédilection¹²⁰². Ainsi a été condamné le propriétaire qui avait élevé une fausse cheminée, dans le seul but de priver son voisin de la clarté du jour (Cour d'Appel de Colmar, 2 mai 1855); celui qui avait érigé à la limite de son fonds une haute palissade peinte en noir (Trib. Civ. Sedan, 17 décembre 1901); le propriétaire voisin d'un terrain d'atterrissage pour le dirigeable qui avait construit sur son fonds, sans aucune utilité pour lui, d'énormes hangars sur le toit desquels étaient implantées de longues lances d'acier, ce qui gênait l'envol ou l'atterrissage des dirigeables (Cass.Req. 3 août 1915, *Clément-Bayard*)¹²⁰³. C'est l'arrêt de la Cour de Colmar qui impose le principe que chaque droit doit avoir pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime. Il s'agit de la première mention de la notion de l'abus de droit en droit français :

*« Considérant qu'il est de principe que le droit de propriété est un droit en quelque sorte absolu, autorisant le propriétaire à user et abuser de la chose, cependant l'exercice de ce droit, comme celui de tout autre, doit avoir pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime ; que les principes de la morale et de l'équité s'opposent à ce que la justice sanctionne une action inspirée par la malveillance, accomplie sous l'empire d'une mauvaise passion, ne se justifiant par aucune utilité personnelle et portant un grave préjudice à autrui : qu'ainsi c'est le cas, tout en reconnaissant l'affranchissement de la propriété de l'appelant de tout droit de servitude de vue, de maintenir la décision des premiers juges quant à la démolition de la fausse cheminée »*¹²⁰⁴.

Aujourd'hui, la jurisprudence fait une application de la théorie de l'abus de droit dans une large variété de domaines¹²⁰⁵. Ainsi nous retrouvons des manifestations jurisprudentielles de la notion en cause dans des domaines comme les droits réels, la matière contractuelle¹²⁰⁶,

¹²⁰² M. MARKOVITCH, *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, Lyon, Bosc Frères M. & L., 1936, p. 57.

¹²⁰³ B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, 5^e édition, LITEC, Paris, 1996, p. 153.

¹²⁰⁴ Citation prise de L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des droits*, *op. cit.*, p. 26.

¹²⁰⁵ L. CADIET, *op. cit.*, points 42 et s.; P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, Dalloz, Paris, 1998, pp. 785 et s.; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, Paris, 2^e édition, 1982, pp. 643 et s.. En ce qui concerne la théorie de l'abus de droit en droit public français, voir L. DUBOIS, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, LGDJ, Paris, 1962 ; H. ISAR, « L'abus de droit dans les textes de droit public français », in Colloqui on European Law, *L'abus de droit et les concepts équivalents: principe et applications actuelles: actes du dix-neuvième Colloque de Droit Européen*, *op. cit.*, pp. 195-204; N. MERLEY, « L'abus de droit dans la jurisprudence administrative française », in Colloqui on European Law, *L'abus de droit et les concepts équivalents: principe et applications actuelles: actes du dix-neuvième Colloque de Droit Européen*, *op. cit.*, pp. 205-217.

¹²⁰⁶ Sur l'abus de droit en matière contractuelle, voir G. BLANC, « L'abus de droit dans les contrats en droit français », in Colloqui on European Law, *L'abus de droit et les concepts équivalents: principe et applications actuelles: actes du dix-neuvième Colloque de Droit Européen*, *op. cit.*, pp. 117-129.

droit de la concurrence, les droits procéduraux, le droit de la famille, le droit des sociétés¹²⁰⁷ etc. Cependant, conformément à certains auteurs¹²⁰⁸, les tribunaux refusent de se laisser enfermer dans une théorie unitaire de l'abus de droit.

En ce qui concerne la doctrine, il faut mettre en valeur l'évolution de la perception de la notion d'abus de droit. Il faut commencer notre analyse par la position doctrinale qui refuse d'admettre l'existence de la notion de l'abus de droit. Ainsi, pour certains auteurs, ce que la doctrine et la jurisprudence entendent par abus de droit n'est pas autre chose que la responsabilité qui naît du conflit existant entre l'auteur d'un dommage invoquant un droit, et la victime se prévalant ainsi d'un droit. Il s'agit seulement d'un conflit des droits et de l'application de la théorie générale de la responsabilité¹²⁰⁹, et donc il n'y aurait pas d'originalité. Le promoteur le plus connu de cette conception est Planiol qui affirmait que le droit cesse où l'abus commence et qu'il ne peut pas y avoir un même acte à la fois conforme au droit et contraire au droit. Il n'y a pas abus de droit, mais un acte illicite fait sans droit¹²¹⁰.

Cette conception a été vigoureusement critiquée par Josserand, dans son œuvre intitulée *De l'abus des droits*, 1905¹²¹¹ et ensuite dans *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, 1939¹²¹². Dès le début, Josserand affirme de manière expresse le caractère essentiel de la théorie de l'abus de droit : « [...] constitue une des pièces maîtresses des systèmes juridiques de tous les pays civilisés ou, plus exactement, l'atmosphère, le „climat” dans lequel ces systèmes se développent et se réalisent »¹²¹³.

Josserand fait une classification des actes qui peuvent engager la responsabilité de l'auteur: les actes illégaux (accomplis en violation d'une disposition législative ou réglementaire, en dépassant les limites objectives de son droit), les actes excessifs (accomplis en vertu d'un droit incontestable et dans un but légitime, mais de nature à causer à autrui un préjudice excessif) et les actes illicites (l'auteur de l'acte exerce une prérogative qui lui appartient, sans dépasser les limites objectives; cependant, sa responsabilité sera engagée, si les mobiles poursuivis sont répréhensibles et contredisent la finalité du droit). Seuls les actes rentrant dans la troisième catégorie sont ou peuvent être constitutifs de l'abus de droit¹²¹⁴.

¹²⁰⁷ B. ESPESSON-VERGEAT, « La spécificité de la notion d'abus de droit en droit français des sociétés », in *Colloqui on European Law, L'abus de droit et les concepts équivalents: principe et applications actuelles: actes du dix-neuvième Colloque de Droit Européen*, op. cit., pp. 131-150.

¹²⁰⁸ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, op. cit., p. 656.

¹²⁰⁹ A. BARDESCO, *L'abus du droit*, Paris, V. Giard & Brière, 1913, p. 242.

¹²¹⁰ Cité par L. CADIEU, op. cit., point 18. Voir aussi C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur. Contribution à l'étude de la théorie de l'abus de droit en droit français*, Thèse pour le Doctorat en Droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1997, p. 10, qui affirme que « la conception de Planiol sauvegarde, en définitive, la pureté du droit et son idéal ».

¹²¹¹ Éd. Arthur Rousseau, Paris, 1905.

¹²¹² 2^e édition, Dalloz, Paris, 1939.

¹²¹³ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des droits*, op. cit., p. 1.

¹²¹⁴ *Idem*, pp. 34, 35 et 358.

Ensuite Josserand dénonce les arguments des partisans de l'inexistence de la notion d'abus de droit. L'acte abusif est tout simplement « *celui qui, accompli en vertu d'un droit subjectif dont les limites ont été respectées, est cependant contraire au droit envisagé dans son ensemble en tant que juridicité, c'est-à-dire en tant que corps de règles sociales obligatoires* »¹²¹⁵. Le concept de l'abus constitue « *la vérité, la seule réalité possible, non seulement en histoire, en jurisprudence, en droit comparé et en raison, mais aussi dans notre droit positif actuel* »¹²¹⁶. Parmi les arguments de Josserand quant à la distinction entre le défaut de droit et l'abus de droit, nous retrouvons les considérations suivantes. En premier lieu, l'acte accompli sans droit engage par lui-même la responsabilité de son auteur et indépendamment de tout préjudice déterminé, précis en résultant pour autrui, tandis que l'acte abusif, envisagé en soi, est légal et il ne suffit jamais, à lui seul, à engager la responsabilité de son auteur. Pour que l'acte soit abusif, il faut un préjudice appréciable causé à autrui. En deuxième lieu, des différences interviennent aussi en ce qui concerne l'administration de la preuve et la sanction de l'abus. Ainsi en cas d'abus, il est plus difficile à faire la preuve, car il faut démontrer non seulement la réalité de l'acte, mais aussi le dommage subi et le détournement du droit. De plus, en cas de défaut de droit, la sanction interviendra normalement en nature, tandis qu'en cas d'abus, elle sera plutôt en dommages intérêts¹²¹⁷.

Les théories qui ont accepté la notion d'abus se constituent autour de deux pôles extrêmes, entre lesquels les tribunaux n'ont jamais formellement choisi¹²¹⁸. D'une part, il y a la conception qui considère que l'abus n'existera que si le droit a été exercé avec l'intention de nuire. D'autre part, la conception opposée, initiée par Josserand, prend comme critère de l'abus la contrariété de l'acte « *au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité* ». Entre ses deux théories extrêmes, la doctrine propose plusieurs critères intermédiaires¹²¹⁹, qu'il s'agisse du

¹²¹⁵ *Idem*, p. 333.

¹²¹⁶ *Idem*, p. 327.

¹²¹⁷ *Idem*, pp. 335 et s.

¹²¹⁸ L. CADIET, *op. cit.*, point 24. Pour une image plus ample sur les origines de la doctrine française de l'abus de droit, voir L. SALANSON, *De l'abus du droit*, Larose & Forcel, Paris, 1903 ; R. BUTTIN, *L'usage abusif du droit. Étude critique*, Imprimerie Allier Frères, Grenoble, 1904 ; L. - H. - C. REYNAUD, *L'abus du droit*, Éditeur Arthur Rousseau, Paris, 1904 ; C. DOBROVICI, *De l'abus de droit, op. cit.* ; É. LAPARRE, *La théorie de l'abus du droit et la théorie du détournement de pouvoir*, Imprimerie M. Bonnet, Toulouse, 1913 ; P. ROUSSEL, *L'abus du droit. Étude critique*, Dalloz, Paris, 1913.

¹²¹⁹ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des droits, op. cit.*, pp. 367 et s.

critère technique (la faute dans l'exécution)¹²²⁰ ou du critère économique (le défaut d'intérêt légitime)¹²²¹.

Certains auteurs considèrent que l'opposition entre la conception subjective (qui pose l'intention de nuire comme critère essentiel de l'abus)¹²²² et la conception objective du Josserand n'est pas tout à fait réelle. En effet, la théorie objective n'exclue pas l'intention de nuire, car cette intention est considérée comme un minimum dans la théorie de la relativité des droits. La théorie de l'abus de droit est à la fois subjective et objective. Elle est objective si on se réfère au critère de la fonction sociale des droits, et subjective parce qu'il faut analyser les mobiles qui ont animé la conduite de l'auteur de l'acte¹²²³.

Conformément à la théorie finaliste développée par Josserand, l'acte sera normal ou abusif selon qu'il s'expliquera ou non par un motif légitime, « *qui constitue ainsi la véritable pierre angulaire de toute la théorie de l'abus des droits et comme son précipité visible* ». Il convient de parler d'une faute spéciale qui sera dégagée seulement en interrogeant l'esprit et la finalité du droit en cause¹²²⁴. Par conséquent, la théorie de l'abus de droit constitue la consécration et la sanction de l'esprit dont son animées les différentes prérogatives juridiques¹²²⁵.

Aujourd'hui l'antagonisme quant aux critères de l'abus de droit est modéré. Les conceptions de Josserand ont très peu pénétré la jurisprudence des juridictions françaises, qui utilisent comme critère de l'abus de droit tant l'intention de nuire que le détournement de la fonction du droit ou l'anormalité du comportement¹²²⁶. Toutefois, les idées de Josserand

¹²²⁰ Qu'il s'agit de la faute lourde ou de la faute simple, intentionnelle ou non, la faute, comme critère de l'abus, engage la responsabilité de l'auteur sur la base des arts. 1382 et 1383 du code civil français. La faute se caractérise par un comportement anormal que n'aurait pas un homme raisonnable et prudent. (Voir J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *op. cit.*, pp. 629 et s). Sur la faute comme critère essentiel de l'abus de droit, voir aussi J. VOYAUME, B. COTTIER, B. ROCHA, *op. cit.*, p. 31: « *ce qu'il faut rechercher, c'est la conduite d'un individu avisé placé dans les mêmes circonstances* ». Sans disparaître, la condition de l'intention de nuire va jouer en plan secondaire. Cet auteur voit la faute soit dans le comportement vexatoire du titulaire du droit, soit dans le défaut d'intérêt légitime.

¹²²¹ Conformément à cette conception, « *c'est seulement si le titulaire exerce sa prérogative en dehors de tout intérêt, ou encore pour la satisfaction d'un intérêt illégitime, qu'il en mésuse, qu'il en abuse et qu'il cesse de pouvoir prétendre à la protection de la loi* »; « *l'intérêt légitime est le fondement et la mesure de l'exercice des droits et de la protection qui leur est accordée par les pouvoirs publics* » (L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des droits*, *op. cit.*, pp. 388 et s.).

¹²²² La conception la plus restrictive a été développée par Ripert (A. PIROVANO, « *L'abus de droit dans la doctrine et la jurisprudence françaises* », in M. ROTONDI (sous la direction de), *Inchieste di diritto comparato : L'abus de droit. L'abuso di diritto. The abuse of rights. El abuso de derecho. Der rechtsmissbrauch*, Cedam, Padova, 1979, p. 350). La conception subjective de l'abus de droit s'est développée sous l'influence judéo-chrétienne et donc moraliste sur les auteurs du début du siècle XXème. On limite ainsi la portée de l'individualisme par « *le réflexe du respect du prochain* ». Refusant l'effacement de l'individu devant la communauté, Ripert admet cependant dans des cas extrêmes l'existence de l'abus, sur la base d'un critère restrictif et d'ordre moral: l'intention de nuire (S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *L'abus dans les relations de droit privé*, ANRT, Lille, 2003, p. 18).

¹²²³ L. CADIEU, *op. cit.*, para. 26.

¹²²⁴ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des droits*, *op. cit.*, pp. 401 et 406.

¹²²⁵ *Idem*, p. 414.

¹²²⁶ Voir par exemple la définition donnée par G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2004, p. 6: « *Faute qui consiste à exercer son droit sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui ou, suivant un autre critère, à l'exercer en méconnaissance de ses devoirs sociaux* ».

restent d'actualité, même si les décisions de justice condamnent rarement ceux qui exercent leur droit de manière abusive au motif qu'ils ont détourné leur droit de sa finalité¹²²⁷.

Un critère nouveau de l'abus de droit concerne la distinction entre les limites externes et les limites internes du droit. « *Certains pouvoirs, décrits objectivement d'après leur nature ou leur objet sont accordés et d'autres refusés. Un propriétaire peut construire sur son terrain, il ne peut empiéter sur celui de son voisin...* »¹²²⁸. Les droits sont donc limités dans leur contenu, dans leur existence même. On parle ici des limites externes du droit. Mais le droit est limité aussi en ce qui concerne son exercice, ce qui implique des limites internes du droit. « *Dire qu'un propriétaire a le droit de construire sur son propre terrain ne signifie pas nécessairement qu'il peut construire n'importe quoi n'importe comment.* »¹²²⁹ Au dépassement des limites externes correspond l'hypothèse du défaut de droit; au franchissement des limites internes correspond l'abus de droit.

Quant à la sanction de l'abus de droit, on applique les règles de la responsabilité civile. Ceci ne signifie pas que la théorie de l'abus de droit soit « *une application pure et simple de la responsabilité civile* », mais qu'une fois l'abus établi selon ses critères propres, la responsabilité entre en jeu¹²³⁰. Le dommage produit doit être réparé de manière intégrale. Cette réparation se fait parfois en nature, mais il est assez fréquent qu'elle soit ordonnée en dommages - intérêts.

Initialement située sur le terrain de la responsabilité civile, la théorie de l'abus de droit s'est progressivement ouverte à d'autres mécanismes correcteurs. Parmi les sanctions autres que l'engagement de la responsabilité civile, nous retrouvons l'annulation d'un acte, son inopposabilité, la privation totale ou partielle du droit exercé abusivement, la suppression de la force obligatoire d'une clause contractuelle ou l'annulation d'une marque déposée frauduleusement¹²³¹. De plus, des amendes civiles ou des sanctions pénales peuvent renforcer le régime sanctionnateur de l'abus de droit.

Une autre observation en ce qui concerne le droit français porte sur la relation entre l'abus de droit et la fraude à la loi. La fraude consiste dans « *les manœuvres des individus qui, par ruse, tentent de tirer parti des règles juridiques afin de bénéficier d'un droit ou, plus généralement d'un avantage dont il ne devrait pas profiter* »¹²³². Pour qu'il y ait fraude, il faut remplir les conditions suivantes: a) la fraude est dirigée contre une règle obligatoire; b) l'existence de l'intention frauduleuse (la

¹²²⁷ L. CADIET, *op. cit.*, point 27.

¹²²⁸ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *op. cit.*, pp. 616-617.

¹²²⁹ *Ibidem*.

¹²³⁰ *Idem*, pp. 659-660; A. PIROVANO, *op. cit.*, p. 352.

¹²³¹ L. CADIET, *op. cit.*, para. 35.

¹²³² J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *op. cit.*, p. 663.

volonté d'éluider la règle obligatoire); c) le moyen employé pour tourner la règle doit être efficace¹²³³. Certains auteurs considèrent que la fraude à la loi est une notion plus générique et que correspond à l'abus lorsqu'elle est commise à l'occasion de droits subjectifs. Il faut souligner aussi la particularité terminologique de ces deux notions, parce qu'elles renvoient tant aux droits subjectifs (abus du droit, fraude aux droits des tiers), qu'au droit objectif (abus de droit, fraude à la loi), ce qui détermine une liaison étroite entre eux¹²³⁴. D'autres auteurs¹²³⁵ considèrent que si une très grande analogie existe entre les deux notions, il est assez rare que leurs domaines d'application puissent se recouvrir. L'abus de droit suppose l'exercice des prérogatives déterminées, tandis que la fraude ne se réalise pas en exerçant un droit, mais une liberté (par exemple, liberté de conclure un contrat). Ainsi l'application pure et simple de la théorie de l'abus de droit au cas de la fraude n'est pas techniquement adaptée.

Une ultime remarque vise le principe de la bonne foi. L'ancienne idée de la fonction correctrice de la *bona fides* a continué à exister, mais de façon peu visible, dissimulée sous la forme de *ratio decidendi* implicite dans certaines solutions jurisprudentielles¹²³⁶.

Nous avons vu que la notion d'abus de droit a fait l'objet de plusieurs manifestations, tant sur le plan jurisprudentiel, que doctrinal ou législatif. Et si au présent, la notion ne semble pas susciter de l'intérêt dans le droit français, cela ne peut être que la conséquence d'une stabilité définitive de l'institution de l'abus de droit. Finalement, l'encadrement de la théorie dans le droit français est caractérisée de manière éloquente par la citation suivante: « *l'histoire de la théorie de l'abus de droit n'est peut-être qu'une manifestation parmi d'autres de l'évolution générale des systèmes juridiques vers une plus grande souplesse dans l'application du droit* »¹²³⁷.

2) Le cas de la Belgique

Le droit civil belge a suivi le modèle français dans une grande partie des aspects, sans toutefois éviter l'apparition des particularités. Le droit belge connaît depuis longtemps la notion d'abus de droit. Il s'agit du célèbre arrêt de la Cour de Cassation belge, du 12 juillet 1917, où il est affirmé de manière claire « *qu'entre différentes façons d'exercer son droit, avec la même*

¹²³³ *Idem*, pp. 671-677.

¹²³⁴ L. CADIEU, *op. cit.*, para. 32.

¹²³⁵ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *op. cit.*, p. 689.

¹²³⁶ F. RANIERI, *op. cit.*, pp. 1081-1089.

¹²³⁷ L. CADIEU, *op. cit.*, point 6.

utilité, il n'est pas permis de choisir celle que sera dommageable pour autrui»¹²³⁸. Postérieurement, la Cour a renoncé à cette vision basée sur une conception subjective de l'abus. Ainsi, l'abus peut résulter « non seulement de l'exercice d'un droit avec la seule intention de nuire, mais aussi de l'exercice de ce droit d'une manière que dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente », ce qui nous amène vers une théorie plus objective que subjective de l'abus de droit¹²³⁹. L'abus de droit est « la manifestation d'une de ces grandes idées morales traditionnelles qui dominant et ont toujours dominé le droit »¹²⁴⁰.

Initialement, la majorité de la doctrine belge s'est rattachée au critère de la faute commise dans l'exercice du droit et a donc considéré l'abus de droit comme un cas de responsabilité civile¹²⁴¹. Cependant, tant la jurisprudence¹²⁴² comme la doctrine¹²⁴³ n'ont pas hésité à ajouter d'autres critères de l'abus de droit. Il s'agit en premier lieu du défaut d'intérêt légitime. En deuxième lieu, il s'agit d'un critère qui a gagné beaucoup de terrain face au critère de la faute dans l'exécution: la disproportion des intérêts en présence. Ce critère constitue aujourd'hui le critère « officiel » de l'abus de droit, accepté de manière majoritaire par la jurisprudence¹²⁴⁴ et la doctrine belge¹²⁴⁵. Le contenu de ce critère a été exprimé de manière claire par la Cour de Cassation, dans un arrêt de 30 janvier 1992¹²⁴⁶: « Il peut y avoir abus de droit lorsqu'un droit est exercé sans intérêt raisonnable et suffisant, notamment lorsque le préjudice causé est sans proportion avec l'avantage recherché ou obtenu par le titulaire du droit »¹²⁴⁷. Quant au critère du détournement du droit de sa finalité, il convient de souligner que ce critère est resté très secondaire en droit belge¹²⁴⁸.

¹²³⁸ Arrêt de la Cour de Cassation belge, 12 juillet 1917 cité par A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, « L'abus de droit dans la doctrine et la jurisprudence belge », in M. ROTONDI (sous la direction de), *Inchiesta di diritto comparato: L'abus de droit. L'abuso di diritto. The abuse of rights. El abuso de derecho. Der rechtsmissbrauch*, op. cit., p. 250.

¹²³⁹ Arrêt de la Cour de Cassation belge, 10 septembre 1971 cité par A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, op. cit., p. 252.

¹²⁴⁰ A. MEINERTZHAGEN – LIMPENS, op. cit., p. 243.

¹²⁴¹ J. VOYAUME, B. COTTIER, B. ROCHA, op. cit., p. 33 ; J. LIMPENS, R. M. KRUITHOF, A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, « Abuse of rights and disturbances affecting neighbours », in *Liability for one's own act*, International Encyclopedia of Comparative Law, 1979, p. 108.

¹²⁴² A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, op. cit., pp. 250-252.

¹²⁴³ *Idem*, pp. 246-248. Voir aussi L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, Bruylant, Bruxelles, 1991, pp. 88 et s.

¹²⁴⁴ Arrêt de la Cour de Cassation belge, 16 mai 2002, Pasicrisie Belge, 2002, n° 5-6, pp. 1169 - 1172.

¹²⁴⁵ P. A. FORIERS, « Note sur l'arrêt de la Cour de Cassation, 1^{re} chambre, 30 janvier 1992 », *RCJB*, 2^e trimestre, 1994, p. 198.

¹²⁴⁶ Arrêt de la Cour de Cassation belge, 1^{re} chambre, 30 janvier 1992.

¹²⁴⁷ Pour une analyse de l'abus de droit en matière contractuelle et sa relation avec le principe de bonne foi, voir P. A. FORIERS, op. cit., pp. 185-240 ; S. STINJS, D. VAN GERVEN, P. WERY, « Chronique de jurisprudence », *Journal des Tribunaux*, 1996, n° 5817, pp. 689 – 752, principalement pp. 701 – 708.

Il convient de mentionner que par son arrêt du 19 septembre 1983, la Cour de Cassation belge assigna clairement l'article 1134(3) du Code Civil comme fondement du principe de l'abus de droit en matière contractuelle. Voir commentaire de cet arrêt par J. L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », *RCJB*, 1986, pp. 285 – 316.

¹²⁴⁸ J. VOYAUME, B. COTTIER, B. ROCHA, op. cit., p. 33.

En ce qui concerne la sanction de l'abus, la même juridiction suprême a statué que celle-ci ne doit pas consister en la perte du droit mais « à imposer l'exercice ordinaire de ces droits ou à réparer le dommage résultant de cet abus »¹²⁴⁹.

3) Le cas des Pays-Bas

En droit néerlandais, l'abus de droit a une portée autonome et la valeur d'un principe général¹²⁵⁰. Quant aux critères retenus pour apprécier l'abus de droit, nous trouvons l'intention de nuire, le défaut d'intérêt légitime, la disproportion manifeste des intérêts en jeu et le non-respect de la finalité sociale du droit¹²⁵¹. Ces critères sont le résultat d'une évolution rapide de la jurisprudence des juridictions nationales. Une particularité importante du droit néerlandais est la codification de la notion d'abus de droit, lors de la révision du Code Civil néerlandais en 1982¹²⁵². Ainsi le nouveau Code Civil, dans son article 13 du Livre 3¹²⁵³, intitulé « *Du Droit patrimonial* », dispose: « *Le titulaire ne peut se prévaloir d'un pouvoir qui lui appartient dans la mesure où l'exercice de ce pouvoir constitue un abus* »¹²⁵⁴. Le Code Civil reprend les critères développés par la jurisprudence, sans que l'énumération soit exhaustive. Ainsi, « *un pouvoir peut être abusé, entre autres, du fait qu'on l'exerce dans le seul but de nuire à autrui ou dans un but différent de celui pour lequel est accordé, ou encore lorsque, devant la disproportion entre l'intérêt favorisé par son exercice et l'intérêt qui s'en trouve lésé, le titulaire n'aurait pu normalement arriver à la décision de l'exercer* ». Le législateur néerlandais utilise le terme de « *pouvoir* », « *bevoegdheid* » et pas « *recht* » qui se traduirait par le mot « *droit* », ce qui permettra aux juridictions nationales de juger de façon générale l'exercice abusif des droits.

¹²⁴⁹ Arrêt de la Cour de Cassation belge, 8 février 2001, Pasicrisie Belge, 2001, n° 2, pp. 244 – 246.

¹²⁵⁰ Cependant, pour une longue période, jusqu'à 1928, les Pays-Bas n'étaient pas favorables à la théorie de l'abus de droit. Voir J. LIMPENS, R. M. KRUITHOF, A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *op. cit.*, p. 107.

¹²⁵¹ J. VOYAUME, B. COTTIER, B. ROCHA, *op. cit.*, p. 34 ; J. LIMPENS, R. M. KRUITHOF, A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *op. cit.*, pp. 107-112.

¹²⁵² Sur le procès de révision du Code Civil néerlandais, voir G. MEIJER, S. Y.Th. MEIJER, « Influence of the Civil Code in Netherlands », *European Journal of Law and Economics*, n° 14, 2002, pp. 227-236 ; A. HARTKAMP, « Vers un nouveau Code Civil néerlandais », *RIDC*, 1982, n° 2, pp. 319-336 ; E.H. HONDIUS, « Recodification of the law in the Netherlands. The New Civil Code experience », *Netherlands International Law Review*, 1982, n°3, pp. 348 – 367.

¹²⁵³ Dans le Projet du Code Civil néerlandais, les dispositions sur l'abus de droit faisaient part d'un titre préliminaire, maintenant supprimé. Voir P. ZONDERLAND, « L'abus de droit et le titre introductif du projet de code civil néerlandais », in M. ROTONDI (sous la direction de), *Inchieste di diritto comparato : L'abus de droit. L'abuso di diritto. The abuse of rights. El abuso de derecho. Der rechtsmissbrauch*, *op. cit.*, pp. 483 – 499.

¹²⁵⁴ La traduction du Code Civil néerlandais a été prise du *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek Het Vermogensrecht / New Netherlands Civil Code. Patrimonial Law / Nouveau Code Civil Néerlandais. Le droit patrimonial*, traduit par P.P.C HAANAPPEL, E. MACKAAY, sous les auspices du Ministère de la Justice des Pays-Bas, Centre de Recherche en Droit Privé et Comparé du Québec, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer.Boston, 1990.

4) *Le cas de la Roumanie*

Les transformations politiques, sociales et économiques opérées après l'instauration du régime communiste paraissent marquer l'introduction définitive d'une notion objective de l'abus de droit¹²⁵⁵. Ainsi, le législateur socialiste roumain, suivant l'exemple des codes civils des républiques fédératives socialistes de l'Union Soviétique de 1923, a consacré en 1954 la conception objective de l'abus de droit¹²⁵⁶. L'article I du Décret n° 31 du 30 janvier 1954 sur les personnes physiques et les personnes morales prévoyait que « *Les droits civils des personnes physiques sont reconnus dans le but de satisfaire les intérêts personnels, matériels et culturels, d'accord avec l'intérêt général, conformément à la loi et aux règles de coexistence socialiste* ». L'article 3 soulignait que les droits « *peuvent être exercés seulement en conformité avec leur but économique et social* ». Cependant, tant la doctrine comme la pratique judiciaire, ont continué à prendre en compte l'élément subjectif de l'intention¹²⁵⁷. Il y a ainsi un abus de droit quand le titulaire du droit l'exerce avec mauvaise foi, dans un but autre que celui pour lequel la loi lui a octroyé ce droit¹²⁵⁸. D'autres auteurs, comme V. Pribac¹²⁵⁹ insistent sur l'absence d'un motif légitime.

Selon la conception roumaine, l'abus de droit est constitué par deux éléments. Dans un premier temps, il s'agit de l'exercice, avec mauvaise foi, du droit (élément subjectif). Dans un deuxième, il s'agit d'un élément objectif consistant dans l'exercice du droit dans un but étranger à sa finalité légale. Selon la doctrine, l'élément subjectif serait implicite car le fait même de ne pas respecter la finalité légale du droit subjectif impliquerait l'idée de faute¹²⁶⁰. Si le critère subjectif trouve son fondement légal dans l'article 723 du Code de Procédure Civile¹²⁶¹, l'élément objectif se fonde sur les articles 1 et 3 du Décret n° 31 du 30 janvier 1954.

¹²⁵⁵ Dans la période 1865 (date de l'adoption du Code Civil Roumain) – 1944, il n'y a pas eu de différences importantes entre la doctrine et la jurisprudence roumaines et la doctrine et la jurisprudence françaises. La similitude de la législation civile roumaine avec la législation civile française explique la grande influence que le droit français a eue sur le droit civil roumain et la notion d'abus de droit.

¹²⁵⁶ A. IONASCO, « L'abus de droit en Roumanie » in M. ROTONDI (sous la direction de), *L'abus de droit. L'abuso di diritto. The abuse of rights. El abuso de derecho. Der rechtsmissbrauch*, op. cit., p. 184.

¹²⁵⁷ I. DELEANU, *Drepturile subiective și abuzul de drept (Les droits subjectifs et l'abus de droit)*, Dacia, Cluj-Napoca, 1988, p. 66.

¹²⁵⁸ G. BOROI, *Drept civil. Partea generală (Droit civil. Partie générale)*, All Beck, Bucarest, 1999, p. 61; I. DELEANU, *Drepturile subiective și abuzul de drept*, op. cit., p. 51.

¹²⁵⁹ V. PRIBAC, *Abuzul de drept și contractele de muncă (L'abus de droit et les contrats de travail)*, Wolters Kluwer Romania, Bucarest, 2007, p. 45.

¹²⁶⁰ I. DELEANU, *Drepturile subiective și abuzul de drept*, op. cit., p. 71.

¹²⁶¹ « *Les droits procéduraux doivent être exercés avec bonne foi et dans le but pour lequel ces droits ont été reconnus par la loi. La partie qui use de ces droits d'une manière abusive répond pour les dommages provoqués* ». La doctrine et la jurisprudence ont considéré que ce texte peut s'appliquer aussi aux droits subjectifs substantiels (I. DELEANU, « Les repères de la doctrine et de la jurisprudence roumaines concernant l'exercice abusif des droits subjectifs » in P. WIDMER, B. COTTIER (sous la direction de), op. cit., p. 313.

Il existe aussi l'opinion selon laquelle l'abus de droit correspond au dépassement des limites internes du droit, tandis qu'un dépassement de limites externes correspond à l'absence du droit¹²⁶².

C) *La conception objective*

La caractéristique des pays qui ont adopté cette conception est que l'abus de droit est apprécié au regard des critères essentiellement objectifs. L'appréciation se penche moins sur le comportement vexatoire ou déraisonnable du titulaire du droit que sur l'acte lui-même et surtout sur son résultat. On se demande ainsi si l'acte est anormal ou excessif pour décider s'il y a ou non abus de droit. En tout cas, cela ne signifie pas qu'on ne prendra pas en compte les critères subjectifs, mais seulement que ces critères perdent leur prédominance¹²⁶³. Dans le cadre de cette section, nous analyserons les cas de l'Allemagne et de l'Espagne, comme pays adeptes de cette conception objective. Cependant ils présentent aussi des inflexions, des périodes où l'importance des critères subjectifs semble s'accroître.

1) *Le cas de l'Allemagne*

Une des premières tentatives de consécration législative de l'institution de l'abus de droit est le Code Civil allemand de 1900 (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB)¹²⁶⁴ dans son article 226 :

« L'exercice d'un droit n'est pas permis, lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui »¹²⁶⁵.

Même si cet article se résume seulement aux actes d'émulation, à la *Schikane*, il convient de souligner l'importance du fait que son champ d'application n'a pas été limité au seul droit de propriété, mais qu'au contraire il a bénéficié d'une extension à tous les droits subjectifs. Cependant l'application de cet article imposait l'intention de nuire comme élément exclusif de

¹²⁶² G. BOROI, *op. cit.*, p. 61.

¹²⁶³ J. VOYAUME, B. COTTIER, B. ROCHA, *op. cit.*, p. 34.

¹²⁶⁴ Pour une version actualisée du Code Civil allemand, voir la traduction à l'espagnol faite par A. LAMARCA MARQUÈS, *Código civil alemán y ley de introducción al código civil*, Marcial Pons, 2008.

¹²⁶⁵ Traduction par C. WITZ, *Droit privé allemand. 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec, Paris, 1992, p. 520..

l'abus de droit, ce que faisait quasiment impossible de prouver l'abus¹²⁶⁶. Pour cette raison, l'article 226 est tombé en désuétude¹²⁶⁷.

La jurisprudence a cherché un autre fondement sur la base duquel sanctionner l'abus. Ainsi, elle s'est tournée vers l'article 826¹²⁶⁸. Cet article dispose :

« *Quiconque intentionnellement cause dommage à un autre d'une manière qui porte atteinte aux bonnes mœurs est obligé envers cet autre à la réparation du dommage* »¹²⁶⁹.

Au-delà des doutes quant à la définition de ce qu'on comprend par « *acte contraire aux bonnes mœurs* », l'article 826 est discutable aussi en ce qui concerne la nécessité de l'élément subjectif en tant que constituant de l'abus de droit. Ainsi certains auteurs se sont posés la question de savoir si l'intention de nuire était nécessaire seulement pour fonder l'action en dommage ou si elle constituait l'élément qui convertissait en illicite l'exercice du droit dans un cas particulier. K. Larenz paraissait choisir la seconde option et considérait que l'exercice du droit était illicite à cause d'immoralité seulement quand cet exercice a été dirigé de manière perceptible contre la victime et que l'auteur a poursuivi ou au moins a admis passivement la production d'un préjudice aux droits de la victime¹²⁷⁰.

Par la suite, la jurisprudence a fait appel à l'article 242 du BGB qui dispose, à son tour, que : « *Le débiteur est obligé à accomplir sa prestation conformément aux réquisits de fidélité et bonne foi, prenant en considération les usages du commerce* ». Il s'agit de la codification du principe de bonne foi, connue dans le droit allemand sous la dénomination de *Treu und Glaube* (fidélité et confiance).

En ce qui concerne l'analyse de l'article 242 du Code Civil, l'historique du principe de la bonne foi apparaît comme nécessaire et adéquat. Il faut retourner à l'ancienne institution de l'*exceptio doli* du droit romain. Cette institution a continué à exister dans la doctrine juridique et dans la pratique judiciaire de l'Allemagne du XIX^{ème} siècle. Puis dans la première moitié du XX^{ème} siècle nous assistons à une application restreinte de cette notion et dans la deuxième

¹²⁶⁶ K. LARENZ, *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas (traduction), Madrid, 1978, p. 298. Cet auteur considérait que l'abus de droit exige que l'action ne puisse avoir d'autre finalité que celle de préjudicier à la victime. Mais dans la majorité des cas, il y a d'autres finalités poursuivies, ce que fait plus difficile encore la preuve de l'abus de droit et restreint son champ d'application.

¹²⁶⁷ J. VOYAUME, B. COTTIER, B. ROCHA, *op. cit.*, p. 35. Ces auteurs évoquent un célèbre arrêt de 3 de décembre 1909. Il s'agit du refus du père de laisser son fils entrer dans son jardin où était enterrée la mère. Le juge allemand a sanctionné le comportement vexatoire sur la base de l'article 226 du Code Civil. Il s'agit d'un des rares cas où l'article 226 a été invoqué avec succès.

¹²⁶⁸ L. Jossierand considérait que les articles 226 et 826 ont été élaborés sous l'empire des conceptions opposées et qu'ils ont, en conséquence, des champs d'application différents, « *le premier visant les abus commis dans l'exercice des droits définis, tandis que le deuxième est destiné à réprimer les abus inhérents à la réalisation de la liberté elle-même* ». De plus, Jossierand incluait le système juridique allemand dans le groupe des pays qui ont consacré une conception intentionnelle de l'abus, mais cette inclusion se justifie seulement si on prend en compte la perspective temporelle : il est postérieurement que les juridictions allemandes ont développé la conception objective de l'abus de droit sur la base de l'article 242 du Code Civil (*De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits, op. cit.*, pp. 284 – 286).

¹²⁶⁹ Traduction par L. JOSSERAND.

¹²⁷⁰ K. LARENZ, *op. cit.*, p. 299.

moitié du siècle, une grande majorité des auteurs nient l'existence même de celle-ci. Cependant la pratique judiciaire a fait de manière systématique recours à la figure de l'*exceptio doli* dans l'application du droit commun¹²⁷¹. Ainsi on observe une application croissante dans la jurisprudence allemande de l'idée selon laquelle l'exercice du droit fait d'une manière malicieuse et contrairement à la confiance provoquée dans l'autre partie, peut être empêché par un recours à la figure de l'*exceptio* ou de la *replicatio doli*. L'exemple classique est le développement de l'institution jurisprudentielle de la *Verwirkung*, selon laquelle celui qui retarde l'exercice d'un droit et suscite ainsi la confiance de l'autre partie dans le fait qu'il n'en fera plus usage, doit considérer son droit comme étant perdu, même si les délais de prescription ne sont pas encore expirés. Cette déchéance était justifiée par la jurisprudence soit sur la base de l'article 826, soit sur celle de l'article 242. Finalement, l'idée de la déchéance a été définitivement abandonnée pour se retrouver dans le principe de l'abus de droit (*unzulässige Rechtsausübung*), déduit à son tour d'une interprétation large de l'article 242¹²⁷².

Une analyse de la jurisprudence allemande nous permet de constater que ce n'est que vers les années 1920 et, particulièrement dans les années 1930, que le *Reichsgericht* a commencé à considérer l'article 242 comme un principe général, représentant aussi une limite pour l'application des normes légales. C'est dans la même période que les juges allemands ont commencé à faire recours à la notion d'abus de droit.

Nous constatons que la jurisprudence allemande n'a pas changé de manière radicale vis-à-vis des arrêts adoptés au début du XXème siècle. En effet, la jurisprudence ultérieure n'a fait que consolider les principes déjà affirmés. Ainsi sont apparus des « modèles stéréotypés », utilisés dans l'actuelle mise en œuvre de l'article 242. On remarque la tendance des juges allemands à faire une application extensive des principes de bonne foi et respectivement de l'abus de droit¹²⁷³. Ainsi le principe de bonne foi se verra appliqué non seulement aux obligations déjà contractées, mais aussi à la phase des négociations contractuelles ou aux relations juridiques spéciales de tout type. De la même façon, la bonne foi s'appliquera non seulement aux obligations, mais aussi aux droits, et dans ce cas elle dégénérera en abus de droit¹²⁷⁴.

¹²⁷¹ F. RANIERI, *op. cit.*, pp. 1064 – 1066 ; H. LEHMANN, *Derecho Civil. Parte General I*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, (traduction), pp. 162 – 163.

¹²⁷² F. RANIERI, *op. cit.*, pp. 1066 – 1067.

¹²⁷³ K. LARENZ, *op. cit.*, p. 59; F. RANIERI, *op. cit.*, pp. 1070 – 1071.

¹²⁷⁴ Sur l'extension du principe de bonne foi dans tous les domaines du droit, y compris le droit public, voir B. KAHL – WOLFF, « L'abus de droit en droit du travail allemand – un cas d'application », in P. WIDMER, B. COTTIER (sous la direction de), *op. cit.*, pp. 75 – 88. B. KAHL – WOLFF distingue à continuation entre trois catégories typiques d'application du principe de bonne foi : a) l'exécution des obligations contractuelles ; b) les cas classiques d'abus de droit, comme *venire contra factum proprium* ; c) le contrôle du contenu des contrats. L'abus de droit serait ainsi une des notions que découlent du principe de la bonne foi.

Très vite l'interdiction de l'abus de droit s'est affirmée comme l'un des corollaires les plus importants du principe de bonne foi. Au nom de l'abus de droit, les juges allemands ont sanctionné des cas très différents. Ainsi, à côté de l'exemple du *Verwirkung*, nous pouvons mentionner un autre cas d'abus de droit : il s'agit du cas d'une grossière disproportion entre les intérêts en présence, particulièrement lorsqu'un retard dans l'exécution du contrat a des graves conséquences pour le débiteur¹²⁷⁵.

Il convient de mentionner que s'est imposée dans la jurisprudence allemande la règle selon laquelle « *le fait de faire valoir une position juridique formelle d'une manière contraire aux relations et aux liaisons de confiance créées dans les rapports réciproques constitue un venire contra factum proprium et donc [...] un abus de droit* »¹²⁷⁶. Le principe de bonne foi, fondée sur l'article 242, est devenu ainsi « *un remède pour assurer la légitimation formelle de toute une série de solutions équitables* »¹²⁷⁷. Cependant la doctrine juridique allemande contemporaine a exprimé ses doutes quant au recours à la formule traditionnelle et extensive de l'application du principe de bonne foi. Ainsi, certains auteurs mettent l'accent sur la nécessité d'encadrer les résultats obtenus par le droit appliqué dans une analyse précise des intérêts en conflit¹²⁷⁸.

Dans la concrétisation des différentes fonctions que l'article 242 BGB peut remplir, l'œuvre du F. Wiecker, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB* (ou *Le principe général de la bonne foi*¹²⁷⁹) de 1955 joue en rôle important. Parmi les fonctions de l'article 242 BGB¹²⁸⁰, Wiecker distingue la fonction de maxime de conduite éthique – juridique, qui correspond à l'ancienne figure de l'*exceptio doli*. Dans le cadre de cette fonction, deux institutions attirent notre attention : d'une part, *venire contra factum proprium* et, d'autre part, *inciviliter agere* ou action judiciaire clairement injuste et non justifiée. Sur la première institution nous ne revenons plus et nous renvoyons aux explications antérieures.

Quant à l'*inciviliter agere*, le principe serait qu'on prive l'auteur de l'exercice de son droit pour le fait d'avoir abandonné le standard juridique. Ce principe ne peut pas être réduit ni au « *sentiment juridique de la déloyauté* », ni « *à l'objective disproportion entre les intérêts du demandeur et ceux de l'adversaire* »¹²⁸¹. En ce sens, l'auteur considère¹²⁸² :

¹²⁷⁵ J. VOYAUME, B. COTTIER, B. ROCHA, *op. cit.*, p. 35.

¹²⁷⁶ F. RANIERI, *op. cit.*, p. 1068.

¹²⁷⁷ *Ibidem*, p. 1069.

¹²⁷⁸ *Ibidem*, p. 1071.

¹²⁷⁹ Notre traduction du titre à partir de la traduction espagnole. L'œuvre du Franz Wiecker a été traduit en espagnol en 1977 : F. WIECKER, *El principio general de la buena fe*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1977.

¹²⁸⁰ Conformément à l'opinion exprimée par F. Wiecker, les fonctions du principe de bonne foi seraient : a) l'article 242 en tant que concrétion d'un plan légal d'ordre (*officium iuris*), b) l'article 242 en tant que maxime de conduite éthique – juridique, c) l'article 242 en tant que moyen de rupture éthique – juridique du Droit légal (F. WIECKER, *op. cit.*, pp. 49 – 85).

¹²⁸¹ F. WIECKER, *op. cit.*, p. 71.

¹²⁸² *Ibidem*, pp. 71 – 72.

« La portée plus ample que l'exception d'exercice inadmissible d'un droit » reçoit aujourd'hui dans la pratique comme conséquence de la résignation face à la mentionnée censure, a un fondement légitime : l'article 242, en réalité, doit substituer le principe plus général de l'abus de droit ou, plus exactement, le principe des limites sociales des droits subjectifs privés, en contraposition avec le problème intersubjectif des limites de la prétention face au sujet passif »¹²⁸³.

Même si l'auteur accepte que l'article 242 BGB permette la sanction de l'abus de droit, il considère qu'il serait plus approprié assurer à cette dernière notion une « position institutionnelle indépendante entre les problèmes fondamentaux du Droit privé », comme dans le droit suisse¹²⁸⁴. De leur côté, S. Whittaker et R. Zimmermann considèrent que l'abus de droit ne constitue pas en droit allemand une institution distincte de l'article 242 BGB, mais au contraire une sous-catégorie des cas couverts par cette disposition¹²⁸⁵.

L'exercice d'un droit est contraire à la bonne foi non seulement quand il est utilisé dans une finalité objective ou dans une fonction économique-sociale distincte de celle pour laquelle le droit a été attribué, mais aussi quand le droit est exercé d'une manière ou dans des circonstances que le fait déloyal. Le dépassement de la bonne foi convertit l'exercice du droit dans un exercice inadmissible et antijuridique, dit Luis Díez – Picazo dans sa préface au livre du Franz Wiecker¹²⁸⁶.

L'abus de droit en tant que dégénérescence du principe de la bonne foi s'érige dans une notion objective. Cette objectivité n'est que l'héritage du principe du quel il dérive. En tant que standard ou modèle idéal de conduite sociale, le principe de bonne foi a un caractère objectif¹²⁸⁷.

En guise de conclusion :

« All in all, therefore, §242 is neither “queen of rule” nor “baneful plague” but an invitation, or reminder, for courts to do what they do anyway and have always done : to specify, supplement and modify law, i.e. to develop it in accordance with the perceived needs of their time »¹²⁸⁸.

¹²⁸³ Notre traduction.

¹²⁸⁴ *Ibidem*, p. 72.

¹²⁸⁵ S. WHITTAKER, R. ZIMMERMANN, « Good faith in European contract law : surveying the legal landscape », in S. WHITTAKER, R. ZIMMERMANN, *Good faith in European contract law*, Cambridge University Press, 2000, p. 24.

¹²⁸⁶ F. WIECKER, *op. cit.*, p. 20.

¹²⁸⁷ S. WHITTAKER, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 30.

¹²⁸⁸ *Ibidem*, p. 32 : « En effet, en conséquence, l'article 242 n'est pas « la reine des normes » ni « une plague nuisible » mais une invitation, ou rappel, pour les cours de faire ce qu'elles font et ont toujours fait : de spécifier, compléter et modifier le droit, c'est-à-dire de le développer en conformité avec les besoins appréhendés de l'époque » (notre traduction).

2) *Le cas de l'Espagne*

Jusqu'à la réforme du Titre préliminaire du Code Civil en 1974, en Espagne la notion d'abus de droit n'a pas fait l'objet d'une consécration dans des textes légaux. Il y avait seulement des références ponctuelles dans des matières concrètes¹²⁸⁹. La doctrine commençait à s'intéresser à la notion à partir de 1915, et particulièrement avec la publication en 1917 de l'œuvre de José Calvo Sotelo, *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*¹²⁹⁰. Cependant, la jurisprudence continua à ignorer ou rejeter la notion d'abus de droit jusqu'à une timide admission en 1942 et une définitive application générale à partir de 1944. Finalement, la doctrine et la jurisprudence constante ont déterminé la consécration législative de la notion d'abus de droit, par l'intermédiaire de l'article 7 du Code Civil espagnol.

Avant l'introduction de l'article 7, la condamnation de l'abus de droit se faisait exclusivement sur la base de l'article 1902 du Code Civil : « *El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado* »¹²⁹¹. On exigeait ainsi la condition de causer un préjudice, *animus nocendi*, ce qu'a amené la jurisprudence au critère subjectif de l'intention de préjudicier. Ainsi, dans une première étape, nous pouvons parler de l'existence en droit espagnol d'une conception subjective de l'abus de droit¹²⁹².

L'étape fondamentale de l'accueil de la notion d'abus de droit dans le système juridique espagnol a été l'arrêt de la Cour Suprême de 14 février 1944. Les faits de l'affaire étaient les suivants : l'Administration de la Ville de Barcelone avait concédé à une entreprise privée (*Consorcio de la Z.F. de B.*) le droit exclusif d'extraire du sable de l'une des plages municipales. L'activité exercée par le concessionnaire a très rapidement causé une diminution de la surface de la plage, et en conséquence, la disparition des défenses naturelles contre la mer. À la suite d'un orage violent, les vagues ont causé des dommages considérables aux installations d'une entreprise électrique (*C. de G. y E., Sociedad Anónima*) établie derrière la plage en question. La Cour Suprême devait, au nom de l'abus de droit, condamner le concessionnaire à dédommager l'entreprise électrique, même si elle n'a pas outrepassé les droits qu'on lui avait

¹²⁸⁹ Pour des exemples, voir F. FERNANDEZ DE VILLAVICENCIO, « El abuso del derecho en la doctrina y en la jurisprudencia españolas », in M. ROTONDI, *Inchieste di diritto comparato : L'abus de droit. L'abuso di diritto. The abuse of rights. El abuso de derecho. Der rechtsmissbrauch*, Cedam, Padova, 1979, pp. 77-78.

¹²⁹⁰ « *La doctrine de l'abus de droit comme limitation du droit subjectif* » (notre traduction). J. CALVO SOTELO, *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*, Libr. V. Suarez, 1917.

¹²⁹¹ « *Celui qui par action ou omission produit, avec faute ou négligence, un dommage à un tiers, doit réparer le dommage causé* » (notre traduction).

¹²⁹² F. FERNANDEZ DE VILLAVICENCIO, *op. cit.*, p. 80.

octroyés. L'importance de l'arrêt dans la consécration de la notion d'abus de droit en Espagne nous détermine à citer certains paragraphes¹²⁹³ :

« Considerando: que el clásico axioma “qui iure suo utitur neminem laedit”, proclamado en las fuentes romanas (Digesto, Libro 50, título XVII, fragmentos 55, 151 y 155) y que plasmó, dentro de nuestro derecho histórico, en la regla “non fase tuerto a otro, quien usa de su derecho” [...], quiere decir que el ejercicio del derecho es lícito aun cuando, merced a él, se lesionen simples intereses de terceras personas. [...]»

Considerando: que la doctrina moderna, en trance de revisar y, en cuanto sea necesario, rectificar los conceptos jurídicos, impulsada por las nuevas necesidades de la vida práctica y por una sana tendencia de la humanización del derecho civil, ha elaborado la teoría llamada del abuso del derecho, sancionada ya en los más recientes ordenamientos legislativos, que considera ilícito el ejercicio de los derechos cuando sea abusivo; [...]es lo cierto e innegable, de todos modos, que tales dudas o divergencias, no pueden borrar la conformidad sustancial del pensamiento jurídico moderno en torno a la idea de que los derechos subjetivos, aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teleológico y social, y incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para terceros o para la sociedad »¹²⁹⁴.

Il s'agit d'un véritable revirement jurisprudentiel, un très fort changement de position de la part du juge espagnol, sur le fond de l'acceptation timide de la notion d'abus de droit par un arrêt de 13 de juin de 1942¹²⁹⁵. L'Espagne passe ainsi d'un bond du refus de reconnaître l'abus de droit à sa reconnaissance la plus large. Le principe du « *qui iure suo utitur, neminem laedit* » perd son caractère absolu et doit être tempéré par la doctrine de l'indemnisation du dommage causé dans l'exercice abusif d'un droit¹²⁹⁶.

¹²⁹³ Voir considérants n° 2 et 3 de l'arrêt.

¹²⁹⁴ « Attendu que le classique précepte “qui iure suo utitur neminem laedit”, proclamé par les sources romaines (Digesto, Libro 50, título XVII, fragmentos 55, 151 y 155) et qui a créé, dans notre droit historique, la règle « ne dommage à un tiers, celui qui use de son droit » [...] signifie que l'exercice du droit est licite même si, grâce à lui, des simples intérêts des tiers sont endommagés.

Attendu que la doctrine moderne, en voie de rénovation et, le cas échéant, de rectifier les concepts juridiques, impulsée par les nouveaux besoins de la vie quotidienne et par une tendance saine de l'humanisation du droit civil, a élaboré la théorie appelée de l'abus de droit, sanctionnée déjà dans les plus récents ordres juridiques, qui considère comme illicite l'exercice abusif des droits ; [...] il est certain et irréfutable, de toute façon, que telles doutes ou divergences ne peuvent pas effacer la conformité substantielle de la pensée juridique moderne autour de l'idée que les droits subjectifs, au-delà de ses limites légales, fréquemment précisées de manière déficiente, ont aussi de limites d'ordre morale, téléologique et social, et il est tenu responsable celui qui, agissant sous la protection d'une légalité externe et d'une apparent exercice de son droit, excède, en réalité, les limites imposées par l'équité et la bonne foi, en produisant des dommages à des tiers ou à la société » (notre traduction).

¹²⁹⁵ Voir considérant n° 5 de l'arrêt.

¹²⁹⁶ J. M. MARTÍN BERNAL, *op. cit.*, p. 104.

La Cour Suprême accueille les critères adoptés par la doctrine, c'est-à-dire : a) usage d'un droit, objectif ou légal ; b) dommage à un intérêt non-protégé par une norme juridique spéciale ; c) caractère immoral ou antisocial du dommage, manifesté de manière subjective (quand le droit s'exerce avec l'intention de préjudicier ou sans un objectif sérieux et légitime) ou objective (quand le dommage provient d'un excès ou anormalité dans l'exercice du droit). La nécessité d'un dommage se justifie par le fait que le juge espagnol se penche sur l'article 1902 du Code Civil pour sanctionner le comportement abusif. Ainsi, s'il n'y a pas dommage, il n'y a pas abus¹²⁹⁷. L'énumération de ces conditions de l'abus de droit sera reprise de manière fréquente dans les arrêts postérieurs, en restant en général fidèle à la conception initiale de la notion¹²⁹⁸.

Quant à la doctrine espagnole, les opinions sont restées partagées et on pouvait distinguer entre deux grands courants (déjà classiques du point de vue de leur existence dans les autres systèmes juridiques européens) : la conception subjective (dont le critère essentiel était celui de l'intention de nuire ou de l'absence d'un intérêt sérieux et légitime) et la conception objective (fondée sur le critère du détournement de la fin économique et sociale du droit)¹²⁹⁹. Ou bien un mélange des éléments de ces deux conceptions pour mettre en place une nouvelle conception éclectique. Conformément à cette dernière, l'abus de droit se détermine tant sur la base des facteurs subjectifs (l'intention de causer un préjudice) qu'objectifs (le caractère antisocial du comportement)¹³⁰⁰.

La réforme du Titre Préliminaire du Code Civil en 1974 consacre dans l'article 7, paragraphe 2, la notion d'abus de droit :

« La loi ne protège pas l'abus de droit ou l'exercice antisocial du droit. Tout acte ou omission qui, par l'intention de son auteur, par son objet ou par les circonstances dans lesquelles il se réalise, dépasse manifestement les limites normales de l'exercice d'un droit, avec préjudice pour un tiers, donne lieu aux dommages-intérêts et à la prise des mesures judiciaires ou administratives pour empêcher la persistance de l'abus » (notre traduction).

La première observation vise l'insertion de l'article sous-mentionné dans le Titre Préliminaire ce qui fait de l'abus de droit un principe transversal de l'exercice des droits. La

¹²⁹⁷ F. FERNANDEZ DE VILLAVICENCIO, *op. cit.*, p. 83; M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 57-58.

¹²⁹⁸ M. PASQUAU LIANO, « Eficacia general de las normas jurídicas », in *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil. Tomo I*, Granada, 2000, pp. 79-80; J. M. MARTÍN BERNAL, *op. cit.*, pp. 104 – 106.

¹²⁹⁹ F. RIVERO HERNÁNDEZ, « Comentario del Capítulo III. Eficacia general de las normas jurídicas », in J. RAMS ALBESA, R. M. MORENO FLÓREZ (sous la direction de), *Comentarios al Código Civil I. Título preliminar*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 230 – 231.

¹³⁰⁰ M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, « Comentario del artículo 7 », in M. ALBADEJO, S. DÍAZ ALABART (sous la direction de), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Tomo I, Vol. 1º*, Editorial Revista del Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, pp. 904 – 906.

notion d'abus de droit sera d'application générale à toutes les branches du droit : « *tant l'abus comme la fraude sont des maladies du droit, non inventées sinon authentiques. L'un comme l'autre attaquent tous les secteurs juridiques : aucun d'eux peut croire qu'il peut rester immune devant une maladie aussi nocive* »¹³⁰¹. La deuxième remarque se réfère au fait que la consécration de l'interdiction de l'abus a été incluse dans le même article que le principe de la bonne foi. En effet, l'article 7(1) dispose : « *Les droits doivent être exercés conformément aux exigences de la bonne foi* ».

La relation entre l'abus de droit et la bonne foi apparaît controversée. Si certains auteurs¹³⁰² voient l'abus en tant qu'une des formes de manifestation de la bonne foi, à côté de l'interdiction d'agir contre les propres actes et le retrait déloyal¹³⁰³, d'autres¹³⁰⁴ considèrent que même si l'abus de droit suppose une action contraire à la bonne foi, il ne peut pas être réduit à la « *mala fe* »¹³⁰⁵. L'abus de droit est aussi un principe, mais qui se veut plus concret et dont les propres conditions et les conséquences qu'il détermine le distinguent nettement de la bonne foi¹³⁰⁶.

Élément correcteur de l'automatisme de la loi¹³⁰⁷, le principe de la bonne foi, qu'on prenne en compte ou non la dichotomie déjà célèbre subjectif – objectif, est une des limites génériques, institutionnelles ou intrinsèques des droits. Il s'agit d'un « *standard juridique* », « *una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado* »¹³⁰⁸ (une conduite que la conscience sociale exige qu'elle soit conforme avec un impératif étique donné)¹³⁰⁹. La distinction entre les deux principes implique qu'aux actes considérés comme abusifs s'appliquera de manière indépendante l'article 7 (2), sans attirer la mise en œuvre aussi de l'article 7 (1)¹³¹⁰.

Maintenant revenons à l'analyse de l'article 7 (2). Le trait essentiel de la notion d'abus de droit, tel qu'il dérive de l'analyse de l'article mentionné, est le caractère anormal de

¹³⁰¹ J. M. MARTÍN BERNAL, *El abuso del derecho*, *op. cit.*, p. 242 (notre traduction).

¹³⁰² M. PASQUAU LIAÑO, *op. cit.*, p. 71.

¹³⁰³ Dans un sens contraire à l'idée que l'abus de droit et le retrait déloyal soient des notions distinctes, voir arrêt de l'*Audiencia Provincial de Sevilla*, de 22 février 2006 : « *para que pueda aplicarse la doctrina del retraso desleal [...] es preciso que se constate de manera clara, terminante y manifiesta una actuación contraria a la buena fe, un ejercicio abusivo del derecho en perjuicio de tercero que carezca de causa que lo justifique* ».

¹³⁰⁴ M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, *op. cit.*, p. 895.

¹³⁰⁵ Voir arrêt du Tribunal Suprême du 13 juin 2002, STS n° 593/2002 qui dispose : « *[...] los artículos 7 y 1282, preceptos heterogéneos, mezclando cuestiones diversas – buena fe, abuso de derecho, interpretación -, lo que no es admisible [...]* ».

¹³⁰⁶ Cependant, la confusion entre abus de droit, bonne foi et d'autres institutions, comme la fraude ou l'équité, se manifeste dans la jurisprudence espagnole. Voir par exemple les arrêts du Tribunal Suprême cités par M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, *op. cit.*, pp. 882 – 887.

¹³⁰⁷ M. PASQUAU LIAÑO, *op. cit.*, p. 70; J. M. MARTÍN BERNAL, *op. cit.*, pp. 187 – 201. Pour une analyse complète du principe de bonne foi en droit espagnol, voir D. M. FERREIRA RUBIO, *La buena fe. El principio general en el derecho civil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1984 ; J. L. DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*, Bosch, Barcelona, 1965.

¹³⁰⁸ M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, *op. cit.*, pp. 888 – 889.

¹³⁰⁹ Notre traduction.

¹³¹⁰ M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, *op. cit.*, p. 895.

l'exercice du droit, ce qui fait que le système juridique espagnol adopte la conception objective. La distinction entre le caractère normal et anormal se fait sur la base de certains éléments : l'intention du titulaire du droit¹³¹¹, l'objet (la finalité) ou les circonstances qui accompagnent l'exercice du droit.

La prise en considération de l'intention de nuire fait de l'abus de droit une notion voisine à la responsabilité civile. En tout cas il ne faut pas oublier qu'avant la réforme du Code Civil, la condamnation de l'abus se faisait sur la base de l'article 1902 du Code Civil. Il est légitime de s'interroger où se trouve la ligne de démarcation entre les deux notions. La doctrine offre la réponse suivante : l'abus de droit peut être constaté même s'il n'y a pas de dommage, différence majeure par rapport aux conditions de la responsabilité civile. De plus, l'abus suppose nécessairement l'existence d'un droit, condition qui n'est pas obligatoirement exigée pour l'engagement de la responsabilité civile.

Le concept d'anormalité se définit par son opposition avec ce que serait l'exercice normal. Ce qui dépasse ce dernier est un exercice anormal. Mais se pose une autre question : qu'est-ce que c'est l'exercice normal d'un droit ? L'exercice normal est celui qui s'encadre dans le contenu du droit, que s'effectue en accord avec le pouvoir (l'ensemble des prérogatives, la légitimité active pour agir) que chaque droit octroie. En tout cas, l'exercice normal ne vaut pas à l'exercice conforme à la loi, c'est-à-dire celui qui respecte la lettre de la loi. Et l'exercice anormal se distingue de l'absence du droit¹³¹². Le contrôle du caractère normal d'un acte doit se faire sur des critères objectifs, dit Martín Bernal¹³¹³.

Un autre problème que soulève la rédaction de l'article 7 (2), est constitué par la distinction exercice antisocial – exercice abusif. La jurisprudence antérieure à la réforme du Code Civil s'était inclinée vers une identité entre les deux notions. Cependant, après la réforme, nous constatons un revirement de la jurisprudence, dans le sens que la Cour Suprême considérerait qu'il s'agit de deux concepts distincts, mais « *les différences sont tant subtiles et de nuance, qu'on peut affirmer qu'ils manquent de transcendance pratique* »¹³¹⁴.

La jurisprudence postérieure à la réforme du code civil de 1974 a évolué vers une conception restrictive de l'abus de droit. Ainsi la Cour Suprême commence à substituer les critères du caractère anormal de l'exercice du droit et du manque de correspondance entre

¹³¹¹ La prise en compte de l'intention du titulaire par l'article 7 (2), ont déterminé certains auteurs (par exemple, M. C. GETE-ALONSO Y CALERA) à considérer qu'en droit espagnol la conception sur l'abus de droit est une conception éclectique, combinant tant des éléments de nature subjective que de nature objective. Cependant la prépondérance du critère du caractère anormal de l'exercice du droit nous conduirait à voir l'abus de droit en tant qu'une notion objective.

¹³¹² M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, *op. cit.*, pp. 919- 920.

¹³¹³ J. M. MARTÍN BERNAL, *op. cit.*, pp. 230 – 235.

¹³¹⁴ M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, *op. cit.*, pp. 907 – 908.

l'intérêt poursuivi par le titulaire du droit et l'intérêt que le législateur a voulu protéger, par l'intention de préjudicier, et en général finit par se résumer à l'application de l'abus à des cas « *patentes* »¹³¹⁵. Un bon exemple de l'évolution vers une conception restrictive et subjective de l'abus est l'arrêt du Tribunal Suprême de 11 d'avril de 1995 (reprise par l'arrêt du 29 juin 2001¹³¹⁶) :

*« A partir de la señera Sentencia de 14 febrero 1944, la posterior doctrina jurisprudencial va desarrollando y perfilando la figura del abuso del derecho, concretando su esencia en la naturaleza antisocial del daño causado a un tercero, manifestada tanto en su forma subjetiva (intención de perjudicar, o sin la existencia de un fin legítimo) como en su aspecto objetivo (anormalidad en el ejercicio del derecho). En la evolución posterior de esta doctrina se concreta más el concepto, exigiéndose que el ejercicio del derecho se haga con la intención decidida de dañar, utilizando el derecho de un modo anormal, y sin que resulte provecho alguno para el agente que lo ejercita; como remedio extraordinario que es, la jurisprudencia viene declarando que sólo se puede acudir a esta doctrina en los casos patentes y manifiestos »*¹³¹⁷.

L'abus de droit obtient ainsi un caractère exceptionnel et doit faire l'objet d'une interprétation restrictive¹³¹⁸.

La jurisprudence récente va plus loin dans la précision des éléments de l'abus : « *cette construction juridique, déjà consolidée, exige les conditions essentielles suivantes : a) Une action apparemment correcte qui indique un dépassement des limites du droit et que la loi doit priver de protection ; b) L'action produit effets dommageables ; c) La dite action produit une réaction du sujet passif, concrétisée dans le fait qu'il peut soulever une prétention de cessation et d'indemnisation »*¹³¹⁹. Nous remarquons ici un retour à l'objectivation de la notion d'abus de droit, où l'élément intentionnel reste secondaire.

Puis, par deux arrêts de 25 mars 2004¹³²⁰ et respectivement de 25 janvier 2006¹³²¹, le Tribunal Suprême revient à la formule utilisée dans l'arrêt de 14 février 1944. Ainsi, le Tribunal Suprême décide que « *no resulta imprescindible el elemento subjetivo – intención de dañar –*

¹³¹⁵ M. PASQUAU LIANO, *op. cit.*, p. 80.

¹³¹⁶ STS n° 647/2001.

¹³¹⁷ « *A partir de l'arrêt de 14 février 1944, la jurisprudence postérieure a développé et profilé la figure de l'abus de droit, en concrétant son essence dans la nature antisociale du dommage causé à un tiers, manifestée tant en sa forme subjective (l'intention de préjudicier ou sans l'existence d'un but légitime) comme en son aspect objectif (anormalité dans l'exercice du droit). Dans l'évolution postérieure de la jurisprudence le concept s'est concrétisé plus, dans le sens où on exige que l'exercice du droit se fasse avec l'intention ferme de préjudicier, en utilisant le droit d'une façon anormal, et sans profiter au sujet qui l'exerce ; la jurisprudence établit que, en s'agissant d'un remède extraordinaire, l'appel à cette doctrine ne se peut faite que dans des cas patents et manifestes »* (notre traduction).

¹³¹⁸ Voir arrêt de la Cour Suprême du 5 mars 2004, STS n° 156/2004.

¹³¹⁹ Arrêts de la Cour Suprême du 6 février 1999, STS n° 63/1999 et du 14 mai 2002, STS n° 439/2002 (notre traduction).

¹³²⁰ STS n° 236/2004.

¹³²¹ STS n° 44/2006.

para que un derecho pueda entenderse ejercido en forma abusiva, pues basta para ello que las circunstancias en que se pretenda su realización resulten objetivamente injustificadas »¹³²².

Il convient de mentionner aussi que certains arrêts retiennent, dans l'appréciation du caractère abusif de l'exercice d'un droit, le principe de proportionnalité entre l'intérêt poursuivi et le dommage causé¹³²³.

Les concepts de fraude à la loi et d'abus de droit sont intimement liés¹³²⁴. Cependant, il s'agit de deux notions distinctes, ce qui dérive du fait que le Code Civil consacre toutes les deux notions, mais dans des dispositions séparées : l'abus dans l'article 7 (2), et la fraude dans l'article 6 (4). Ainsi il y a une plus forte liaison entre l'abus et la bonne foi, qu'entre l'abus et la fraude, si nous prenons en compte une interprétation systématique des normes¹³²⁵. La distinction entre les deux notions se pourrait faire de la manière suivante : l'abus suppose un exercice anormal, antisocial, d'un droit, avec un dommage aux droits des tiers. En cas de fraude à la loi, l'infraction vise le non-respect du droit objectif et ne suppose ni l'intention de nuire ni un préjudice pour un tiers. Par la fraude à la loi, on enfreint un intérêt général.

Quant à la fraude, l'article 6 (4) du Code Civil dispose : « *Les actes réalisés sous la couverture des mots d'une norme, qui poursuivent un résultat interdit par l'ordre juridique, ou contraire à lui, sont considérés exécutés en fraude à la loi et n'empêcheront pas la due application de la norme qu'on a tenté d'é luder* »¹³²⁶. Ainsi les conditions de la fraude à la loi sont : a) des actes contraires à la finalité de la loi fraudée; b) la loi fraudée, correctement appliquée, voulait éviter la réalisation du résultat obtenu ; c) la loi qu'on voulait appliquer aux actes n'avait pas comme objectif de protéger ces actes¹³²⁷.

La fraude à la loi a un champ d'application assez large. Le cas le plus intéressant est certainement celui de la fraude à la loi en droit international privé. L'article 12 (4), du Code Civil établit : « *Est considérée comme fraude à la loi l'utilisation d'une norme de conflit avec le but d'é luder une loi impérative espagnole* ». ¹³²⁸ Cette disposition est critiquable pour deux raisons. D'une part, la disposition citée se limite à décrire la fraude, sans établir la sanction correspondante. D'autre

¹³²² L'élément subjectif – l'intention de préjudicier – n'est pas nécessaire pour qu'un droit soit entendu comme exercé de manière abusive, puisqu'il suffit que les circonstances de sa réalisation soient objectivement injustifiées. (Notre traduction)

¹³²³ Voir par exemple l'arrêt de la Cour Suprême du 20 février 1997.

¹³²⁴ T. ROSEMBUJ, *El fraude de ley y el abuso de las formas en el derecho tributario*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1994, pp. 34 – 36.

¹³²⁵ F. FERNANDEZ DE VILLAVICENCIO, *op. cit.*, p. 85.

¹³²⁶ Notre traduction.

¹³²⁷ F. RIVERO HERNÁNDEZ, *op.cit.*, p. 208; M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *op.cit.*, pp. 76-81; T. ROSEMBUJ, *op. cit.*, pp. 19 – 29.

¹³²⁸ Notre traduction.

part, elle se réfère seulement à la fraude à la loi impérative espagnole, sans prendre en considération le cas de la fraude à la loi impérative étrangère.

En interprétant conjointement les articles 6 (4), et 12 (4), la sanction de la fraude à la loi, plus exactement à la norme de conflit, consiste dans l'application même de la norme matérielle qu'on a tenté d'éluider, c'est-à-dire la norme à laquelle renvoyait la norme de conflit¹³²⁹.

En ce qui concerne la deuxième critique apportée à l'article 12 (4), il convient de souligner que la doctrine espagnole s'est prononcée dans le sens d'une interprétation extensive de cet article. La justification serait que l'article 12 (4) est une norme impérative et que la fraude à la loi impérative étrangère signifierait aussi une fraude à la première norme mentionnée¹³³⁰.

D) Ignorance de la notion d'abus de droit

Parmi les pays qui ignorent l'institution de l'abus de droit, un groupe se profile : celui des pays dits de « *common law* ». Ces pays ne connaissent pas, ni dans la jurisprudence, ni dans la doctrine, « *de correctif général empêchant le titulaire d'un droit de l'exercer à outrance* »¹³³¹.

L'inexistence de la notion d'abus de droit tient à la base la conception purement individualiste ou absolutiste des droits : « *les droits sont [...] des moyens d'action dont on peut se servir jusqu'au bout, des armes susceptibles d'une utilisation quelconque, dans les limites objectives tracées par la loi ou par la coutume* »¹³³². Dans le même sens, « *en droit anglais, il est définitivement établi qu'un acte qui, sans cela, serait légitime, bien que nuisible, ne donne pas droit à intenter une action pour la seule raison qu'il a été accompli malicieusement, en ce sens qu'il avait un mauvais motif et qu'il était accompli dans l'intention de gêner autrui ou de lui nuire* »¹³³³. « *C'est la loi de Darwin se réalisant dans le domaine juridique ; les droits assurent le jeu de la concurrence vitale, ils réalisent la sélection de l'espèce par l'élimination des faibles, par le triomphe des plus forts et des plus avisés* »¹³³⁴.

À différence des autres branches du *common law*, et en raison de son développement historique, le droit écossais permettait à la victime d'un comportement outrancier de son voisin d'invoquer le « *tort of use of land in aemulationem vicini* ». La première affaire traitant de la question de l'abus de droit date de l'année 1679, *Falconer v. Glenbervie*. La doctrine de

¹³²⁹ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SANCHEZ LORENZO, *op. cit.*, p. 131.

¹³³⁰ *Ibidem*, p. 135.

¹³³¹ J. VOYAUME, B. COTTIER, B. ROCHA, *op. cit.*, p. 38.

¹³³² L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des droits*, *op. cit.*, p. 301.

¹³³³ *Ibidem*, p. 302.

¹³³⁴ *Ibidem*, p. 303.

L'« *aemulatio vicini* » opère ainsi une limitation de la nature absolue du droit de propriété. Plus tard, en XIX^{ème} siècle, une véritable doctrine de l'abus de droit a été construite en droit écossais en matière de droit de propriété¹³³⁵. Cependant, dans le droit moderne de l'Écosse, la notion disparaît¹³³⁶. La principale cause fut la jurisprudence *Bradford v. Pickles*, développé *infra*, qui eut un fort impact sur le droit écossais. Par voie de conséquence le droit écossais fut, des droits britanniques, celui qui est arrivé le plus proche de la reconnaissance expresse de l'abus de droit¹³³⁷.

Par contre, les tribunaux anglais se refusent à reconnaître la notion d'abus de droit. Le cas d'espèce en droit anglais remonte à l'année 1895 : affaire *Mayor of Bradford v. Pickles*. M. Pickles avait détourné les eaux qui s'écoulaient sur son fonds, par la construction d'un bassin. Ainsi les eaux ne se déversaient plus dans le réservoir communal approvisionnant la ville de Bradford. L'intention de M. Pickles était clairement nuisible : il portait atteinte à l'approvisionnement en eau dans la commune dans le but de pouvoir négocier avec les autorités locales la réouverture de la source d'eau et l'obtention des avantages pécuniaires. Pourtant la *House of Lords* refuse de sanctionner le comportement du M. Pickles. En effet le juge se demande si le sujet est ou non titulaire du droit qu'il exerce. En cas de réponse positive, le titulaire peut exercer son droit librement, sans limites, même si ses mobiles sont vexatoires¹³³⁸. « *No use of property which would be legal if due to a proper motive can become illegal because it is prompted by a motive which is improper or even malicious* »¹³³⁹.

Cet arrêt a été confirmé et développé postérieurement par l'arrêt *Allen v. Flood*, 1898¹³⁴⁰. Ainsi, l'acte de l'employeur de mettre fin légalement aux contrats des travail de quelques travailleurs ne donne pas droit à ces derniers à une action en indemnisation. L'intention de nuire n'est pas suffisante pour déterminer le caractère illicite de l'acte. Un arrêt plus récent, de 1963, *Chapman v. Honig*, applique la même ligne de raisonnement en matière contractuelle. L'avis du propriétaire envers le locataire de quitter sa propriété, même s'il est motivé par le désir de se venger, a été considéré comme valide et efficace par le juge anglais. Il

¹³³⁵ M. TAGGART, *Private property and the Abuse of Rights in Victorian England. The story of Edward Pickles and the Bradford Water Supply*, Oxford University Press, 2002, pp. 149 – 152.

¹³³⁶ E. REID, « The abuse of rights in Scots law », *Edinburgh Law Review*, 1998, n° 2, pp. 155 et s.

¹³³⁷ B. W. NAPIER, « Abuse of rights in British law », in M. ROTONDI, *Inchieste di diritto comparato : L'abus de droit. L'abuso di diritto. The abuse of rights. El abuso de derecho. Der rechtsmissbrauch, op. cit.*, pp. 269 – 271.

¹³³⁸ B. W. NAPIER, *op. cit.*, p. 267.

¹³³⁹ R. O'SULLIVAN, « Abuse of rights », *Current Legal Problems*, 1955, p. 68. Notre traduction : « *Aucun exercice du droit de propriété qui serait licite si aurait un motif approprié ne peut devenir illicite dans le cas où il est justifié par un motif inapproprié ou même malicieux.* »

¹³⁴⁰ Voir commentaires de cet arrêt par : N. W. HOYLES, « *Allen v. Flood* », *The Canadian Law Times*, 1899, n° 18, pp. 121 – 133 ; F. POLLOCK, « *Allen v. Flood* », *The Law Quarterly Review*, 1898, n° 14, pp. 129 – 132.

s'agissait d'un exercice légitime des droits tirés du contrat. Ainsi, « *the concept of abuse or rights, so highly developed on the Continent and especially in France and Germany, finds no place in English law* »¹³⁴¹.

En cherchant la justification de l'absence de la notion d'abus de droit, certains auteurs considèrent qu'il y a d'autres causes que l'absolutisme des droits. Il s'agit de la conception selon laquelle les intentions d'un individu ne peuvent pas faire l'objet d'une analyse rationnelle et qu'ainsi on ne peut pas tirer des conséquences juridiques de celles – ci. « *A man, it is said, rarely acts with a single motive ; in the majority of cases his intentions are mixed and it often becomes impossible to disentangle from the complex of motives the one which is to be regarded as the sole or even the dominant impulse of his conduct* ». « *You cannot indict a man for his thought* »¹³⁴².

Cependant, il faut souligner que, même si les juges des pays du *common law* rejettent l'interdiction de la chicane, ils sanctionnent certaines situations d'exercice des droits de la même manière que le font les juges des pays ayant adopté une conception objective de l'abus de droit. Ainsi les tribunaux britanniques sanctionnent notamment l'attitude contradictoire du débiteur ou la passivité du créancier. Toutefois ces tribunaux ne recourent pas au principe d'interdiction de l'abus de droit, mais aux règles dites d'« *equity* »¹³⁴³. Même si les deux principes aboutissent au même résultat, leur nature, leur portée et leurs effets sont substantiellement différents. L'« *equity* » permet au juge un pouvoir d'appréciation discrétionnaire : le juge peut débouter le demandeur même si celui – ci a prouvé de manière satisfaisante l'attitude contradictoire du défendeur. De plus l'« *equity* » jouit d'un champ d'application beaucoup plus vaste que le principe d'interdiction de l'abus de droit¹³⁴⁴.

Par ailleurs nous retrouvons en droit anglais l'institution de l'*estoppel* qui a des effets analogues à ceux de l'*exceptio doli*, ou de la *Verwirkung* allemande. Les cas d'application de l'*estoppel* sont assez fréquents. Cette institution « *empêche ainsi une personne qui a induit un autre sujet, même par simple négligence, à un comportement déterminé, d'invoquer l'invalidité ou l'inefficacité de ses déclarations et même de son silence* »¹³⁴⁵.

Cependant le droit anglais ne connaît pas le principe de la bonne foi. Au contraire, « *the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of*

¹³⁴¹ R. W. M. DIAS, B. S. MARKESINIS, *The English Law of Torts. A comparative introduction*, Brussels, 1976, p. 110. Dans le même sens, S. DEAKIN, A. JOHNSTON, B. MARKESINIS, *Tort law*, Clarendon Press, Oxford, 2008, p. 529. Notre traduction : « *Le concept de l'abus de droit, tant développé dans les pays continentaux et surtout en France et en Allemagne, n'a pas de base dans le droit anglais.* »

¹³⁴² R. O'SULLIVAN, *op. cit.*, pp. 65 – 66. Notre traduction : « *Une personne agit rarement avec un seul but ; dans la majorité des cas ses intentions sont mixtes et il est souvent impossible de discerner dans l'ensemble des motifs celui qui doit être regardé comme le seul ou même le prédominant impulse de son conduite. On ne peut pas condamner une personne pour ses pensées.* »

¹³⁴³ Sur le développement de cette notion voir R. S. PASLEY, « *L'equity en droit anglo-américain* », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1961, pp. 292 – 299.

¹³⁴⁴ J. VOYAUME, B. COTTIER, B. ROCHA, *op. cit.*, p. 39.

¹³⁴⁵ G. BROGGINI, *op. cit.*, p. 19.

the parties when involved in negotiations»¹³⁴⁶. Chaque partie cherche son propre intérêt, qui normalement est contraire à l'intérêt de l'autre partie¹³⁴⁷. Nous retrouvons cependant le principe d'équité et celui de « *reasonable expectations of the parties* », qui seraient les plus proches substitutions du principe de bonne foi. En tout cas, la doctrine anglaise reste divisée sur cet aspect : certains auteurs considèrent qu'un principe de la bonne foi n'est pas nécessaire, tandis que d'autres arguent pour une consécration générale de ce principe¹³⁴⁸. En tout cas, une certaine flexibilité du droit anglais vers la consécration d'un principe général de la bonne foi s'est manifestée sous l'influence exercée par le droit communautaire, et plus précisément par la directive n° 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs¹³⁴⁹. Nous nous trouvons ici en présence d'un phénomène inverse à l'objet de notre étude : l'influence du droit communautaire sur le droit national, et non l'influence du droit national dans la consécration en droit communautaire d'un principe général de bonne foi ou d'abus de droit. En effet, Taggart¹³⁵⁰ reste ouvert à la possibilité de réaliser une « *transplantation* » en droit anglais de la notion d'abus de droit telle que développée dans d'autres droits nationaux. En effet, certaines juridictions inclinent pour la généralisation de la doctrine de l'abus de droit¹³⁵¹.

D'un autre côté, il y a une riche jurisprudence sur la « *malice* » en tant que source de la responsabilité civile¹³⁵². La malice tient une grande importance en matière de responsabilité délictuelle. Dans l'affaire célèbre *Christie v. Davey*, 1893¹³⁵³, le juge a décidé que le fait

¹³⁴⁶ « *Le concept de l'obligation de poursuivre les négociations avec bonne foi est, de manière inhérente, répugnant à la position contradictoire des parties impliquées dans les négociations* » (notre traduction).

¹³⁴⁷ S. WHITTAKER, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 40.

¹³⁴⁸ *Idem*, pp. 44 – 48.

¹³⁴⁹ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, *op. cit.*, p. 48. Sur la réception du principe de bonne foi en *common law* voir R. BROWNSWORD, « Positive, negative, neutral : the reception of good faith in English contract law » in R. BROWNSWORD, N. J. HIRD, G. HOWELLS (sous la direction de), *Good faith in Contract. Concept and context*, Ashgate/Darmouth, Aldershot, 1999, pp. 13 – 40 ; J. STAPLETON, « Good faith in private law », *Current Legal Problems*, 1999, pp. 1 – 36 ; C. WILLETT, « Good faith and consumer contract terms », in R. BROWNSWORD, N. J. HIRD, G. HOWELLS (sous la direction de), *op. cit.*, pp. 67 – 89.

¹³⁵⁰ M. TAGGART, *op. cit.*, p. 165.

¹³⁵¹ House of Lords, *Soutmark London Borough Council v Tanner and others*, 21 octobre 1999, Law Reports, Appeal Cases, 2001, pp. 1 – 26; surtout en matière d'évasion fiscale: *House of Lords, MacNiven (HM Inspector of Taxes) v Westmoreland Investments Ltd*, 8 février 2001, Law Reports, Appeal Cases, 2003, pp. 311 -346. L'abus de droit processuel a été largement accepté dans le *common law*. Voir N. ANDREWS, « Civil procedure », in P. BIRKS (sous la direction de), *English private law*, Oxford University Press, 2000, pp. 928 – 932.

¹³⁵² E. JOWITT, C. WALSH, J. BURKE, *Jovitt's Dictionary of English Law*, London, Sweet & Maxwell Limited, 1977, p. 1136, donne une définition de la « *malice* » : « *Malice in common acceptance means ill-will against a person, but in its legal sense it means a wrongful act done intentionally without just cause or excuse* ». Sur *malice* voir aussi G. H. L. FRIDMAN, « Malice in the law of torts », *Modern Law Review*, 1958, n° 21, pp. 484 – 500.

¹³⁵³ Cette jurisprudence a été confirmée par l'arrêt *Hollywood Silver Fox Farm Ltd. v. Emmett* (1936). Voir commentaire sur cet arrêt par A. MACDONALD, « Hollywood Silver Fox Farm Ltd. v. Emmett », *The Alberta Law Quarterly*, 1936-1938, n° 2, pp. 99 – 106.

dommageable a été fait seulement dans le but de nuire et que le titulaire du droit concerné n'a pas exercé ce droit de manière légitime¹³⁵⁴.

Une autre observation vise la distinction que O' Sullivan¹³⁵⁵ fait entre les actes d'un seul individu et les actes qui constituent le résultat de l'action combinée de plusieurs personnes. Si l'intention de l'individu ne peut pas être recherchée, autre chose se passe avec le deuxième type d'actes. Ici l'intention de nuire découle de l'action même de collaborer pour produire le dommage. L'association suppose un élément de concertation délibérée entre individus pour nuire. Il s'agit de la manifestation de l'intention de nuire par l'intermédiaire des actes ou circonstances extérieures. Ainsi se justifie l'absence de la notion d'abus de droit par le fait que dans la jurisprudence *Bradford v. Pickles* et la suivante que l'a confirmée, il ne s'agissait que de l'exercice du droit par un seul individu et non d'un acte collectif dont le caractère abusif serait possible à prouver.

Cette section se justifiait par la nécessité de vérifier quels paramètres d'appréciation de l'abus de droit, utilisés dans les ordres juridiques nationaux, peuvent être transposés au niveau communautaire. Comme on vient d'exposer, le continent européen est marqué par l'existence de plusieurs conceptions sur la notion d'abus de droit. Certains pays ont choisi une conception subjective fondée plus sur l'intention de nuire, d'autres se penchent plutôt sur une appréhension objective, tandis que d'autres ne s'intéressent du tout à la notion. Il faut souligner que cette typologie n'est pas figée et nous avons vu que chaque conception présente des « anomalies » et parfois emprunte les traits des autres conceptions. Il y a les cas de l'Allemagne et de l'Espagne, pays qui constituent le symbole de la conception objective, mais qui parfois s'inclinent envers le critère de l'intention de nuire. Ou le cas du *common law* qui, sans connaître la notion d'abus de droit, trouve d'autres instruments pour sanctionner des situations qui entreraient dans le contenu de l'abus de droit. Il semble donc difficile de trouver des critères clairs de classification des différentes conceptions, et l'exposition faite a comme objectif de mettre en exergue qu'il faut relativiser ces conceptions.

Il n'est pas surprenant que la Cour de Justice s'inspire des droits nationaux pour ainsi faire naître des principes généraux du droit communautaire. Des exemples nombreux peuvent être trouvés et celui de la protection des droits fondamentaux est le plus célèbre. Il ne s'agit pas d'une superposition mécanique du droit de chaque État membre pour découvrir et garder seulement les éléments communs. Au contraire, la Cour de Justice peut dégager à partir de l'esprit, de l'évolution des droits nationaux, les principes qui s'accommodent le mieux au droit

¹³⁵⁴ B. W. NAPIER, *op. cit.*, p. 276.

¹³⁵⁵ R. O'SULLIVAN, *op. cit.*, pp. 70 – 73.

communautaire. Ainsi, un nouveau principe peut résulter de la convergence de l'ensemble des droits nationaux ou sur la base d'un courant simplement dominant ou même minoritaire si les autres États membres ne disposent d'aucune disposition significative en la matière.

Section II. La position réticente du juge communautaire

Après la longue réticence envers l'acceptation d'une notion autonome de l'abus de droit et la recherche d'autres substituts, qui se sont relevés moins efficaces pour combattre les abus de droit, la Cour de Justice s'est finalement montrée plus ouverte. Pourtant, la première attitude face à la déjà inévitable apparition d'une notion autonome, a été toujours réticente. Après des hésitations dans l'affaire *Pafitis* (A), la réponse négative dans l'affaire *Kefalas* (B) paraît avoir mis fin à une éventuelle consécration de l'interdiction de l'abus de droit en tant que principe général.

& I. L'affaire *Pafitis*

Même s'ils n'ont pas traité directement l'aspect de l'abus de droit, à l'exception des conclusions de l'Avocat Général Tesauro dans l'affaire *Sydesmos Melon*, les arrêts *Karella* du 30 mai 1991¹³⁵⁶ y *Sydensmos Melon* du 24 mars 1992¹³⁵⁷ ont un apport important à la construction de l'abus de droit en droit communautaire. Par ces arrêts la Cour de Justice a mis en évidence qu'une condition essentielle pour que l'abus de droit puisse être apprécié concerne la nature de la règle abusée, c'est-à-dire son effet direct. Il est évident que si le sujet de l'abus est un particulier, pour qu'un droit tiré d'une disposition communautaire soit abusé il faut que la disposition soit directement applicable dans les ordres nationaux et ainsi susceptible d'être invoquée à l'encontre de l'État ou des autres particuliers.

Bien que l'arrêt *Sydesmos Melon* aurait pu être une bonne occasion pour la Cour de Justice de se prononcer, pour la première fois dans le domaine du droit des sociétés, sur l'existence d'un « *principe général de droit selon lequel les justiciables doivent avoir un intérêt légitime à invoquer une disposition de droit, sous peine que leur demande constitue un détournement ou un abus de*

¹³⁵⁶ CJCE, *Marina Karella et Nicolas Karellas contre Ypourgio Viomichanias, Energeias & Technologias*, 30 mai 1991, Aff. Jtes. C-19/90 et C-20/90, Rec., p. I-2691.

¹³⁵⁷ CJCE, *Sydesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekkelissias et autres contre État hellénique et autres*, 24 mars 1992, Aff. C-381/89, Rec., p. I-2111. Pour rappel, il s'agissait de l'action en justice, introduite par un certain nombre d'actionnaires d'une société soumise à la procédure d'assainissement, demandant la nullité des augmentations du capital social opérées en violation de la deuxième directive. Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Titre Second, Chapitre I, pp. 175 et s..

droit »¹³⁵⁸, la Cour manque cette occasion car la juridiction de renvoi n'a pas inclus cet aspect dans les questions préjudicielles adressées. En traitant de manière superficielle l'aspect, motivé par l'absence d'une question préjudicielle à l'égard, l'Avocat Général Tesauro souligne qu'il n'y a pas un abus et il se fonde sur un critère principalement subjectif, celui du but poursuivi par les particuliers : « *ils ont simplement cherché à obtenir le respect des droits qui constituent le but principal de la règle elle-même* »¹³⁵⁹.

Ce manque d'occasion a été compensé par l'autosaisine de la Cour dans l'affaire *Pafitis* du 12 mars 1996¹³⁶⁰ : bien que les questions préjudicielles ne concernent pas l'abus de droit, tant l'Avocat Général Tesauro que la Cour se prononcent à cet égard. Quant aux conclusions de l'Avocat Général, elles sont assez généreuses en ce qui concerne l'attention qu'elles octroient à la notion d'abus de droit. L'Avocat Général Tesauro rappelle que l'abus de droit est sanctionné dans la quasi-totalité des systèmes juridiques nationaux, même si son régime est variable. En l'absence d'une réglementation communautaire sur cet aspect, c'est-à-dire en l'absence d'un principe général d'interdiction de l'abus de droit, il appartient au juge national d'apprécier, sur la base de son droit national, le caractère abusif du droit en question. L'Avocat Général se prononce ainsi en faveur d'une notion variable de l'abus de droit, en écartant une notion autonome du droit communautaire. L'unique limite imposée concerne le fait que le juge communautaire peut intervenir pour s'assurer que les droits invoqués par un particulier sur la base des dispositions communautaires bénéficient, dans les ordres juridiques nationaux, d'une protection juridictionnelle adéquate¹³⁶¹. Il apparaît, selon certains auteurs, facilement envisageable de transposer ce principe à l'abus de droit¹³⁶².

Dans ce contexte, l'Avocat Général circonscrit la notion d'abus de droit à l'objectif poursuivi dans l'exercice du droit en cause. En l'espèce, les actionnaires « *ont simplement tenté d'obtenir le respect du droit qui représente son objet principal* [de la disposition communautaire invoquée, en l'espèce l'article 25 de la deuxième directive en matière de droit des sociétés], à savoir l'exercice d'une compétence exclusive en matière de modification du capital social »¹³⁶³. L'Avocat

¹³⁵⁸ Point 18 de l'arrêt *Syndesmos Melon*.

¹³⁵⁹ Point 8 des conclusions.

¹³⁶⁰ CJCE, *Panagis Pafitis et autres contre Trapeza Kentrikis Ellados A.E. et autres*, 12 mars 1996, Aff. C-441/93, Rec., p. I-1347. Pour rappel, il s'agissait de l'action en justice, introduite par un certain nombre d'actionnaires d'une société soumise à la procédure d'assainissement, demandant la nullité des augmentations du capital social opérées en violation de la deuxième directive. Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Titre Second, Chapitre I, pp. 175 et s..

¹³⁶¹ L'Avocat Général invoque l'arrêt CJCE, *Amministrazione delle finanze dello Stato contre San Giorgio*, 9 novembre 1983, Aff. 199/82, Rec., p. 3595, où la Cour de Justice a statué que « *sont incompatibles avec le droit communautaire toutes modalités de preuve dont l'effet est de rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'obtention du remboursement de taxes nationales perçues en violation du droit communautaire* » (point 14).

¹³⁶² F. LAGONDET, « *Ordre juridique communautaire. Primauté. Procédure nationale. Abus de droit* », *op. cit.*, p. 12.

¹³⁶³ Point 30 des conclusions.

Général conclut que « *le simple exercice de la part des actionnaires du droit que leur confère la directive communautaire ne peut pas être qualifié d'abusif par le juge national, sans vider de son contenu la disposition concernée* »¹³⁶⁴.

Finalement, l'Avocat Général Tesouro met en évidence que l'application des normes nationales pour sanctionner l'exercice abusif d'un droit attribué par une disposition de droit communautaire doit être doublement limitée. D'une part, elles doivent permettre la protection juridictionnelle effective de ces droits et, d'autre part, ces normes ne peuvent pas avoir pour effet de vider de son contenu la norme communautaire ou de contrevenir « *aux impératifs essentiels du système juridique communautaire* »¹³⁶⁵.

Après avoir considéré que la législation nationale en cause est contraire à la deuxième directive¹³⁶⁶, la Cour de Justice se penche sur la question de l'abus de droit. Elle reconnaît que, à défaut d'une question préjudicielle portant sur ce sujet, elle n'est pas compétente pour se prononcer sur la question de savoir s'il est permis, dans l'ordre juridique communautaire, d'appliquer une règle nationale afin d'apprécier si un droit conféré par les dispositions communautaires est exercé de manière abusive. Cependant, la Cour continue son discours en reconnaissant la compétence du juge national d'utiliser une disposition nationale pour apprécier le caractère abusif de l'exercice d'un droit issu du droit communautaire. La Cour impose la limite selon laquelle « *la mise en œuvre d'une telle règle ne saurait porter atteinte au plein effet et à l'application uniforme des dispositions communautaires dans les États membres* »¹³⁶⁷. De plus, la Cour invoque l'argument, déjà rappelé par l'Avocat Général, concernant la nécessité d'une protection juridictionnelle adéquate, dans les ordres juridiques nationaux, des droits issus du droit communautaire¹³⁶⁸. Par conséquent, le juge communautaire accepte une procédure nationale d'appréciation du caractère abusif de tels droits, mais encadre strictement celle-ci : le respect de la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux. Il s'agit de la recherche d'un équilibre entre le principe de « *subsidiarité juridictionnelle* », qui suppose que soit respectée l'autonomie procédurale du droit national, et le principe de primauté du droit

¹³⁶⁴ Point 34 des conclusions.

¹³⁶⁵ Point 33 des conclusions.

¹³⁶⁶ La question de l'effet direct horizontal de la deuxième directive n'a pas été traitée par la Cour de Justice. Cependant, il faut mentionner que tant dans les arrêts *Karella*, *Syndesmos Melon* comme *Pafitis*, il s'agissait d'un effet direct vertical, pour mauvaise transposition de la deuxième directive par l'État hellénique. L'affaire *Pafitis* est un peu particulière : les parties dans l'affaire principale sont des particuliers, mais l'objet de l'action était d'annuler une mesure administrative, donc l'effet de la directive était invoqué de manière « *indirecte* » contre l'État. Voir une analyse dans ce sens dans J. STUYCK, « Case C-441/93, Panagis Pafitis and others v Trapeza Kentrikis Ellados A.E. and others, judgment of 12 March 1996 », *op. cit.*, pp. 1267-1272.

¹³⁶⁷ Point 68 de l'arrêt *Pafitis*.

¹³⁶⁸ Sur la protection juridictionnelle efficace des droits issus des directives, voir D. CURTIN, « Directives: the effectiveness of judicial protection of individual rights », *CMLR*, 1990, vol. 27, pp. 709 – 739.

communautaire, qui exige que soit assurée une protection juridictionnelle effective des droits issus du droit communautaire¹³⁶⁹.

Ensuite, la Cour elle-même apprécie l'exercice abusif des droits, ce qui met en évidence que le renvoi au droit national n'est qu'apparent. Elle décide que dans le cas d'espèce, il n'y avait pas un abus de droit. La Cour refuse que l'abus soit constitué au seul motif que le titulaire d'un droit, tiré de la directive communautaire, en a demandé la protection en justice:

« [...] il y aurait atteinte à l'application uniforme du droit communautaire et à son plein effet si un actionnaire se prévalant de l'article 25, paragraphe 1, de la deuxième directive était censé abuser de son droit au seul motif qu'il est actionnaire minoritaire d'une société assujettie à un régime d'assainissement ou qu'il aurait bénéficié de l'assainissement de la société »¹³⁷⁰.

Le raisonnement de la Cour de Justice n'est pas très cohérent. D'une part, elle évite de prendre une position tranchée sur la possibilité de recourir à la notion de l'abus de droit. D'autre part, face à la position du juge national de se déclarer le seul compétent pour apprécier, sur la base du droit national, le caractère abusif des droits issus des dispositions communautaires, la Cour considère opportun d'intervenir pour sauvegarder un principe essentiel de l'ordre juridique communautaire: la primauté¹³⁷¹. Il s'agit ici de ce que la doctrine a nommé « *le droit de regard* » de la Cour de Justice sur le caractère adéquat de la protection juridictionnelle dans les ordres juridiques nationaux en ce qui concerne les situations communautaires¹³⁷². Dans ce contexte, le renvoi fait au juge national pour apprécier le caractère abusif est plus apparent que réel¹³⁷³.

Une autre critique faite à la position exprimée par la Cour de Justice serait la référence restrictive aux seules limites internes des dispositions communautaires, sans prendre en compte « *l'ensemble des principes et valeurs qui sont „externes” à la norme, mais qui concourent également à déterminer le contenu du droit et, respectivement, les limites de la protection* »¹³⁷⁴. Il s'agirait d'une interprétation complexe, téléologique et systématique de la norme communautaire, à laquelle fera référence ultérieurement l'Avocat Général Tesouro dans l'affaire *Kefalas*¹³⁷⁵.

¹³⁶⁹ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, pp. 424 – 425.

¹³⁷⁰ Point 70 de l'arrêt *Pafitis*.

¹³⁷¹ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, *op. cit.*, p. 147.

¹³⁷² C. NIZZO, *op. cit.*, p. 768.

¹³⁷³ *Idem*, p. 771.

¹³⁷⁴ *Ibidem*.

¹³⁷⁵ Voir *supra* p. 254, avec les précisions y faites sur l'impossible réduction de l'abus de droit à un simple critère d'interprétation du droit communautaire.

La motivation insatisfaisante de la Cour de Justice peut se justifier par la difficile systématisation théorique de la notion d'abus de droit, étant donné la diversité des conceptions nationales en la matière. Selon l'opinion de M. Nizzo, la Cour a eu peur d'imposer une notion uniforme, qui aurait dû tenir compte de toutes les particularités des systèmes juridiques nationaux¹³⁷⁶. Le même auteur justifie l'hésitation de la Cour par le manque d'une variété de cas qui ont été jusqu'à ce moment soumis à son appréciation et qui aurait lui permis une construction progressive d'une notion autonome de l'abus de droit¹³⁷⁷.

& II. L'affaire *Kefalas*

Dans l'affaire *Kefalas* du 12 mai 1998¹³⁷⁸, la question préjudicielle formulée touche de manière expresse la question de l'abus de droit, ainsi ni l'Avocat Général ni la Cour de Justice ne peuvent plus s'esquiver. La juridiction de renvoi demande ainsi si le juge national peut appliquer une norme nationale afin d'apprécier si un droit conféré par le droit communautaire est exercé d'une manière abusive par la personne intéressée, ou si le droit communautaire contient d'autres principes « *consacrés ou constants* » que le juge national pourrait invoquer.

L'Avocat Général Tesaro¹³⁷⁹ établit, en premier lieu, que, s'agissant d'une procédure préjudicielle, la compétence pour décider s'il y a ou non un abus de droit appartient au juge national, en tant que juge de droit commun de l'application du droit communautaire. La seule question qui se pose est de savoir si l'appréciation du caractère abusif du droit se fait sur la base des dispositions nationales ou sur la base des « *paramètres communautaires* »¹³⁸⁰. Ensuite, l'Avocat Général cherche à établir si l'ordre communautaire admet que l'application de ces dispositions soit limitée au nom de l'abus de droit. Dans ce sens, il invoque l'arrêt *Pafitis*, *précité*, pour souligner que la question sur l'abus de droit était restée ouverte, sans être résolue. La solution y apportée est parfaitement applicable à l'affaire *Kefalas*, étant donné que les faits sont analogues. Cependant, étant donné que la question préjudicielle concerne exactement la notion de l'abus de droit, la reproduction de la solution donnée dans l'affaire *Pafitis* pourrait

¹³⁷⁶ C. NIZZO, *op.cit.*, p. 773.

¹³⁷⁷ *Ibidem*.

¹³⁷⁸ CJCE, *Alexandros Kefalas e.a. contre Elliniko Dimosio et Organismos Oikonomikis Anasykrotisis Epicheiriseon AE*, 12 mai 1998, Aff. C-367/96, Rec., p. I-2843. Pour rappel, il s'agissait d'une action en justice introduite par certains actionnaires demandant la nullité de l'augmentation du capital social considérée comme contraire à la directive communautaire n° 77/91 du Conseil, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 44, deuxième alinéa, du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital (la deuxième directive). Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Titre Second, Chapitre I, pp. 179 et s..

¹³⁷⁹ Conclusions de l'Avocat Général Tesaro présentées le 4 février 1998.

¹³⁸⁰ Point 12 des conclusions.

paraître comme réductrice. Le raisonnement de l'Avocat Général commence par l'invocation du principe de primauté du droit communautaire :

« [...] admettre qu'une règle nationale, en l'espèce relative à l'abus de droit, puisse avoir comme conséquence de conforter une violation du droit communautaire, en l'espèce de la disposition qui réserve à l'assemblée les décisions relatives à l'augmentation de capital, impliquerait la méconnaissance du principe fondamental de la primauté du droit communautaire sur le droit interne »¹³⁸¹.

Les conclusions de l'Avocat Général cherchent en premier lieu à justifier, d'une certaine manière, la solution donnée par la Cour de Justice dans l'affaire *Pafitis*. En effet nous saisissons ici les mêmes arguments qui auraient dû se trouver à la base du dispositif de l'arrêt *Pafitis*. En invoquant des arrêts qui ont posé des problèmes similaires (l'application du principe national de « droit d'iniquité objective » dans l'arrêt *Neumann*, du 14 novembre 1985¹³⁸², et l'application du principe d'équité dans l'arrêt *Balkan-Import-Export*, du 28 juin 1977¹³⁸³), l'Avocat Général tire une première conclusion : le droit communautaire s'oppose à l'application par le juge national d'une disposition nationale lorsque celle-ci détermine une solution non conforme au droit communautaire¹³⁸⁴, en faisant échec au principe de primauté.

Quant à l'interrogation portant sur une éventuelle existence, dans le droit communautaire, des principes susceptibles de sanctionner l'abus de droit, la position de l'Avocat Général est tranchée : un principe communautaire interdisant l'abus de droit n'est pas consacré. Ainsi, « il paraît difficile d'envisager l'existence d'un principe général de droit communautaire qui implique la négation même d'un droit attribué par une disposition communautaire, d'ailleurs dans un secteur harmonisé comme celui des sociétés, face à une disposition nationale qui a violé ce droit »¹³⁸⁵. Toutefois, l'Avocat Général Tesauro fait une synthèse des principaux traits des principes généraux du droit communautaire, une source importante du droit communautaire. La plus importante précision est que « la Cour s'inspire bien des expériences juridiques nationales, mais cependant toujours en

¹³⁸¹ Point 15 des conclusions.

¹³⁸² Arrêt CJCE, *Firma Karl-Heinz Neumann contre Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, 14 novembre 1985, Aff. 299/84, Rec., p. 3663, principalement le point 25: « Le droit communautaire ne connaît pas de principe général de droit selon lequel une norme en vigueur du droit communautaire ne peut pas être appliquée par une autorité nationale lorsque cette norme entraîne pour l'intéressé une rigueur que le législateur communautaire aurait manifestement cherché à éviter s'il avait envisagé ce cas au moment d'édicter la norme, une juridiction nationale, qui estime être en présence d'un tel cas, ayant cependant toujours le droit de poser à la Cour toute question préjudicielle sur l'interprétation et la validité de l'acte communautaire en cause, qu'elle estimerait nécessaire pour rendre son jugement ».

¹³⁸³ Arrêt CJCE, *Balkan-Import-Export GmbH contre Hauptzollamt Berlin-Packhof*, 28 juin 1977, Aff. 118/76, Rec., p. 1177, principalement le point 5: « si cette répartition des fonctions, entre la Communauté et les États membres, peut éventuellement justifier l'application, par une administration fiscale, d'une règle d'équité prévue par sa législation nationale, en rapport avec les formalités applicables à la perception d'une redevance établie par le droit communautaire, la prise en considération d'une telle règle serait, par contre, exclue dans toute la mesure où elle aurait pour effet de modifier la portée de dispositions du droit communautaire relatives à l'assiette, aux conditions d'imposition ou au montant d'une redevance établie par celui-ci ».

¹³⁸⁴ Point 18 des conclusions.

¹³⁸⁵ *Ibidem*.

adaptant le principe spécifique en question aux exigences, au fonctionnement et aux objectifs de la Communauté »¹³⁸⁶. En invoquant l'arrêt *Factortame II*, précité, l'Avocat Général met l'accent sur le recours que la Cour peut faire aux « *principes fondamentaux du système juridique communautaire et, le cas échéant, à des principes généraux communs aux systèmes juridiques des États membres* »¹³⁸⁷. Comme le principe interdisant l'abus de droit ne pourrait trouver son fondement dans le système juridique communautaire lui-même car il contredirait de manière paradoxale le phénomène lui-même d'intégration, la seule perspective envisageable par l'Avocat Général est l'emprunt de ce principe à partir des principes généraux communs aux États membres. Or le caractère commun d'un principe à tous les États membres n'est pas une condition nécessaire, car la Cour de Justice peut dégager un principe général du droit communautaire en partant d'un courant simplement dominant, ou même minoritaire si les autres États ne possèdent aucune disposition significative en la matière (voir l'exemple du principe de proportionnalité ou celui de confiance légitime, qui n'étaient consacrés que dans le droit allemand)¹³⁸⁸. L'approche doit être plutôt qualitative¹³⁸⁹. Ainsi, l'argument de l'Avocat Général qui exclut la possibilité de consacrer en droit communautaire un principe général de l'abus de droit pour le motif que son régime juridique varie beaucoup d'un pays à autre ou qu'il y a des pays qui ne connaissent pas cette institution n'est pas convaincant.

À côté de « *l'impossibilité de parvenir à une définition commune et, en même temps, précise et détaillée de l'abus de droit à travers un renvoi aux principes généraux communs à tous les États membres* », l'Avocat Général invoque le fait que la reconnaissance d'un principe général sanctionnant l'abus de droit se heurterait à l'intégration communautaire en soi:

« [...] *les caractéristiques mêmes et la raison d'être d'un principe relatif à l'abus de droit mettent en évidence qu'il s'agit d'un concept juridique qui a un droit de cité certain, ou du moins fondé, dans des ordres juridiques bien établis, mais beaucoup moins dans un système comme le système communautaire, dans lequel le processus d'évolution vers l'intégration est loin de pouvoir être considéré comme terminé. De manière plus générale, nous estimons que le risque qu'il y ait une lacune dans le système – qu'en définitive le principe de l'abus entend pallier – est très mineur ou tout à fait absent dans un système juridique comme le système communautaire, dans lequel le travail d'interprétation du juge et la pratique en général réussissent plus facilement et immédiatement à adapter le système aux exigences du corps social* »¹³⁹⁰.

¹³⁸⁶ Point 19 des conclusions.

¹³⁸⁷ Point 20 des conclusions.

¹³⁸⁸ G. ISAAC, M. BLANQUET, *op. cit.*, p. 177.

¹³⁸⁹ V. KARAYANNIS, *op. cit.*, p. 533.

¹³⁹⁰ Point 23 des conclusions.

Ainsi la notion d'abus de droit est incluse dans la méthode d'interprétation utilisée par la Cour de Justice¹³⁹¹, et la nécessité de la consacrer, en tant que notion autonome, semble être exclue. La contrepartie de l'inexistence d'un principe général de sanction de l'abus de droit se trouve dans certaines « *mesures d'autoprotection* » que le droit communautaire contient afin d'éviter que les droits qu'il confère soient exercés de manière « *abusive, excessive ou déformée* ». L'Avocat Général fait référence à un « *courant jurisprudentiel établi* »¹³⁹² sur la base duquel « *les facilités créées par le traité ne sauraient avoir pour effet de permettre aux personnes qui en bénéficient de se soustraire abusivement à l'emprise des législations nationales et d'interdire aux États membres de prendre les mesures nécessaires pour empêcher de tels abus* »¹³⁹³. Il revient au juge national, en se fondant sur des éléments objectifs, d'apprécier les faits et de décider s'il y a ou non contournement du droit national. L'Avocat Général souligne une seule limite : le juge national doit tenir compte des objectifs poursuivis par les dispositions communautaires en cause et des limites inhérentes à la position juridique subjective visée¹³⁹⁴. Ainsi il y aurait abus, lorsque ces limites inhérentes seraient dépassées. Mais il revient seulement au juge communautaire de déterminer ces limites, ce qui confirme que la question de l'abus de droit finit par constituer « *une question d'interprétation de la réglementation communautaire visée* »¹³⁹⁵. La conséquence serait de reconnaître que la Cour de Justice soit la seule compétente pour apprécier l'abus¹³⁹⁶.

Étant donné que les ordres juridiques nationaux se sont dotés de normes d'autoprotection, leur application est acceptée pour dénier la possibilité d'invoquer des normes communautaires dans des hypothèses « *bien circonscrites* » et sous la réserve que l'intervention de la Cour de Justice soit nécessaire en vue de définir les objectifs et les limites de ces normes, donc de les interpréter. Selon l'Avocat Général l'abus de droit doit être pris en compte de manière casuistique, sans nécessité de généraliser. Il conclut ainsi

*« qu'il n'existe pas à l'heure actuelle dans l'ordre juridique communautaire de principe général de droit communautaire qui sanctionne l'exercice abusif d'un droit conféré par le droit communautaire et que, même à supposer qu'il existe, il ne pourrait en tout état de cause pas être utilisé de manière à avoir pour résultat d'« avaliser » une violation d'une réglementation communautaire, ce qui se produirait autrement en l'espèce »*¹³⁹⁷.

¹³⁹¹ Voir *supra* p. 231.

¹³⁹² L'Avocat Général cite, au bas de page 26 de ses Conclusions, les arrêts *Singh, Van Binsbergen, Knoors, Veronica, TV10*, précités.

¹³⁹³ Point 24 des conclusions.

¹³⁹⁴ Point 25 des conclusions.

¹³⁹⁵ Point 25 des conclusions. L'Avocat Général exemplifie par l'arrêt *Gunaydin*, commenté *supra* pp. 138 et s..

¹³⁹⁶ M.-C. BOUTARD-LABARDE, « Abus du droit communautaire », *op. cit.*, p. 2260.

¹³⁹⁷ Point 27 des conclusions.

Quant à la Cour de Justice, sa réponse est très courte et concise, sans faire cependant preuve d'éclaircissement. Elle statue que le juge national a le droit d'appliquer une disposition nationale, telle que l'article 281 du Code Civil grec, pour apprécier si un droit découlant d'une disposition communautaire est exercé d'une manière abusive¹³⁹⁸. Toutefois, il y aurait atteinte à l'application uniforme et au plein effet du droit communautaire si un actionnaire se prévalant de l'article 25 (1) de la deuxième directive était censé abuser de son droit au motif que l'augmentation de capital qu'il conteste a remédié aux difficultés financières qui mettaient en péril la société concernée et lui a apporté des avantages économiques évidents¹³⁹⁹. En effet, la Cour de Justice choisit la conception « *minimaliste* » pour résoudre les situations conflictuelles entre le droit communautaire et le droit national. Cette conception permet l'application par le juge national de la disposition nationale problématique sous condition que soit respecté, d'une part, le principe de non-discrimination, et d'autre part, que soit assuré le plein effet et l'application uniforme du droit communautaire. La conception « *maximaliste* » équivaldrait à l'harmonisation par la formulation d'un principe général du droit communautaire, ce que la Cour de Justice a refusé¹⁴⁰⁰. Mais le choix de la conception « *minimaliste* » n'enlève pas le risque de la mise en cause de la primauté du droit communautaire. En effet, celle-ci serait mise en cause par le fait de laisser l'appréciation des droits issus du droit communautaire dans les mains des juges nationaux, qui pourront utiliser des critères différents. L'appel à la procédure préjudicielle serait recommandé, étant donné qu'il s'agit d'interpréter une disposition communautaire. L'effet adverse serait que les juges nationaux pourraient ne pas renvoyer l'affaire devant la Cour de Justice, en considérant que la disposition communautaire en cause leur paraît suffisamment claire. On assisterait à un effet non voulu de l'application du principe de subsidiarité¹⁴⁰¹. Face à ces risques importants, la Cour se permet de substituer son appréciation à celle du juge national. En tout cas, l'arrêt ne lève pas l'équivoque remarquée déjà dans l'affaire *Pafitis*, précitée, car la Cour de Justice statue que le juge national est

¹³⁹⁸ Point 21 de l'arrêt *Kefalas*.

¹³⁹⁹ Point 21 de l'arrêt *Kefalas*.

¹⁴⁰⁰ Les formules « *conception minimaliste* » et « *conception maximaliste* » ont été employées par D. TRIANTAFYLLOU, « Abuse of rights versus primacy? », *op. cit.*, pp. 160-162 et V. KARAYANNIS, *op. cit.*, p. 533.

¹⁴⁰¹ V. KARAYANNIS, *op. cit.*, p. 535. Un État membre peut voir sa responsabilité engagée sur la base de l'article 226 TCE dès lors que la jurisprudence de ses tribunaux et la pratique administrative font preuve d'une interprétation contraire au droit communautaire d'une loi nationale (arrêt CJCE, *Commission des Communautés Européennes contre République Italienne*, 9 décembre 2003, Aff. C-129/00, Rec., p. I-14637). Il convient de mentionner aussi l'arrêt *Kobler*, 30 septembre 2003, Aff. C-224/01, Rec., p. I – 10239, où on a admis que la responsabilité des États membres pour des dommages causés aux particuliers peut être engagée en cas de violation du droit communautaire par une juridiction nationale, lorsque la décision de cette dernière est intervenue en méconnaissance manifeste de la jurisprudence de la Cour de Justice. Voir Z. PEERBUX-BEAUGENDRE, « Première consécration expresse du principe de la responsabilité de l'État membre pour les jurisprudences de ses cours suprêmes dans le cadre de l'article 226 CE », *RTDE*, 2004, n° 40, pp. 208 – 215.

compétent pour apprécier le caractère abusif de l'exercice d'un droit issu d'une disposition communautaire, mais en même temps, se prononce sur les raisons pour lesquelles le juge national voudrait appliquer la norme nationale anti-abus. La Cour rejette par la suite l'analyse proposée par le juge national et conclut à l'impossibilité d'appliquer la théorie de l'abus de droit à la situation en cause¹⁴⁰², en préférant ainsi concilier l'autonomie procédurale des États membres et son encadrement aux fins de protection du droit communautaire¹⁴⁰³.

L'arrêt *Kefalas* apporte pourtant des précisions. D'une part, la preuve du caractère abusif de l'exercice du droit doit consister en des « indices sérieux et suffisants », ce qui nous fait nous interroger sur les éléments qui permettent prouver un abus de droit. D'autre part, il s'agit du critère de l'abus de droit, qui, selon la Cour, consisterait dans « le but d'obtenir, au détriment de la société, des avantages illégitimes et manifestement étrangers à l'objectif de ladite disposition ». Face à cette précision, nous nous demandons si la Cour ne cherche en réalité à imposer un critère commun de l'abus de droit, et donc à faire un premier pas dans l'harmonisation de cette notion¹⁴⁰⁴. En tout cas, la Cour de Justice refuse de consacrer un principe général de l'interdiction de l'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire. En effet, le juge communautaire évite de prendre une attitude tranchée, par opposition à ce qui avait fait l'Avocat Général.

Les effets de l'absence de consécration d'un principe général sont importants. Nous ne sommes pas d'accord avec l'affirmation que la consécration en droit communautaire d'un principe général d'interdiction de l'abus de droit affecterait la primauté même du droit communautaire¹⁴⁰⁵. Au contraire, comme nous l'avons présenté *supra*, le refus de le consacrer peut avoir des effets importants sur la primauté et l'effet direct du droit communautaire. En effet, la disposition nationale sanctionnant l'abus de droit, dans ce cas, l'article 281 du Code Civil grec, n'est pas une simple règle procédurale nationale, que le juge national applique comme dans le cas des litiges nationaux et sans porter atteinte à l'efficacité du droit communautaire. Il s'agit d'une exception qui vise l'application de la substance de la disposition communautaire et peut paralyser son effet utile même, et donc ne peut pas être laissé à l'appréciation du juge national¹⁴⁰⁶. D'un autre côté, la consécration d'un principe général pourrait permettre de décharger les normes nationales anti-abus du lourd poids de la limitation

¹⁴⁰² Points 25 à 29 de l'arrêt *Kefalas*.

¹⁴⁰³ F. LAGONDET, « Abus de droit », *op. cit.*, p. 9.

¹⁴⁰⁴ La Cour de Justice n'analyse pas le critère imposé par l'article 281 du Code Civil grec: dépassement des limites imposées par la bonne foi ou par les bonnes mœurs ou par la finalité économique et sociale dudit droit. Elle préfère consacrer son propre critère que de chercher dans les droits nationaux, qui imposent des critères différents. Ne serait ici le premier pas vers la consécration d'une notion autonome de l'abus de droit?

¹⁴⁰⁵ Conformément à l'opinion exprimée par D. TRIANTAFYLLOU, « Abuse of rights versus primacy? », *op. cit.*, pp. 157 – 164.

¹⁴⁰⁶ D. TRIANTAFYLLOU, « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *op. cit.*, p. 621.

de l'exercice abusif des droits issus du droit communautaire. Les juges nationaux devraient appliquer un tel principe général du droit communautaire et une éventuelle question préjudicielle, au lieu de concerner la compatibilité d'une norme nationale avec le droit communautaire, ne concernerait que l'interprétation de ce principe. De plus, le fait de laisser au juge communautaire le soin de définir ce principe correspondrait à l'autonomie et à la spécificité de l'ordre juridique communautaire, car seul un contrôle communautaire pourrait assurer la prise en compte de l'intérêt de la Communauté dans l'articulation des limites à l'exercice des droits tirés du droit communautaire. Par contre, le fait pour les juges nationaux de contrôler l'application du droit communautaire par le moyen des normes nationales anti-abus n'assurerait pas cet objectif et il en résulterait « *un recul considérable pour l'efficacité du droit communautaire* »¹⁴⁰⁷.

Section III. La construction de la théorie de l'abus de droit en droit communautaire

Le principal atout de la notion d'abus de droit réside dans son caractère polymorphe qui lui permet d'appréhender un nombre élevé de situations. Le revers de la médaille est la difficulté de dresser une théorie de l'abus de droit, ce qui peut donner l'impression de l'impossibilité de déduire un principe général¹⁴⁰⁸. L'abus de droit est une notion ancêtre dans le droit romain et qui a subi des développements intéressants par la suite dans les différents ordres juridiques des pays européens. Le fait qu'il ne s'agisse pas d'une notion commune à tous les États membres de l'Union européenne ne l'empêche pas de faire partie de la culture juridique commune et de permettre à la Cour de Justice, par son procès d'extraction et puis de généralisation, de l'élever au rang de principe général du droit communautaire. Nous allons présenter l'évolution de la position de la Cour de Justice vis-à-vis de l'abus de droit et l'ouverture qu'elle manifeste envers la consécration d'un principe général du droit communautaire. Les premiers indices (& I) seront suivis par une position plus rigoureuse dans l'affaire *Emsland* (& II). La jurisprudence plus récente a laissé son empreinte en la matière (& III) et la réponse à la question de l'éventuelle consécration d'un principe général (& IV) doit être accompagnée par une analyse de son caractère *sui generis*.

¹⁴⁰⁷ V. KARAYANNIS, *op. cit.*, p. 534.

¹⁴⁰⁸ A. NOBLET, *op. cit.*, p. 401.

& I. Les premiers indices : l'affaire *Diamantis*¹⁴⁰⁹

Dans un premier temps, l'Avocat Général Saggio¹⁴¹⁰ rappelle les conclusions auxquelles la Cour de Justice est arrivée dans les affaires *Karella*, *Pafitis* et *Kefalas*, précitées. Il considère que la concession que la Cour fait au juge national afin que ce dernier applique une règle nationale pour contrôler le caractère abusif d'un droit né d'une disposition communautaire est plus apparente que réelle¹⁴¹¹. L'abus de droit ne peut se fonder que sur un dépassement des limites intrinsèques de la disposition communautaire, or la compétence pour apprécier ceci appartient exclusivement à la Cour de Justice, en constituant « *un acte d'interprétation du droit communautaire* »¹⁴¹². Par la suite, la règle nationale de l'abus de droit sera applicable dès lors que l'action en annulation de l'augmentation de capital a été intentée seulement dans le but d'obtenir « *des avantages illicites et manifestement étrangers* » à l'objectif de l'article 25 (1) de la deuxième directive, condition déjà consacrée par l'arrêt *Kefalas*. Ainsi, le critère de l'abus de droit se dédouble : d'une part, le critère du dépassement des limites intrinsèques, apprécié par la Cour de Justice et, d'autre part, celui de la poursuite des avantages illicites et manifestement étrangers à l'objectif de la disposition communautaire, apprécié par le juge national.

La particularité des conclusions de l'Avocat Général réside dans le développement de l'argument portant sur l'effet direct vertical de la deuxième directive. Le défaut de transposition par la Grèce de la deuxième directive enlève tout caractère abusif de l'exercice du droit fondé sur l'article 25 (1) de la deuxième directive. Le cas contraire équivaldrait à imposer au particulier l'obligation d'avoir connaissance des droits conférés par une directive communautaire non transposée. Ceci permettrait à l'État, responsable du manquement et donc responsable direct des difficultés, d'avoir la possibilité de tirer profit de son manquement en invoquant la règle de l'abus de droit, pour faire ainsi rejeter l'action introduite par l'actionnaire¹⁴¹³. Le « *manquement patent et continu aux obligations communautaires* » par la Grèce élimine toute conséquence négative pour un particulier qui n'a pas exercé, dans le délai prévu, un droit octroyé par la directive en cause. Il exclue toute opposabilité à l'encontre du

¹⁴⁰⁹ CJCE, *Diomysios Diamantis contre Elliniko Dimosio et OAE*, 23 mars 2000, Aff. C-373/97, Rec., p. I-1705. Pour rappel, il s'agissait d'une action en nullité par un nombre d'actionnaires qui contestent la validité de l'augmentation de capital social. Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Titre Second, Chapitre I, pp. 181 et s..

¹⁴¹⁰ Conclusions de l'Avocat Général Saggio présentées le 28 octobre 1999 sur l'affaire *Diamantis*.

¹⁴¹¹ Point 22 des conclusions.

¹⁴¹² Point 25 des conclusions. De nouveau un saute en arrière, vers la réduction de l'abus de droit à un simple critère d'interprétation.

¹⁴¹³ Points 32 à 37 des conclusions.

particulier et la conséquence serait la « *déculpabilisation* » du particulier et la « *culpabilisation* » respective de l'État.

La position de la Cour de Justice aborde une ligne de réflexion différente de celle de l'Avocat Général, en se maintenant cependant dans la « *position intermédiaire* » qu'elle a trouvée avec l'arrêt *Kefalas*¹⁴¹⁴. En premier lieu, après avoir rappelé les conclusions auxquelles elle est arrivée dans les affaires *Pafitis* et *Kefalas*, la Cour ajoute qu'on ne peut pas tirer l'existence d'un abus du fait que les actionnaires minoritaires, à l'origine de l'action en nullité, ont fait partie des actionnaires ayant demandé la soumission de l'entreprise au régime de la loi n° 1386/1983 ou encore qu'ils ont laissé s'écouler un certain délai avant d'agir.

Dans l'arrêt *Diamantis* du 23 mars 2000, la Cour utilise les principes de l'application uniforme et du plein effet seulement comme des « *additional safeguards* », et non en tant que barrières absolues, ce qui marque une évolution par rapport à l'arrêt *Pafitis*¹⁴¹⁵. Une autre différence entre les deux arrêts consiste dans le fait que la Cour ne se penche plus sur le principe de protection juridictionnelle adéquate et préfère plutôt invoquer la répartition des compétences entre les deux niveaux de juridictions¹⁴¹⁶. Si le juge national est compétent pour décider si la norme nationale est compatible avec le respect du plein effet et de l'application uniforme du droit communautaire, il appartient à la Cour de Justice de fournir au juge national tous les éléments d'interprétation nécessaires pour apprécier cette compatibilité. Ainsi, la Cour donne quelques précisions qui doivent aider le juge national dans l'appréciation du caractère abusif de l'exercice d'un droit issu du droit communautaire. L'abus de droit doit être fondé sur des éléments objectifs, représentant des indices sérieux et suffisants¹⁴¹⁷.

La deuxième observation concerne la relation évidente que la Cour fait entre l'abus de droit et le principe de proportionnalité. Ainsi l'abus de droit se trouverait dans le choix, « *parmi les voies de recours disponibles pour remédier à une situation intervenue en violation de la directive, [de] celle qui cause un préjudice tellement grave aux intérêts légitimes d'autrui qu'elle s'avère manifestement disproportionnée* »¹⁴¹⁸. La Cour introduit donc deux autres conditions de l'abus : la proportionnalité et le respect des tiers de bonne foi. La Cour se justifie par le fait que l'admission de l'action en nullité des augmentations de capital, ayant des effets rétroactifs, mettrait en cause des événements produits entre temps : des achats, des ventes, des exécutions

¹⁴¹⁴ T. F. GIUPPONI, *op. cit.*, p. 1299.

¹⁴¹⁵ D. ANAGNOSTOPOULOU, *op. cit.*, p. 775.

¹⁴¹⁶ Point 35 de l'arrêt *Diamantis*.

¹⁴¹⁷ Points 34 et 39 de l'arrêt *Diamantis*.

¹⁴¹⁸ Point 44 de l'arrêt *Diamantis*.

forcées, des acquisitions d'activités etc.¹⁴¹⁹. Certains auteurs, très favorables à la reconnaissance d'un principe communautaire de sanction de l'abus de droit, voient ici cette confirmation dès lors que les deux principes se trouvant au même niveau, sont parallèles et complémentaires et donc appartiennent au même ordre juridique¹⁴²⁰. Il faut rappeler que l'Avocat Général Tesauro avait pourtant exclu l'application du principe de proportionnalité dans ses conclusions sur l'affaire *Kefalas*.

L'invocation du principe de proportionnalité peut être, à première vue, surprenante, dès lors que ce principe vise plutôt les actions des institutions communautaires et des États, que celles des particuliers. En effet, du point de vue de l'« osmose » entre droit public et droit privé, la théorie de l'abus de droit constitue, en droit privé, le corollaire du principe de proportionnalité en droit public. Les critères du principe de proportionnalité correspondent à ceux utilisés pour apprécier l'abus d'un droit subjectif¹⁴²¹.

La différence majeure par rapport à la jurisprudence *Kefalas* semble être celle de la conversion de l'article 281 du Code Civil grec en une simple exception procédurale. C'est une amélioration importante, car la substance de l'exception relèverait exclusivement de la compétence du juge communautaire, seul maître de la définition du contenu et des objectifs des normes communautaires. Au niveau national l'exception serait purement procédurale et porterait sur les voies de recours à emprunter. Ainsi, une action en nullité pourrait s'avérer excessive par rapport à un recours en indemnité. Une réserve existe, car même l'appréciation de la voie de recours la plus appropriée implique une certaine marge d'appréciation du juge national sur le plan du droit matériel. Ainsi, l'effet direct réduit à une action en dommages et intérêts est un effet direct affaibli, permettant le « rachat » de l'infraction de l'État sur forme d'indemnisation¹⁴²². La parallèle avec la jurisprudence *Courage*¹⁴²³, où la Cour refuse le recours en indemnité aux parties à l'accord anticoncurrentiel, responsables de l'illégalité, prouve de nouveau que l'exception de l'abus n'est pas purement procédurale, mais touche au droit substantiel. Cette ambiguïté vient de la relativité de la distinction entre droit matériel et action en justice. L'abus du droit analysé relève plutôt du premier¹⁴²⁴.

¹⁴¹⁹ Point 40 de l'arrêt *Diamantis*.

¹⁴²⁰ D. ANAGNOSTOPOULOU, *op. cit.*, p. 767.

¹⁴²¹ W. VAN GERVEN, « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », *JT*, 11 avril 1992, n° 5629, p. 307.

¹⁴²² D. TRIANTAFYLLOU, « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *op. cit.*, p. 624.

¹⁴²³ Arrêt CJCE, *Courage Ltd contre Bernard Crehan et Bernard Crehan contre Courage Ltd et autres*, 20 septembre 2001, Aff. C-453/99, Rec., p. I-629.

¹⁴²⁴ D. TRIANTAFYLLOU, « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *op. cit.*, p. 626.

En conséquence, la position de la Cour de Justice n'est pas très claire. Il convient de se demander si l'exception de l'abus en vertu du droit national est uniquement possible au sens procédural ou si elle dépend de l'espèce et de la voie de recours empruntée. Ainsi les effets nuisibles de l'arrêt *Kefalas* continueront à se produire. La jurisprudence *Diamantis* pourrait faire croire que dans d'autres situations, où les voies de recours seraient présentées de manière différente, le juge national serait compétent pour statuer seul sur l'existence ou non d'un abus. Que la jurisprudence *Diamantis* soit d'application générale ou non, elle tend à sauver « une ombre de compétence nationale touchant au noyau du droit communautaire »¹⁴²⁵.

En conséquence, le *play field* de la notion d'abus de droit semble s'élargir. Si dans les arrêts antérieurs, avec des faits analogues, la conclusion de la Cour était qu'il ne peut pas s'agir d'un abus de droit, ici sa position est plus tempérée. En définitive, la Cour refuse de fonder l'abus de droit sur le détournement de la finalité sociale de la norme communautaire, mais elle accepte de le fonder sur la méconnaissance des droits des tiers. Il semble ici que la Cour de Justice s'oriente vers une théorie subjective de l'abus de droit, car le choix entre les différentes voies de recours fait présumer l'existence d'une certaine intention de nuire. La notion d'abus de droit doit chercher à trouver un équilibre entre les droits acquis par la personne concernée, les droits des tiers et la finalité sociale de la règle communautaire. Dans la recherche de cet équilibre l'utilisation du principe de proportionnalité peut s'avérer nécessaire¹⁴²⁶.

Si l'Avocat Général Saggio fait, plusieurs fois, référence au principe général d'interdiction de l'abus de droit, la Cour de Justice ne se prononce pas expressément sur la question de la consécration d'un tel principe, la doctrine concluant, cependant, à sa reconnaissance implicite¹⁴²⁷. C'est dans l'arrêt *Emsland – Stärke* que la théorie de l'abus de droit prend son essor en droit communautaire.

& II. L'étape fondamentale : l'arrêt *Emsland – Stärke*¹⁴²⁸

Après la position réticente de l'Avocat Général La Pergola dans l'affaire *Kefalas* et l'hésitation de la Cour de Justice dans l'affaire *Diamantis*, le chemin vers la construction d'un principe général d'interdiction de l'abus de droit en droit communautaire paraissait être long et

¹⁴²⁵ *Idem*, p. 625.

¹⁴²⁶ F. LAGONDET, « L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire », *op. cit.*, p. 11.

¹⁴²⁷ D. ANAGNOSTOPOULOU, *op. cit.*, p. 775.

¹⁴²⁸ CJCE, *Emsland-Stärke GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, 14 décembre 2000, Aff. C-110/99, Rec., p. I-11569. Pour rappel, il s'agissait du droit de la société *Emsland-Stärke* à recevoir des restitutions à l'exportation dans le cas où les produits ont été réimportés. Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Titre Second, Chapitre II, pp. 196 et s..

plein d'obstacles. C'est cependant dans l'arrêt *Emsland-Stärke* du 14 décembre 2000 que ce principe a été consacré.

L'argument de l'abus de droit avait été largement débattu par les parties. La Commission européenne avait fait un résumé de la jurisprudence communautaire pour conclure que l'interdiction de l'abus de droit avait déjà été consacrée implicitement par la Cour de Justice en tant que principe général du droit communautaire. La position tranchée de la Commission a sûrement encouragé la Cour de faire des efforts visibles dans la construction de la théorie communautaire de l'abus de droit. La Commission a mis en évidence les conditions de l'abus de droit. Ainsi, à côté de deux critères matériels, elle ajoute un critère procédural. L'élément objectif consiste dans la preuve que « *les conditions d'octroi d'une prestation ont été créées artificiellement* », sans un but économique, mais exclusivement pour obtenir des aides financières qui accompagnent l'opération commerciale. L'appréciation de ce critère doit se faire au cas par cas « *tant du sens et de l'objectif de la réglementation communautaire en cause que du comportement d'un opérateur économique prudent qui gère ses affaires en respectant les règles de droit applicables et conformément aux usages commerciaux et économiques en vigueur dans le secteur en cause* »¹⁴²⁹. Le critère objectif consiste donc dans le caractère artificiel évalué sur le fondement du principe de l'opérateur prudent. Le critère subjectif est « *le fait que l'opération commerciale en cause a été réalisée essentiellement pour obtenir un avantage financier incompatible avec l'objectif de la réglementation communautaire* »¹⁴³⁰. Et, finalement, le troisième élément vise la charge de la preuve dans le sens où elle incombe à l'administration nationale compétente. Les présomptions d'abus ne sont donc pas acceptables, sous la réserve cependant des cas graves d'abus où un commencement de preuve, conduisant éventuellement à un renversement de la charge de la preuve, est admis.

En revenant à la position de l'Avocat Général Alber, il convient de souligner l'analyse détaillée de l'élément subjectif de l'intention de frauder les dispositions communautaires. En constatant que dans le cadre de la politique agricole commune, « *les limites entre l'utilisation légitime d'instruments dirigistes et l'utilisation abusive d'incitations financières semblent particulièrement floues* »¹⁴³¹, le critère d'appréciation de la légalité de transactions en cause est le but des dispositions applicables. Si le but n'est pas atteint, « *une condition essentielle* » pour l'application de montants compensatoires n'est pas réalisée¹⁴³². Dans ce contexte, l'Avocat Général souligne que la circonstance objective de la réimportation effectuée immédiatement après l'exportation des marchandises « *ne suffit dès lors pas à elle seule pour conclure que l'objectif n'a pas été atteint* »¹⁴³³. Par

¹⁴²⁹ Point 42 des Conclusions.

¹⁴³⁰ Point 42 des Conclusions.

¹⁴³¹ Point 67 des conclusions.

¹⁴³² Point 69 des conclusions.

¹⁴³³ Point 71 des conclusions.

voie de conséquence, c'est l'élément subjectif qui permet de conclure s'il y a ou non abus. Ainsi si l'opérateur économique en cause n'a jamais eu une intention réelle d'exporter les marchandises aux fins de leur commercialisation hors de la Communauté, les dispositions communautaires en cause n'ont pas atteint leur objectif et la conséquence juridique doit être le retrait de l'avantage indûment obtenu. Il s'agirait ainsi d'une « opération fictive aux fins de l'utilisation abusive des règles communautaires relatives aux restitutions »¹⁴³⁴. Face à ce développement sur les conditions de l'abus de droit, la reconnaissance du principe général d'interdiction de l'abus de droit était inévitable :

*« À l'article 4, paragraphe 3, du règlement n° 2988/95 relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, qui ne crée pas de nouvelle institution juridique, mais codifie un principe général du droit applicable dans l'ordre juridique communautaire - si bien que l'application de ce principe ne dépend pas de l'entrée en vigueur postérieure du règlement -, il est par conséquent question de la création artificielle des conditions requises pour l'obtention d'un avantage »*¹⁴³⁵.

Par la suite, l'Avocat Général revient à nouveau sur la définition de l'abus de droit : « la création intentionnelle de circonstances contraires aux objectifs de la réglementation communautaire afin de réunir les conditions formelles de l'obtention d'un avantage »¹⁴³⁶.

Si l'Avocat Général Alber avait octroyé un poids supérieur au critère subjectif, la Cour de Justice a, au contraire, mis les deux éléments sur le même niveau. Cependant, à différence de la Commission et de l'Avocat Général Alber, la Cour de Justice ne consacre pas l'existence d'un principe général d'interdiction de l'abus de droit et se limite à rappeler que l'application des règlements communautaires ne saurait être étendue jusqu'à couvrir des pratiques abusives d'opérateurs économiques¹⁴³⁷. Pourtant « il est indéniable que la théorie de l'abus de droit perd progressivement la nature d'une méthode d'interprétation de dispositions du droit dérivé pour acquérir le statut d'un véritable principe général du droit communautaire »¹⁴³⁸. En effet, l'arrêt *Emsland* a été réitéré de manière constante dans la jurisprudence communautaire postérieure et considéré comme un point crucial de la construction du principe général d'interdiction de l'abus de droit.

La Cour de Justice indique pour la première fois de manière claire les circonstances dans lesquelles un abus de droit peut être établi. Elle rappelle sa jurisprudence sur l'abus de droit en matière de restitutions à l'importation (*Cremer, General Milk Products, cités*) pour établir que

¹⁴³⁴ Point 74 des conclusions.

¹⁴³⁵ Point 80 des conclusions.

¹⁴³⁶ Point 81 des conclusions.

¹⁴³⁷ Point 51 de l'arrêt.

¹⁴³⁸ D. SIMON, A. RIGAUX, *op. cit.*, p. 577.

« La constatation qu'il s'agit d'une pratique abusive nécessite, d'une part, un ensemble de circonstances objectives d'où il résulte que, malgré un respect formel des conditions prévues par la réglementation communautaire, l'objectif poursuivi par cette réglementation n'a pas été atteint »¹⁴³⁹,

et, d'autre part,

« un élément subjectif consistant en la volonté d'obtenir un avantage résultant de la réglementation communautaire en créant artificiellement les conditions requises pour son obtention »¹⁴⁴⁰.

Le critère objectif se réduit principalement à des circonstances purement formelles ou à des arrangements artificiels. En vue d'établir le caractère fictif de la situation il faudrait analyser la réalité tant formelle que matérielle des opérations en cause¹⁴⁴¹. Ainsi,

« la circonstance que, avant d'être réimporté dans la Communauté, le produit a été revendu par l'acheteur établi dans le pays tiers concerné à une entreprise également établie dans ce pays avec laquelle il a des liens de nature personnelle et économique [...] fait partie des éléments de fait pouvant être pris en considération par la juridiction nationale pour établir le caractère artificiel de l'opération concernée »¹⁴⁴².

L'artificialité de la transaction doit être susceptible de se réduire à l'élément subjectif de l'intention de la personne intéressée d'abuser d'un droit issu d'une disposition communautaire¹⁴⁴³, ce qui met en évidence l'importance de cet élément et l'inclination de la Cour vers une conception subjective de l'abus de droit. Cet élément constitutif de l'abus peut être établi notamment par la preuve d'une collusion entre l'exportateur communautaire qui bénéficie des restitutions et l'importateur de la marchandise dans le pays tiers.

Nous voyons ici la création par la Cour de Justice d'un dénominateur commun parmi les traditions juridiques des États membres. Ceci repose sur deux composantes : les circonstances objectives qui font la preuve que la finalité poursuivie par la norme juridique n'a pas été atteinte et une composante subjective constituée par la volonté du particulier d'invoquer frauduleusement les dispositions du droit communautaire¹⁴⁴⁴. Dans l'arrêt *Diamantis*, la Cour avait omis la composante subjective et considéré que l'abus de droit devait

¹⁴³⁹ Point 52 de l'arrêt *Emsland*.

¹⁴⁴⁰ Point 52 de l'arrêt *Emsland*.

¹⁴⁴¹ D. WEBER, « Abuse of Law. European Court of Justice, 14 December 2000, Case C-110/99, *Emsland-Stärke* », *op. cit.*, p. 53.

¹⁴⁴² Point 58 de l'arrêt *Emsland*.

¹⁴⁴³ D. WEBER, « Abuse of Law. European Court of Justice, 14 December 2000, Case C-110/99, *Emsland-Stärke* », *op. cit.*, p. 53.

¹⁴⁴⁴ Le poids de la conception subjective tempérée, telle que manifestée dans certains ordres juridiques nationaux, est assez important dans la définition par la Cour des éléments constitutifs de l'abus.

être fondé sur des éléments objectifs, représentant des indices sérieux et suffisants¹⁴⁴⁵. La condition de la proportionnalité avait été rajoutée. Le choix parmi les voies de recours disponibles pour remédier à une situation intervenue en violation d'une disposition communautaire, de celle qui cause un préjudice tellement grave aux intérêts légitimes d'autrui, serait considéré comme disproportionné et donc abusif. De la même manière, la Cour avait souligné dans les arrêts *Levin*, *TV 10* et *Centros*, précités, que, en ce qui concerne l'application du droit communautaire, seulement les circonstances objectives devaient être prises en compte et il n'était pas nécessaire d'examiner les intentions des particuliers en cause¹⁴⁴⁶. L'arrêt *Emsland* se trouve, de ce point de vue, en dissonance avec les arrêts antérieurs. Par ailleurs, en reconnaissant des critères multiples, tant objectifs que subjectifs, pour apprécier l'existence d'un abus de droit, la Cour de Justice suivit la position exprimée par l'Avocat Général Alber.

Il faut aussi analyser l'autorité que ce principe a dans les ordres juridiques nationaux. Dès l'affaire *Kefalas*, il est établi que, si le droit communautaire est applicable, les États membres **peuvent**, sans être obligés, appliquer des mesures nationales anti-abus sous condition du respect de l'effet utile et de l'application uniforme du droit communautaire. La modification majeure introduite par l'arrêt *Emsland* est donnée par le fait que l'application du principe général d'interdiction de l'abus de droit impose aux États membres l'obligation de lutter contre les comportements abusifs des particuliers. Ce passage s'explique principalement par le fait que la politique agricole commune est un domaine caractérisé par une harmonisation poussée et donc par une compétence exclusive de la Communauté¹⁴⁴⁷. Dans ce contexte, il convient de se demander si une telle obligation incombe aux États membres aussi dans des domaines où l'harmonisation n'est pas tellement poussée. La réponse sera cherchée dans la jurisprudence qui a suivi l'arrêt *Emsland*.

¹⁴⁴⁵ Points 34 à 39 de l'arrêt *Diamantis*.

¹⁴⁴⁶ Certains auteurs soutiennent que la Cour de Justice fait une distinction entre l'application du droit communautaire, où seulement des circonstances objectives sont prises en considération, et l'abus d'une disposition de droit communautaire, où le critère subjectif reçoit une importance égale (voir D. WEBER, « Abuse of law. European Court of Justice, 14 December 2000, Case C-110/99, *Emsland-Stärke* », *op. cit.*, p. 51).

¹⁴⁴⁷ D. WEBER, « Abuse of Law. European Court of Justice, 14 December 2000, Case C-110/99, *Emsland-Stärke* », *op. cit.*, p. 55.

& III. Le choix entre la conception subjective et la conception objective

Dans ses conclusions présentées sur les affaires *Halifax*¹⁴⁴⁸ et *University of Huddersfield*¹⁴⁴⁹, l'Avocat Général Poiares Maduro avait expressément souligné qu'« *on peut certainement estimer qu'un principe général de droit communautaire dérive de cette jurisprudence* », après avoir invoqué les principaux arrêts traitant de la question de l'abus de droit¹⁴⁵⁰. S'agissant d'un principe énoncé « *de manière large et plutôt circulaire* », il n'est pas, dans l'opinion de l'Avocat Général, « *un instrument utile* » pour apprécier si l'exercice du droit issu du droit communautaire est abusif ou pas. En conséquence, « *une doctrine ou un critère plus développ(e) pour déterminer les circonstances d'un abus* » sont nécessaires pour rendre ainsi opérationnel ce principe général¹⁴⁵¹. Cependant, il conçoit l'abus de droit en tant que « *principe régissant l'interprétation du droit communautaire* » et pour soutenir cette thèse il invoque la nécessaire relation avec la portée téléologique des normes communautaires¹⁴⁵². L'Avocat Général considère l'abus comme un cas de non application du droit communautaire, en excluant la situation en cause du champ d'application d'une certaine norme communautaire¹⁴⁵³. La position exprimée par l'Avocat Général Poiares Maduro n'a cependant pas été suivie dans les arrêts postérieurs. Il est important cependant de souligner les efforts significatifs faits par l'Avocat Général afin de préciser les éléments constitutifs de l'abus de droit. En premier lieu, il qualifie le principe en tant que « *interdiction de faire un usage abusif des dispositions du droit communautaire* », l'utilisation de l'expression « *abus de droit* » s'avérant trompeuse¹⁴⁵⁴. En partant de ce point, il construit une théorie objective de l'abus de droit que nous allons développer par la suite.

¹⁴⁴⁸ CJCE, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd et County Wide Property Investments Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, 21 février 2006, Aff. C-255/02, Rec., p. I-1609. Pour rappel, il s'agissait d'un établissement bancaire ayant demandé à obtenir le remboursement de la TVA acquittée sur des travaux de construction réalisés pour son compte. Étant exonéré en quasi-totalité de la TVA, l'établissement a élaboré des plans lui permettant de récupérer la TVA payée en amont. Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Titre Second, Chapitre III, pp. 209 et s..

¹⁴⁴⁹ CJCE, *University of Huddersfield Higher Education Corporation c. Commissioners of Customs & Excise*, 21 février 2006, Aff. C-223/03, Rec., p. I-1751. Pour rappel, il s'agissait d'une université anglaise ayant demandé à obtenir le remboursement de la TVA acquittée sur des travaux de construction réalisés pour son compte. Étant exonérée en quasi-totalité de la TVA, l'université a élaboré des plans lui permettant de récupérer la TVA payée en amont. Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Titre Second, Chapitre III, pp. 209 et s..

¹⁴⁵⁰ Point 64 des conclusions.

¹⁴⁵¹ Point 64 des conclusions.

¹⁴⁵² Point 69 des conclusions.

¹⁴⁵³ Voir *supra* p. 231 et s. nos explications sur l'impossibilité d'accepter un tel argument. À notre avis, il s'agit d'une contradiction entre le fait qu'il s'agit d'un principe général du droit communautaire et que sa principale sanction est la non-application du droit communautaire. Même si ce principe peut aussi revêtir une fonction interprétative du droit communautaire, son application doit être vue comme une exception au droit communautaire invoqué. En effet, le principe même n'aurait pas été applicable s'il n'avait pas été en cause des droits tirés du droit communautaire.

¹⁴⁵⁴ Point 71 des conclusions.

Cependant il s'agit d'un retour en arrière, vers la première étape dans l'évolution de la doctrine de l'abus de droit en droit communautaire, qui met en évidence les terrains flous sur lesquels la Cour de Justice doit agir. Il ne s'agit pas seulement de l'invocation d'une norme communautaire, comme ce peut être parfois le cas, mais aussi des situations où des droits tirés du droit communautaire qui ont été déjà exercés, et la question qui se pose alors, devant la Cour de Justice, est celle de savoir si cet exercice a été fait de manière abusive ou pas. Il est dans ce contexte nécessaire d'adapter la notion d'abus de droit à cette variété de cas.

L'Avocat Général Poiares Maduro souligne que les critères consacrés dans la jurisprudence communautaire jusqu'à ce moment ont varié mais que la « *caractéristique constante* » repose sur le fait que l'appréciation de l'abus se fait par rapport aux objectifs de la disposition communautaire de laquelle le droit est issu. Dans l'affaire *Kunqian Catherine Zhu*¹⁴⁵⁵, l'Avocat Général Tizzano avait lui aussi admis qu'il faut établir « *si l'intéressé, en invoquant la disposition communautaire qui attribue le droit en question, en trahit l'esprit et la portée* »¹⁴⁵⁶ et le critère de référence serait ainsi, essentiellement, « *s'il existe ou non une dénaturation des finalités et des objectifs de la disposition communautaire attribuant le droit en question* »¹⁴⁵⁷. Par la suite, l'Avocat Général Poiares Maduro apporte certaines critiques à ce que la Cour de Justice avait décidé dans l'affaire *Emsland*, point de départ de la construction d'une théorie communautaire de l'abus de droit. Ainsi, il considère que l'élément subjectif a été surévalué et qu'il ne doit pas être lié à la constatation du caractère purement artificiel de la situation en cause. Au contraire, cette constatation doit se faire sur la base d'un ensemble des circonstances objectives, appréciées cas par cas. Le fait que, dans l'arrêt *Emsland*, la Cour se penche beaucoup sur « *le seul but* » poursuivi ne devrait pas, selon l'Avocat Général, être compris comme un élément subjectif parce que seulement les circonstances objectives mettent en évidence le caractère abusif d'une activité. Si ces circonstances objectives font naturellement apparaître l'intention frauduleuse du particulier, cet élément subjectif n'est pas déterminant pour apprécier l'abus¹⁴⁵⁸. Donc, la balance doit être inclinée vers l'activité considérée de manière objective, au lieu de rechercher les intentions subjectives, difficiles à définir :

¹⁴⁵⁵ CJCE, *Kunqian Catherine Zhu et Man Lavette Chen contre Secretary of State for the Home Department*, 19 octobre 2004, Aff. C-200/02, Rec., p. I-9925. Pour rappel, il s'agissait d'une ressortissante chinoise, venue en Irlande du Nord pour accoucher et ainsi pour que la fille obtienne la nationalité irlandaise. Après s'être transférées au Royaume-Uni, elles invoquent la libre circulation de personnes pour obtenir un permis de longue durée. Voir l'analyse de l'affaire dans la Première Partie, Titre Second, Chapitre VI, pp. 166 et s..

¹⁴⁵⁶ Point 114 des conclusions.

¹⁴⁵⁷ Point 115 des conclusions.

¹⁴⁵⁸ Point 70 des conclusions.

« C'est la considération de la finalité objective des règles communautaires et des activités exercées, non les intentions subjectives des particuliers, qui réside, selon moi, au cœur de la doctrine communautaire de l'abus »¹⁴⁵⁹.

Si l'arrêt *Emsland* avait mis en évidence l'application du principe général d'interdiction de l'abus de droit au domaine de la politique agricole et dans ce sens justifier l'avancement de la doctrine communautaire sur l'abus de droit par le degré avancé de l'harmonisation législative dans ce domaine spécifique, les conclusions de l'Avocat Général Poiares Maduro paraissent confirmer ce courant par le fait de considérer qu'un tel principe s'applique aussi au domaine de la TVA, caractérisé par une harmonisation avancée. L'application de ce principe général constitue « une soupape de sécurité indispensable pour protéger les objectifs de toutes les dispositions de droit communautaire contre une application formaliste de ces dernières fondée uniquement sur leur signification première »¹⁴⁶⁰. Son application ne dépend ni de sa codification dans une norme communautaire ni dans l'adoption des mesures nationales anti-abus, car, au contraire, le droit fiscal se convertirait dans une sorte de « *Far West* » juridique dans lequel « tout comportement opportuniste des assujettis invoquant le sens littéral de ses dispositions pour obtenir auprès des autorités fiscales des avantages indus » serait permis¹⁴⁶¹. Même si le principe d'interdiction de l'abus de droit est conforme à la thèse, affirmée par la Cour, selon laquelle la lutte contre la fraude, l'évasion fiscale et les abus éventuels est un objectif reconnu et encouragé par la sixième directive, il ne se confond pas avec les exceptions légales prévues par cette directive¹⁴⁶², qui permettent aux États membres de prendre des mesures nationales en vue de lutter contre ces agissements¹⁴⁶³. L'application parallèle de ce principe est justifiée par l'Avocat Général par le fait qu'il implique seulement l'interprétation du droit communautaire et pas son application effective. On invoque des droits issus du droit communautaire mais on ne les exerce pas. À notre avis, il ne

¹⁴⁵⁹ Point 71 des conclusions.

¹⁴⁶⁰ Point 74 des conclusions.

¹⁴⁶¹ Points 76 et 77 des conclusions.

¹⁴⁶² Article 27 de la sixième directive (TVA) dispose :

« 1. Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, peut autoriser tout État membre à introduire des mesures particulières dérogatoires à la présente directive, afin de simplifier la perception de la taxe ou d'éviter certaines fraudes ou évasions fiscales. Les mesures destinées à simplifier la perception de la taxe ne peuvent influencer, sauf de façon négligeable, sur le montant de la taxe due au stade de la consommation finale.

2. L'État membre qui souhaite introduire des mesures visées au paragraphe 1 en saisit la Commission et lui fournit toutes les données utiles d'appréciation.

3. La Commission en informe les autres États membres dans un délai d'un mois.

4. La décision du Conseil sera réputée acquise si, dans un délai de deux mois à compter de l'information visée au paragraphe 3, ni la Commission, ni un État membre n'ont demandé l'évocation de l'affaire par le Conseil.

5. Les États membres qui appliquent, au 1er janvier 1977, des mesures particulières du type de celles visées au paragraphe 1 peuvent les maintenir, à la condition de les notifier à la Commission avant le 1er janvier 1978 et sous réserve qu'elles soient conformes, pour autant qu'il s'agisse de mesures destinées à simplifier la perception de la taxe, au critère défini au paragraphe 1 ».

¹⁴⁶³ L'application du principe d'interdiction de l'abus de droit au domaine de la TVA a été justifiée par l'Avocat Général Poiares Maduro aussi par une analyse comparative des droits nationaux et la conclusion qu'ils acceptent des dispositions générales ou des notions indéterminées afin de prévenir l'évasion fiscale (point 77 et note de bas de page 72).

s'agit pas seulement d'une interprétation communautaire car, comme nous l'avons déjà souligné, la jurisprudence communautaire a mis en évidence des cas où le droit était déjà exercé de manière abusive. Ce principe implique, non seulement une interprétation téléologique des normes communautaires, mais aussi une sanction des agissements abusifs, qui se traduit par le retrait du bénéfice ou du droit octroyé. Par ailleurs, cette réduction inutile à un principe d'interprétation ne prend pas en compte la manière dont la notion d'abus de droit a été aperçue dans les ordres juridiques nationaux, où elle bénéficie d'une existence autonome et d'un régime juridique propre. Par ailleurs, la solution proposée par l'Avocat Général a été contredite par l'arrêt *Commission c. Grèce* du 7 juin 2007¹⁴⁶⁴. Il s'agissait d'un domaine harmonisé de manière exhaustive et la réglementation communautaire en la matière¹⁴⁶⁵ ne donnait pas aux États membres la possibilité d'adopter des mesures pour combattre l'évasion fiscale. Cependant, même si la directive en cause ne contient aucune disposition explicite autorisant les États membres à prendre des mesures générales pour lutter contre l'évasion fiscale, ceux-ci pourront s'opposer à l'application du droit communautaire mais seulement « *dans des circonstances particulières, constitutives d'une pratique abusive ou frauduleuse* »¹⁴⁶⁶. Nous voyons ici la consécration expresse du fait que l'interdiction de l'abus de droit n'est pas seulement un principe d'interprétation mais qu'il permet aussi de sanctionner de tels comportements. Nous regrettons pourtant que la Cour ne reconnaisse pas une application directe de ce principe et suggère que l'application doit être faite moyennant les normes nationales anti-abus.

Si on accepte qu'il s'agisse d'un principe « *autonome* » du droit communautaire, étant donné que le but général des principes est de combler les lacunes législatives, la compatibilité avec les exceptions légales est compréhensible. Le législateur communautaire, en ne pouvant pas couvrir toutes les situations possibles d'abus, sera aidé par la création et l'application du principe général d'interdiction de l'abus de droit. Il s'agit donc d'une modalité parallèle de pallier les abus, selon une procédure différente de celle prévue par la sixième directive¹⁴⁶⁷.

Si dans l'affaire *Diamantis*, le juge communautaire avait mis en évidence la relation nécessaire entre le principe d'interdiction de l'abus de droit et le principe de proportionnalité, l'Avocat Général Poiares Maduro souligne l'importance de deux autres principes : la sécurité

¹⁴⁶⁴ Arrêt CJCE, *Commission des Communautés européennes contre République hellénique*, 7 juin 2007, Aff. C-178/05, Rec., p. I-4185. Il s'agissait d'une législation nationale relative à la perception d'un droit d'apport en cas de transfert du siège statutaire ou du siège de la direction effective d'une société.

¹⁴⁶⁵ Directive n° 69/335/CEE du Conseil, du 17 juillet 1969, concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux, JOCE n° L 249, 3.10.1969, pp. 25–29.

¹⁴⁶⁶ Point 32 de l'arrêt *Commission c. Grèce*.

¹⁴⁶⁷ Voir *infra* p. 388, l'application de la norme française en matière fiscale parallèlement au principe d'interdiction de l'abus de droit. Aussi nous pourrions faire une analogie avec les exceptions légales de l'article 30 CE et les raisons impérieuses d'intérêt général. Elles s'appliquent parallèlement avec des régimes juridiques propres. Nous ne voyons pas d'obstacle à reconnaître que l'application du principe et les exceptions légales soient compatibles.

juridique et la protection de la confiance légitime¹⁴⁶⁸. Dans le domaine de la fiscalité, il est accepté que les contribuables aient le droit de choisir la structure de leur activité de manière à réduire leur dette fiscale. Le rôle du principe d'interdiction de l'abus est « *de définir la panoplie des choix laissés ouverts aux contribuables par les règles communes en matière de TVA* »¹⁴⁶⁹ et dans ce sens il doit concilier les deux principes généraux mentionnés. Ainsi il ne faut pas porter atteinte au « *commerce légitime* », c'est-à-dire que le droit revendiqué par le contribuable ne sera exclu que lorsque les activités exercées n'ont aucune autre explication objective que de créer et d'opposer ce droit aux autorités fiscales.

En ce qui concerne les critères de l'abus, M. Poiares Maduro n'est pas l'adepte des critères uniformes et il suggère leur variation en fonction du domaine en cause. En effet, l'absence d'un critère unitaire est « *parfaitement naturelle* » en droit communautaire comme dans tout système juridique interne¹⁴⁷⁰. À notre avis, la recherche des critères uniformes, valables pour tous les secteurs, est conseillée surtout du point de vue du principe de la sécurité juridique. Cette démarche peut cependant déterminer la création des critères trop généraux, mais il n'empêchera pas leur adaptation à chaque cas d'espèce. De plus, l'Avocat Général se contredit lui-même, car il avait déjà souligné que l'abus de droit présente des « *caractéristiques constantes* » indépendamment du domaine où il se manifeste. En effet, il rappelle les critères déjà consacrés par l'arrêt *Emsland* : l'élément subjectif de la finalité de l'activité exercée et l'élément objectif du respect du but et des finalités des dispositions communautaires invoquées, mais le premier a reçu un aperçu plus objectif par la référence à la finalité de la norme au lieu de l'appréciation de la volonté de la personne qui abuse.

Le principe de sécurité juridique et le principe de protection de la confiance légitime délimitent l'application de ces critères dans le sens où l'existence d'une justification autre que la simple obtention d'avantages fiscaux légitime l'activité en cause. Au cas contraire, il signifierait l'octroi aux autorités fiscales d'un pouvoir d'appréciation « *beaucoup trop vaste* » quant au fait de décider quel objectif de l'activité doit être considéré comme prédominant¹⁴⁷¹. Pour sanctionner des activités dirigées avant tout à obtenir des avantages fiscaux, l'application du principe d'interdiction de l'abus de droit n'est pas suffisante et doit être remplacée par des normes nationales écrites, en se conformant à la procédure de l'article 27 de la sixième directive. Il est clair que, dans l'opinion de l'Avocat Général, le principe d'interdiction de l'abus de droit ne s'applique pas en vue de sanctionner des comportements abusifs. Ce

¹⁴⁶⁸ Point 52 des conclusions.

¹⁴⁶⁹ Point 85 des conclusions.

¹⁴⁷⁰ Point 83 des conclusions.

¹⁴⁷¹ Point 89 des conclusions.

principe n'aurait donc qu'une fonction préventive, dans le sens que « *les dispositions de la sixième directive doivent être interprétées comme ne conférant pas les droits qui pourraient sembler être accordés d'après le sens littéral de ces dispositions* »¹⁴⁷². Il s'agit donc d'un véritable retour en arrière, vers la première étape que nous avons distinguée dans l'évolution de la théorie de l'abus de droit en droit communautaire¹⁴⁷³. À notre avis, le principal apport des conclusions consiste dans la redéfinition objective de l'abus de droit et dans la reformulation des ses critères. D'autre part, la référence constante aux ordres juridiques nationaux met en évidence la prise en compte des institutions juridiques déjà créées par ceux-ci afin de lutter contre les pratiques abusives et l'inspiration principalement nationale pour consacrer le principe général du droit communautaire en cause.

Bien que la Cour ne se réfère pas formellement à l'interdiction de l'abus de droit en tant que principe général du droit communautaire, les arrêts *Halifax* et *University of Huddersfield* confirment néanmoins l'existence d'un « *principe d'interdiction des pratiques abusives* » applicable aussi au domaine de la TVA¹⁴⁷⁴. Ceci affirme sa propension à l'appliquer de manière générale et à l'étendre à l'ensemble du droit communautaire¹⁴⁷⁵.

La Cour de Justice suit de manière générale les conclusions de l'Avocat Général : la pratique abusive doit être prouvée par l'existence de deux éléments objectifs¹⁴⁷⁶. Il s'agit en premier lieu du fait que

« *Les opérations en cause, malgré l'application formelle des conditions prévues par les dispositions pertinentes de la sixième directive et de la législation nationale transposant cette directive, aient pour résultat l'obtention d'un avantage fiscal dont l'octroi serait contraire à l'objectif poursuivi par ces dispositions* »¹⁴⁷⁷.

En deuxième lieu, il doit aussi résulter que « *le but essentiel des opérations en cause est l'obtention d'un avantage fiscal* »¹⁴⁷⁸. Ces éléments doivent être appréciés par le juge national, conformément aux règles de preuve du droit national, avec la possibilité pour la Cour de Justice d'apporter des précisions dans le cas où elle est saisie par une question préjudicielle. La

¹⁴⁷² Point 91 des conclusions.

¹⁴⁷³ Cependant M. Poiars Maduro met en évidence l'absence d'utilité de la question de savoir si « *le principe acquiert ou non progressivement le statut d'un principe général véritablement autonome du droit communautaire* » (voir note de bas de page n° 62), affirmation qui nous combattons fortement en nous appuyant sur la position hiérarchique que les principes généraux du droit communautaire ont dans l'ordre juridique communautaire.

¹⁴⁷⁴ Point 70 de l'arrêt *Halifax*.

¹⁴⁷⁵ F. MARIATTE, « *Taxe sur la valeur ajoutée et abus de droit* », *op. cit.*, p. 28.

¹⁴⁷⁶ La confirmation de la tendance vers une théorie objective de l'abus de droit est donnée par les Conclusions de l'Avocat Général Léger sur l'affaire *Cadbury Schweppes*, précitée (voir principalement points 115 et s.)

¹⁴⁷⁷ Point 74 de l'arrêt *Halifax*.

¹⁴⁷⁸ Point 75 de l'arrêt *Halifax*. M. WATHELET (« *L'abus de droit en droit communautaire : application à la TVA et à la fiscalité directe*, *Bulletin Fiscal Francis Lefebvre*, 2006, n° 12, p. 1123) voit cependant ici le critère subjectif de l'abus de droit.

principale limite, la « *caractéristique générale* » du respect de l'efficacité du droit communautaire est retenue.

Le critère subjectif, consacré par la jurisprudence *Emsland*, de la « *volonté d'obtenir un avantage* » n'est plus repris par la Cour et se convertit dans la preuve objective du « *contenu et [de] la signification réels* » des opérations en cause. Des indices pouvant être utilisés dans ce sens sont le caractère purement artificiel des opérations ou les liens de nature juridique, économique et/ou personnelle entre les opérateurs impliqués dans le plan de réduction de la charge fiscale¹⁴⁷⁹. Les opérations en cause doivent toutefois avoir pour seul objectif celui d'obtenir un avantage fiscal. L'existence de tout objectif économique permet de légitimer l'activité en cause. La Cour de Justice semble ainsi opter pour une conception objective de l'abus de droit¹⁴⁸⁰.

En ce qui concerne le premier élément constitutif, la Cour commence par mettre en évidence les objectifs poursuivis par les dispositions de la sixième directive concernant le droit à déduction et conclut qu'il s'agit du principe de neutralité de la charge fiscale. Ce principe s'applique quels que soient les buts ou les résultats des activités économiques, à condition que ces activités soient elles-mêmes soumises à la TVA. En conséquent, l'application de ce principe suppose que l'existence d'un lien direct et immédiat entre une opération particulière en amont et une ou plusieurs opérations en aval ouvrant droit à déduction soit nécessaire pour la reconnaissance d'un droit à déduction de la TVA payée en amont. La première condition de constatation d'une pratique abusive serait remplie si des assujettis se voyaient reconnaître le droit de déduire la totalité de la TVA payée en amont alors que dans les cas de leurs transactions commerciales normales, ils n'auraient pas eu ce droit.

Dans l'arrêt *Cadbury Schweppes* du 12 septembre 2006¹⁴⁸¹, la Cour introduit le test du mobile (« *business purpose test* »¹⁴⁸²). Ce test supposait dans l'affaire qu'une société résidente doit

¹⁴⁷⁹ Point 81 de l'arrêt *Halifax*.

¹⁴⁸⁰ D. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 604, souligne cependant que l'élément subjectif de l'abus de droit est essentiel. Ignorer cet élément signifierait donner une application excessivement large à la notion et il permettrait de laisser de côté des législations nationales pour peu que l'objectif voulu par celles-ci ne soit pas atteint. De plus l'analogie avec le détournement de pouvoir, notion parallèle à l'abus de droit, dont la définition inclut toujours un élément subjectif et non seulement un test objectif serait un autre argument en faveur de la rétention de l'élément subjectif.

L'importance de l'élément intentionnel a été aussi affirmé par la Commission dans sa Communication interprétative « *Liberté de prestation de services et intérêt général dans le secteur des assurances* », JOUE n° C 043, 16.02.2000, pp. 5 – 27 : « *on ne pourrait pas considérer comme une "utilisation abusive" (contournement) une situation où une entreprise d'assurance est fréquemment sollicitée sur son propre territoire - par exemple, par le truchement de moyens de communication électroniques - par des consommateurs résidant dans un autre État membre, à moins d'établir le caractère intentionnel de la part du prestataire de services de procéder à cette utilisation abusive* ».

¹⁴⁸¹ CJCE, *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, 12 septembre 2006, Aff. C-196/04, Rec., p. I-7995.

¹⁴⁸² V. RUIZ ALMENDRAL, « *Tax avoidance and the European Court of Justice : what is at stake for European general anti-avoidance rules* », *op. cit.*, pp. 574 et s. Voir aussi les commentaires faites *supra* pp. 268 et s..

démontrer que, d'une part, la diminution significative de l'impôt au Royaume-Uni n'était pas l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux des transactions passées avec la société étrangère contrôlée et que, d'autre part, l'obtention d'une diminution dudit impôt par la voie d'un détournement de bénéfices au sens de ladite législation n'était pas la raison principale ou l'une des raisons principales de la constitution de la société étrangère contrôlée¹⁴⁸³. En étroite relation avec la condition de l'implantation réelle de la société concernée dans l'État membre d'accueil et l'exercice d'une activité économique effective, le test du mobile pourrait être utilisé en tant que critère supplémentaire pour découvrir l'objectif poursuivi par l'opérateur économique. La différence majeure avec l'arrêt *Halifax* est donnée par un nouvel ajustage de l'élément subjectif, ramené dans l'actualité. Pour que l'abus soit constaté il ne faut pas que l'objectif de frauder soit exclusif. Il est suffisant qu'il soit le principal objectif poursuivi, ce qui permet d'étendre le champ d'application de la notion d'abus de droit. La Cour abandonne donc la position de l'arrêt *Halifax* pour revenir à la définition exprimée dans l'arrêt *Emsland*¹⁴⁸⁴. L'Avocat Général Léger avait, au contraire, soutenu une conception objective de l'abus de droit, en soulignant que « *la motivation de la création de la filiale et du choix du pays de sons implantation* » ne représente pas un « *critère pertinent* »¹⁴⁸⁵.

On pourrait reprocher à cet arrêt d'introduire une confusion importante entre l'abus de droit en tant que principe général et l'abus de droit en tant qu'élément de délimitation de son champ d'application. L'abus de droit est analysé tant sous forme d'une « *question liminaire* » de l'application des articles 43 et 48 CE à la situation en cause, pour revenir ensuite sur cette notion dans la section portant sur les raisons impératives d'intérêt général. Il est regrettable que la Cour ne réussisse pas à construire une position stable de la notion d'abus de droit.

À différence des arguments présentés par la Commission et par l'Avocat Général Alber dans l'affaire *Emsland*, la Cour de Justice n'avait pas évoqué, dans ce même arrêt, l'existence d'un principe général d'interdiction de l'abus de droit et se limitait à rappeler que l'application des règlements communautaires ne saurait être étendue jusqu'à couvrir des

¹⁴⁸³ Point 62 de l'arrêt *Cadbury Schweppes*.

¹⁴⁸⁴ De manière erronée, la Cour cite, au point 64, les deux arrêts pour rappeler la définition donnée dans l'arrêt *Emsland* et sans reprendre les modifications apportées par *Halifax*.

¹⁴⁸⁵ Point 115 et s. Dans l'arrêt CJCE, *Test Claimants* de 13 mars 2007, précité, la Cour de Justice hésite de nouveau entre le caractère exclusif ou essentiel du but poursuivi par l'activité économique en cause. Si au point 77, la Cour dit que l'objectif de la législation nationale est de prévenir des pratiques qui n'auraient d'autre but que d'échapper à l'impôt normalement dû, tandis qu'au paragraphe 81, le but du montage artificiel doit essentiellement être celui d'échapper à l'emprise de la législation fiscale. Au point 82, la Cour de Justice revient au critère « *des seules fins fiscales* ».

Il est intéressant de mentionner que, dans ses conclusions sur l'affaire mentionnée, l'Avocat Général Geelhoed ne fait aucune référence à la définition de l'abus de droit ou à ses éléments constitutifs. Il se penche quasi-exclusivement sur le principe de la libre concurrence.

pratiques abusives d'opérateurs économiques¹⁴⁸⁶. La Cour reste assez réservée quant à la terminologie et, après les arrêts *Halifax* et *University of Huddersfield* où la Cour parle d'un « principe d'interdiction de pratiques abusives », elle utilise, dans l'arrêt *Kofoed* du 5 juillet 2007¹⁴⁸⁷, pour la première fois l'expression « principe général du droit communautaire », ce qui constitue le dernier pas vers sa consécration formelle. La Cour souligne ainsi que l'article 11 (1) (a) de la directive n° 90/434 « reflète le principe général du droit communautaire selon lequel l'abus de droit est prohibé »¹⁴⁸⁸. Cependant cette consécration ne devrait pas, à notre avis, conditionner l'application indépendante de ce principe général. Malheureusement la Cour ne va pas jusqu'à recommander aux juridictions nationales l'application directe du principe communautaire d'interdiction de l'abus de droit. En effet l'article 11 (1) (a) de la directive n° 90/434 ne peut pas, selon la Cour, être directement appliqué, pour le motif que l'État en cause ne peut pas l'invoquer dès lors qu'il ne l'a pas transposée. Au contraire, selon la Cour, le juge national devrait appliquer une norme nationale sur l'abus de droit, la fraude ou l'évasion fiscale, qui puisse être interprétée conformément à l'article 11 (1) (a). L'Avocat Général Kokott, dans ses conclusions présentées sur l'affaire le 8 février 2007, avait souligné de manière tranchée que le principe général d'interdiction de l'abus de droit ne peut pas être appliqué :

*« Du reste, les autorités compétentes ne devraient pas davantage être en droit d'invoquer directement à l'encontre d'un particulier un principe général de droit communautaire existant, par exemple selon lequel l'abus de droit est prohibé. En effet, pour les cas qui relèvent du champ d'application de la directive 90/434, un tel principe a trouvé son expression particulière ainsi qu'une traduction concrète à l'article 11, paragraphe 1, sous a), de la directive. Si l'on admettait encore en plus le recours direct à un principe juridique général dont le contenu est nettement moins clair et précis, cela risquerait de nuire à l'objectif d'harmonisation poursuivi par la directive 90/434 et menacerait la sécurité juridique qu'elle vise à garantir lors de la restructuration de sociétés de capitaux. Du reste, il serait de cette façon également porté atteinte à l'interdiction déjà mentionnée d'appliquer directement dans le chef du particulier des dispositions d'une directive non transposées »*¹⁴⁸⁹.

L'application directe du principe communautaire d'interdiction de l'abus de droit paraît ainsi exclue dans le domaine sensible de la fiscalité pour de motifs liés, principalement,

¹⁴⁸⁶ Point 51 de l'arrêt *Halifax*. Certains auteurs, comme D. SIMON, A. RIGAUX, *op. cit.*, p. 574 voient toutefois dans cet arrêt « un saut qualitatif qui consacre l'existence d'un nouveau principe général ».

¹⁴⁸⁷ CJCE, *Hans Markus Kofoed contre Skatteministeriet*, 5 juillet 2007, Aff. C-321/05, Rec., p. I-5795. Pour rappel, il s'agissait d'une fusion de sociétés par échanges d'actions. Les autorités danoises refusent l'exonération de l'impôt pour la distribution des dividendes opérés dans ce cadre. Voir l'analyse de l'affaire dans la Première Partie, Premier Titre, Chapitre IV, pp. 128 et s..

¹⁴⁸⁸ Point 38 de l'arrêt *Kofoed*.

¹⁴⁸⁹ Point 67 des conclusions.

au respect de la sécurité juridique. Pourtant si ce n'est pas la première fois que la Cour insiste sur l'importance de la sécurité juridique, cet aspect ne l'a pas empêché de reconnaître l'application directe de ce principe. Finalement si l'État membre n'adopte pas des mesures anti-abus, en transposant la directive, les comportements abusifs ne pourront pas être combattus. La position de la Cour de Justice se justifie peut-être par le fait que ce sont les intérêts fiscaux des États membres qui sont principalement lésés et que ceux-ci doivent avoir la compétence effective de lutter contre les pratiques abusives. Mais si on quitte au principe cette principale vertu, quelle serait alors l'importance d'être consacré en tant que principe général du droit communautaire ? Il s'agit d'une contradiction absurde dans les termes et de la création, à mon avis, de plus d'insécurité juridique. La Cour de Justice se contente, de manière injustifiée, avec un principe faible, sans force dans la lutte contre les agissements abusifs.

Dans l'affaire *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*¹⁴⁹⁰, l'Avocat Général Poiares Maduro insiste à nouveau sur le caractère strictement objectif de la notion communautaire de l'abus de droit. L'analyse de la mise en œuvre des deux éléments constitutifs met en évidence l'importance du critère de l'interpénétration économique et sociale qui se trouve à la base des libertés de circulation. L'absence de la preuve de l'exercice effectif de la libre circulation démontre l'accomplissement de la première condition de l'abus : le non respect des objectifs poursuivis par les dispositions communautaires invoquées. Le test du mobile n'est pas utilisé ici étant donné sa faible importance pratique en la matière ce qui nous fait penser qu'il sera réservé principalement, voire exclusivement, au domaine de la fiscalité.

C'est dans l'arrêt *Part Service* du 21 février 2008¹⁴⁹¹, que la Cour de Justice est invitée à se prononcer sur la question de savoir si le critère de l'« opération ayant pour but essentiel l'obtention d'un avantage fiscal » coïncide ou pas avec le critère de « l'opération effectuée sans autre raison économique que l'obtention d'avantage fiscal ». De manière indirecte, le juge national attire l'attention du juge communautaire sur la contradiction entre les deux conditions. La réponse de la Cour est très courte et justifie l'utilisation malaisée des deux critères par la situation particulière de l'affaire *Halifax* où le « seuil minimal » était accompli et dès lors aussi la condition du « but essentiel ». Le critère de l'absence de toute autre raison économique n'est donc pas une

¹⁴⁹⁰ Conclusions de l'Avocat Général Poiares Maduro présentées le 28 février 2008 sur l'affaire CJCE, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri c. Ministero della Giustizia, Marco Cavallera*, Aff. C-311/06, non encore publiées. Pour rappel, il s'agissait d'un ingénieur italien qui après obtenir l'homologation de son diplôme italien en Espagne, le diplôme lui donnant accès à la profession d'ingénieur. En retournant en Italie, il demande aux autorités italiennes la reconnaissance du titre professionnel espagnol. Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Premier Titre, Chapitre III, pp. 93 et s..

¹⁴⁹¹ CJCE, *Ministero dell'Economia e delle Finanze contre Part Service Srl*, 21 février 2008, Aff. C-425/06, non encore publié. Pour rappel, il s'agissait des sociétés appartenant au même groupe financier qui concluait des opérations de crédit-bail ayant comme objet des automobiles. Elles aménageaient les opérations d'une façon à diminuer la base imposable.

condition de l'abus de droit. Cet arrêt représente aussi un exemple de la collaboration entre le juge communautaire et le juge national dans la lutte contre les comportements abusifs. Ne pouvant pas interpréter de manière adéquate les objectifs de la sixième directive, le juge national n'hésite pas à inviter la Cour à lui fournir les éléments nécessaires pour la constatation d'un abus de droit. En dernier lieu, l'arrêt *Part Service* renforce l'autorité assez faible du principe général d'interdiction de l'abus dans la mesure où il est appliqué directement par le juge national en vue de refuser des avantages tirés du droit communautaire. Toutefois l'avancement doit être imputé principalement au juge national pour la manière dont il a maîtrisé la question de l'abus de droit.

Dans l'arrêt *Ampliscientifica* du 22 mai 2008¹⁴⁹², la Cour de Justice revient sur la condition du « *but essentiel* » de l'opération. S'agissant d'un éventuel abus commis dans l'utilisation d'une réglementation italienne relative à la TVA, la Cour, après s'être référée à son arrêt *Halifax* pour qualifier d'abusives « *les opérations qui sont réalisées **seulement dans le but de bénéficiaire abusivement des avantages prévus par le droit communautaire*** », ¹⁴⁹³ précise par la suite, en se référant à l'arrêt *Cadbury Schweppes*, que « *ce principe conduit à prohiber les montages purement artificiels, dépourvus de réalité économique, effectués à **la seule fin** d'obtention d'un avantage fiscal* »¹⁴⁹⁴. Il s'agit donc d'une contradiction expresse avec la jurisprudence *Part Service*.

La démarche suivie par la Cour dans la consécration du principe général de l'abus de droit n'est pas très différente de celle pratiquée par les juridictions nationales. La différence majeure consiste pourtant dans sa « *vision autonome* », car, dans l'ordre juridique communautaire, la philosophie du droit « *se fonde autant sur les exigences de la Communauté de droit que sur le souci de protéger l'efficacité du droit communautaire* »¹⁴⁹⁵. Se trouve ici l'origine des difficultés que la Cour a rencontrées pour construire ce principe général. Face au formalisme juridique mis en application par les particuliers, l'abus de droit doit faire l'objet d'une évaluation métajuridique¹⁴⁹⁶ où le juge, communautaire ou national, doit trouver un équilibre entre l'objectif de la règle communautaire et le souci de protéger les intérêts des États membres ou des opérateurs économiques contre des comportements abusifs.

¹⁴⁹² CJCE, *Ampliscientifica Srl et Amplifin SpA contre Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate*, 22 mai 2008, Aff. C-162/07, non encore publié. Il s'agissait d'un litige entre les sociétés d'un même groupe et les autorités italiennes ayant comme objet un rappel de taxe sur la valeur ajoutée.

¹⁴⁹³ Point 27 de l'arrêt *Ampliscientifica*.

¹⁴⁹⁴ Point 28 de l'arrêt *Ampliscientifica*.

¹⁴⁹⁵ D. SIMON, A. RIGAUX, *op. cit.*, p. 578.

¹⁴⁹⁶ D. SIMON, A. RIGAUX, *op. cit.*, p. 580.

Une fois accomplie l'analyse des différentes étapes de la construction prétorienne de la notion d'abus de droit, il convient d'analyser si elle présente les caractéristiques générales des principes généraux du droit communautaire. Même s'il est difficile à donner une définition des principes généraux il y a toutefois des critères qui peuvent les caractériser. Il convient de voir si l'interdiction de l'abus de droit remplit ces conditions. En premier lieu, la règle en question doit présenter une certaine généralité dans le sens où elle opère à un degré d'abstraction que la distingue de toute autre règle¹⁴⁹⁷. L'interdiction de l'abus de droit remplit cette condition si nous prenons en compte l'extension de son champ d'application. Il s'agit d'un principe transversal au droit communautaire. En même temps, la généralité implique l'acceptation ou la reconnaissance¹⁴⁹⁸. Le principe a été reconnu expressément par la Cour de Justice, les Avocats Généraux, le Tribunal de Première Instance et la Commission européenne. On lui accorde donc au niveau communautaire une pleine consécration. Au niveau national, la reconnaissance n'a pas tardé non plus à apparaître¹⁴⁹⁹. En deuxième lieu, la règle doit présenter une certaine importance dans le cadre de l'ordre juridique communautaire. Elle doit correspondre à des valeurs importantes que se trouvent au cœur de l'ordre juridique¹⁵⁰⁰. L'interdiction de l'abus de droit permet de sanctionner l'usage abusif des droits issus des dispositions communautaires et ainsi assure l'esprit du droit communautaire. Face à ces arguments, il convient de conclure que l'interdiction de l'abus de droit a acquis le statut privilégié de principe général du droit communautaire¹⁵⁰¹. Il est ainsi indéniable que la théorie de l'abus de droit « *perd progressivement la nature d'une méthode d'interprétation de dispositions de droit dérivé pour acquérir le statut de véritable principe général du droit communautaire* »¹⁵⁰².

L'analyse de la jurisprudence communautaire met en évidence l'utilisation par la Cour de Justice d'une multitude des expressions juridiques, plus ou moins relationnées, en ce qui concerne le phénomène que nous avons dénommé abus de droit. Dans la terminologie utilisée par la Cour, nous remarquons des expressions comme « *abus* », « *abus de droit* », « *fraude* », « *fraude à la loi* », « *fraude fiscale* », « *évasion fiscale* », « *mariage de complaisance* », etc. Si dans les droits nationaux les termes sont évidemment très différents, en droit communautaire, ces termes se

¹⁴⁹⁷ T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, *op. cit.*, p. 1.

¹⁴⁹⁸ T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, *op. cit.*, p. 26.

¹⁴⁹⁹ Voir *infra* pp. 388 et s., le cas de la France et de l'Espagne.

¹⁵⁰⁰ T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, *op. cit.*, p. 1.

¹⁵⁰¹ Dans le même sens se prononce R. DE LA FERIA, *op. cit.*, p. 439. Dans ses conclusions, présentées le 4 septembre 2008, sur l'affaire *Mirja Juuri c. Fazer Amica Oy*, Aff. C-396/07, non encore publiées, l'Avocat Général Ruiz-Jarabo Colomer considère cependant que le débat sur la consécration du principe communautaire d'interdiction de l'abus de droit reste ouvert (voir note de bas de page 16 des conclusions).

¹⁵⁰² D. SIMON, A. RIGAU, *op. cit.*, p. 577. D'autres auteurs (A. KJELLGREN, *op. cit.*, p. 276) soulignent cependant que le droit communautaire n'a pas besoin d'un principe général d'interdiction de l'abus de droit dès lors que les mêmes objectifs peuvent être accomplis par la méthode d'interprétation.

mèlent tous sous le chapeau du principe d'interdiction d'abus de droit, tendant à couvrir toute manifestation du comportement du particulier qui utilise de manière abusive le droit communautaire, soit dans le but d'échapper à un certain droit national, soit dans le but de tirer du droit communautaire des avantages indus. Cependant cette démarche n'apporte que de la confusion et freine la construction d'une institution claire et précise. La justification de l'utilisation des termes non uniformes résiderait peut-être dans la diversité des domaines qui sont concernés : de la fiscalité directe jusqu'à la politique agricole commune ou le droit d'établissement¹⁵⁰³.

Certains juristes, comme l'Avocat Général Poiares Maduro dans l'affaire *Halifax*¹⁵⁰⁴, mettaient en exergue que l'utilisation de l'expression « *interdiction de faire un usage abusif des dispositions du droit communautaire* » serait plus approprié et exprimerait de manière non équivoque le contenu de la notion. À notre avis, même si cette expression est bienvenue, nous préférons nous référer à l'abus de droit, car, comme dans les droits nationaux, la notion exprime l'exercice non approprié du droit dont on dispose, et se superpose à la typologie des comportements que nous allons analyser. Ainsi, la notion d'abus de droit comprend deux aspects : la fraude au droit national et la fraude au droit communautaire. Ce n'est que dans l'arrêt *Kofoed* que la Cour utilise pour la première fois, et jusqu'à ce moment pour la seule fois, l'expression « *principe général du droit communautaire de l'interdiction de l'abus de droit* ».

& IV. Un principe dédoublé ?

Si la consécration d'un principe général d'interdiction de l'abus de droit est plus envisageable dans des secteurs où l'harmonisation est assez poussée ou totale, car les interventions de la part des États membres, en matière législative, sont pratiquement exclues, la question se pose d'une autre manière dans les domaines où l'harmonisation est réduite, voire inexistante. Dans ce cas là, et en vertu du principe de subsidiarité, les États membres restent compétents pour adopter des mesures nationales anti-abus sous condition du respect du droit communautaire. L'avancement vers la consécration du principe général d'interdiction de l'abus de droit s'est faite principalement dans des domaines harmonisés comme la politique agricole commune et la fiscalité indirecte (la TVA). L'inexistence de la possibilité par les États

¹⁵⁰³ Il convient de souligner que la doctrine utilise aussi des noms différents pour dénommer le principe d'interdiction de l'abus de droit : « *fraude* », « *abus* », « *contournement* » sont seulement quelques termes utilisés.

¹⁵⁰⁴ L'Avocat Général maintient sa position car dans ses Conclusions présentées le 28 février 2008 sur l'affaire *Consiglio Nazionale degli Ingegneri c. Ministero della Giustizia, Marco Cavallera*, Aff. C-311/06, il se réfère toujours au principe communautaire d'interdiction des pratiques abusives (point 43).

membres d'adopter des mesures internes anti-abus a encouragé la Cour dans son objectif de créer et d'appliquer une notion autonome de l'abus de droit.

La deuxième forme d'abus de droit, c'est-à-dire le contournement du droit national par le moyen du droit communautaire¹⁵⁰⁵, manifestée dans des domaines caractérisés par une concurrence normative, a déterminé une certaine timidité de la Cour de Justice. Dans les arrêts *Kofoed* et *Commission c. Grèce*, le juge communautaire a hésité dans l'application directe du droit communautaire et a opté pour la « *transposition* » de ce principe général dans des dispositions internes.

Même s'il est transversal, le principe d'interdiction de l'abus de droit se voit dédoublé en fonction du degré d'harmonisation¹⁵⁰⁶. Dans des secteurs harmonisés, le contrôle se centre sur le comportement abusif et le principe général mentionné permet de le sanctionner dans le cas où les conditions prétoriennes sont remplies. Dans des domaines moins harmonisés, le contrôle est dirigé vers les mesures nationales anti-abus et le développement type raison impérieuse d'intérêt général paraît apte à fonctionner de manière adéquate, ôtant cependant à la notion d'abus de droit l'autorité d'un instrument juridique supérieur¹⁵⁰⁷. L'interdiction de l'abus de droit semble ainsi avoir une opérativité « *à deux vitesses* » : plus avancé dans les domaines harmonisés et moins développé dans les autres secteurs¹⁵⁰⁸. Cette situation de dédoublement devrait être éliminée une fois la notion d'abus de droit aurait atteint sa maturité et aurait acquis le plein caractère de transversalité. À notre avis, une étape supplémentaire est nécessaire en vue de compléter le régime juridique de la notion et d'éliminer des contradictions gênantes et porteuses d'insécurité juridique pour les particuliers. Un principe à une « *vitesse uniforme* » correspondrait mieux à l'objectif de l'effet utile et de l'application uniforme du droit communautaire.

Le dédoublement se manifeste principalement en ce qui concerne la définition de l'abus de droit. Dans le cas où l'interdiction de l'abus de droit est invoquée pour justifier des mesures nationales anti-abus, la notion manque de définition solide. Le juge communautaire parle plutôt « *des montages purement artificiels dont le but serait de contourner ou échapper à l'emprise de la loi nationale* »¹⁵⁰⁹. L'intervention du juge communautaire concerne la proportionnalité de la

¹⁵⁰⁵ Voir *supra* Première Partie, Premier Titre.

¹⁵⁰⁶ Le dédoublement est aussi chronologique, car dans la même période de référence (par exemple la période 2000 – 2008), la Cour développe une jurisprudence parallèle en fonction du degré d'harmonisation en cause.

¹⁵⁰⁷ À notre avis, principalement dans le domaine de la fiscalité directe, les États membres ne sont pas préparés à accepter l'invocation et l'application directe d'un principe général de l'abus de droit au lieu des mesures nationales anti-abus.

¹⁵⁰⁸ Dans les deux cas, le rôle joué par la Cour de Justice est essentiel. Elle pourra intervenir tant pour apprécier le comportement abusif observé que pour contrôler la compatibilité avec le droit communautaire des mesures nationales anti-abus.

¹⁵⁰⁹ Point 57 de l'arrêt *Marks & Spencer*.

mesure nationale, donc le centre d'intérêt est le comportement de l'État membre et pas celui du particulier ayant exercé la liberté communautaire. Au contraire, dans les domaines harmonisés, le progrès est important en ce qui concerne tant la définition que le régime juridique¹⁵¹⁰.

Il convient cependant de mettre en exergue que, dans les deux cas, l'abus de droit présente une caractéristique constante. Il s'agit du critère téléologique¹⁵¹¹ consistant dans le non respect des objectifs poursuivis pas la disposition communautaire en cause. Le dépassement des « *limites inhérentes* » du droit octroyé par le droit communautaire est le premier élément permettant de conclure qu'il s'agit d'un abus¹⁵¹². En ce qui concerne les composantes de l'abus de droit, la prépondérance des éléments objectifs est évidente dans la jurisprudence récente. Cependant le choix d'une conception objective ne signifie pas l'exclusion de tout élément subjectif¹⁵¹³.

Le caractère *sui generis* de la notion communautaire d'abus de droit ne permet pas de la calquer totalement sur telle ou telle conception nationale. La différence majeure se réfère à la spécificité du domaine d'intervention : au niveau communautaire, l'abus de droit implique nécessairement l'intervention d'un droit supranational, à côté du droit interne. L'abus communautaire implique une artificialité du comportement, élément qu'on ne retrouve pas dans les notions nationales d'abus de droit et qui se rapproche plutôt de la fraude à la loi. Dans cette perspective, la Cour de Justice s'inspire clairement des développements faits dans le droit international privé, sans toutefois se limiter à ce cadre et essayant de créer une notion éclectique d'abus-fraude.

La panoplie des situations que le principe général d'interdiction de l'abus de droit doit couvrir est le principal obstacle dans la voie de l'établissement des critères fixes. Le principe s'adapte à chaque situation en cause et, par voie de conséquence, a un caractère « *caméléonien* ». Le juge met l'accent sur le caractère fictif ou anormal de l'opération, sur son mobile ou sur le préjudice tellement grave aux intérêts légitimes d'autrui. Il n'est pas étonnant d'observer une telle dérive car elle s'est aussi manifestée dans les droits nationaux¹⁵¹⁴.

¹⁵¹⁰ Voir l'arrêt *Emsland* et la jurisprudence postérieure qui confirme la définition de l'abus de droit y donnée.

¹⁵¹¹ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, op. cit., p. 222.

¹⁵¹² Il s'agit du corollaire du critère proposé par Josserand : « *la contrariété de l'acte au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité* » (voir *supra* pp. 307 et s.).

¹⁵¹³ En effet, la conception objective telle que manifestée dans les ordres juridiques nationaux ne suppose pas l'exclusion de tout élément subjectif, mais elle se fonde sur une diminution de l'importance d'un tel critère (voir *supra* pp. 313 et s.).

¹⁵¹⁴ En droit français la jurisprudence n'a pas formellement choisi entre les différents critères : le critère technique de la faute, le critère économique du défaut d'intérêt légitime etc. À différence des ordres nationaux, la nécessité de l'existence d'un dommage n'est pas mentionnée, mais ceci ne signifie pas qu'elle ne soit pas prise en considération. La seule référence à la condition de l'existence d'un dommage est mentionnée dans l'arrêt *Centros*. À notre avis, la preuve d'un dommage ne serait nécessaire que dans le cas d'une fraude aux droits des tiers. Dans

le cas d'une fraude à la loi, le dommage consistant dans l'enfreint de l'intérêt général protégé par la norme en question, est implicite.

Chapitre II. *L'étape déductive*

Une fois précisée la définition de l'abus de droit, il convient d'analyser l'application de ce principe général à différentes situations, en mettant ainsi en évidence son régime juridique. Il s'agit de déduire les normes communautaires susceptibles de faire l'objet d'un abus et les sujets qui peuvent les abuser (Section I), la preuve qui doit être apportée (Section II) et la sanction (Section III). Finalement, nous examinerons les conséquences de la consécration, au niveau communautaire, de l'interdiction de l'abus de droit (Section IV).

Section I. Le champ d'application du principe communautaire d'interdiction de l'abus de droit

La structure de la première partie a déjà mis en évidence les différents domaines où l'abus peut se manifester et, par voie de conséquence, les droits qui peuvent faire l'objet d'abus. Les droits susceptibles d'abus peuvent être octroyés tant par le droit primaire que par le droit dérivé, y inclus des accords d'association ou des conventions conclues entre les États membres. Il s'agit par exemple du droit d'établissement, de la libre prestation des services, des droits tirés de la sixième directive sur la TVA ou des différents règlements portant sur la politique agricole commune¹⁵¹⁵. Apparemment, il n'y a pas de limite quant aux droits qui peuvent faire l'objet d'un abus¹⁵¹⁶. À notre avis, il y a une seule limite et elle concerne l'effet direct des dispositions communautaires octroyant les droits. Ainsi pour pouvoir abuser d'un droit il faut premièrement pouvoir l'invoquer. Seules les dispositions communautaires ayant effet direct peuvent faire l'objet d'un abus. Dans le cas où nous acceptons que les auteurs de l'abus ne sont que les particuliers, mais aussi les institutions communautaires, la conditionnalité de l'effet direct n'est plus nécessaire.

En ce qui concerne les auteurs de l'abus, la discussion est plus complexe. Après des considérations générales (& I), il convient d'analyser la récente extension de la sphère des sujets susceptibles d'abuser des dispositions communautaires (& II).

¹⁵¹⁵ Voir *supra*, Première Partie.

¹⁵¹⁶ R. DE LA FERIA (*op. cit.*, p. 417) souligne cependant que la Cour de Justice utilise des approches différents selon que l'abus concerne des situations commerciales ou des situations impliquant des personnes physiques, et donc invoquant la libre circulation des personnes. Dans le deuxième cas, l'auteur considère que la Cour se montre plus réticente à reconnaître l'abus. À notre avis, mis à part le cas particulier de l'affaire *Kunqian Catherine Zhu*, la jurisprudence communautaire ne confirme pas une telle conclusion.

& I. Considérations générales

La jurisprudence communautaire analysée a mis en exergue que l'abus de droit est généralement exercé par des particuliers. Les États membres étaient donc en droit de prendre des mesures anti-abus contre leurs propres nationaux, mais aussi contre les citoyens des autres États membres ou même des États tiers. Il peut s'agir tant des personnes physiques que des personnes morales, comme c'était principalement le cas dans le domaine de la politique agricole commune ou de la TVA.

En ce qui concerne les États membres, l'application du principe paraît, à notre avis, exclue. *Lato sensu*, ils disposent des droits issus du droit communautaire. Ainsi le Traité CE leur permet d'adopter des mesures nationales en vue de restreindre les libertés de circulation (art. 30, 39, 46 et 58 CE). On pourrait invoquer que ces droits ont été exercés de manière abusive dans le cas où les mesures nationales adoptées poursuivraient un autre objectif que ceux mentionnés dans les dispositions mentionnées. Dans ces cas, le contrôle développé par la Cour de Justice vise principalement la proportionnalité de ces mesures. Le principe de proportionnalité empêche donc la prise en compte du nouveau principe d'interdiction de l'abus de droit. Même si théoriquement on pourrait constater un abus de la part des États membres, en pratique il paraît difficile d'évaluer la situation sur d'autres critères que ceux du principe de proportionnalité. À notre avis, il n'y a pas non plus d'intérêt à renouveler une jurisprudence bien établie en cette matière car, en pratique, les conséquences sont les mêmes, indépendamment des principes appliqués pour sanctionner le comportement des États membres¹⁵¹⁷.

La doctrine¹⁵¹⁸ n'a pas tardé à s'interroger sur la question de savoir si seulement les particuliers sont censés abuser de leurs droits. Le fait que les institutions communautaires ont des droits octroyés par les Traités ou par le droit dérivé n'exclut pas, de manière absolue, le risque de l'abus, ce qui a été prouvé par la jurisprudence *Citymo*. Étendre la sphère des sujets de l'abus contribuerait à renforcer la position de ce principe général du droit communautaire et sa possible maturité.

¹⁵¹⁷ Dans le même se prononce D. TRIANTAFYLLOU, « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *op. cit.*, p. 612.

¹⁵¹⁸ *Idem*, 441.

& II. L'extension de la sphère des auteurs de l'abus : l'apport de l'arrêt *Citymo*

Il s'agit d'une affaire intéressante non seulement du point de vue de la clarification des conditions d'engagement de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté européenne mais aussi en ce qui concerne l'extension de l'application du principe général d'interdiction de l'abus de droit. En ce qui concerne ce dernier aspect, la jurisprudence communautaire avait mis en évidence une série de cas de manifestation des comportements abusifs, mais exclusivement en ce qui concerne les particuliers. Par l'arrêt *Citymo*, du 8 mai 2007¹⁵¹⁹, le Tribunal de Première Instance ouvre la possibilité de l'application de ce principe aussi aux institutions communautaires, principe dont la violation aurait pour conséquence, dans ce cas, l'engagement de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté européenne.

Le Tribunal de Première Instance a été saisi d'une action visant, à titre principal, la responsabilité contractuelle de la Communauté pour les dommages-intérêts subis par *Citymo* au titre de la résiliation d'un contrat de bail prétendument conclu entre cette société et la Communauté. À titre subsidiaire, l'action porte sur la responsabilité extracontractuelle de la Communauté visant à obtenir le dédommagement du préjudice subi par la société *Citymo* à la suite de la rupture, par la Commission, des négociations précontractuelles visant la conclusion du contrat de bail mentionné.

Citymo, société de droit belge agissant dans le domaine des opérations immobilières, entame des négociations avec la Commission dans le but de conclure un contrat de bail ayant comme objet des locaux à usage de bureaux. Après des réunions ayant eu lieu au cours de l'année 2003, un contrat de bail a été rédigé. Celui-ci précisait que des travaux d'aménagement intérieur devaient être faits au nom de la société *Citymo* et que leur montant serait remboursé par le paiement d'un loyer additionnel par la Commission. Par la suite, la société *Citymo* a communiqué à la Commission que, après une confirmation de sa part sur les termes du contrat, elle procéderait aux travaux d'aménagement sans attendre donc la signature formelle du contrat. Ayant reçu son accord, *Citymo* a passé les premières commandes nécessaires à la réalisation de ces travaux. Quelques jours plus tard, la Commission a communiqué à *Citymo* que l'approbation du contrat de bail serait suspendue et qu'il était difficile à donner une date de reprise de négociations. Étant donné que la Commission a refusé d'indemniser la société belge pour les dommages subis suite à la

¹⁵¹⁹ Arrêt TPICE, *Citymo SA c. Commission des Communautés européennes*, 8 mai 2007, Aff. T-271/04, Rec., p. II-1375. Voir commentaire de cet arrêt par E. BERNARD, « Responsabilité pour rupture d'un contrat de bail pensant la période précontractuelle », *Revue Europe*, juillet 2007, commentaire n° 177, pp. 15 - 16.

rupture des négociations précontractuelles, celle-ci a saisi le Tribunal de Première Instance en vertu de la clause compromissoire incluse dans le contrat de bail.

Les problèmes de droit soulevés par l'affaire *Citymo* portent sur les conditions d'engagement de la responsabilité contractuelle et extracontractuelle de la Communauté ainsi que sur le rôle joué par le principe général d'interdiction de l'abus de droit sur ces conditions. Dans ce sens, nous mettrons en exergue la sanction de la rupture abusive des négociations précontractuelles¹⁵²⁰, pour insister ensuite sur les conditions d'invocation de l'abus de droit pour engager la responsabilité extracontractuelle de la Communauté. Nous finirons par une comparaison entre l'abus de droit et l'abus de pouvoir ou le détournement de pouvoir commis par les institutions communautaires.

A) La responsabilité de la Communauté européenne pour rupture abusive des négociations précontractuelles

Dans cette section, nous allons nous centrer sur le régime de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté. Dans sa requête, en vertu de l'article 225 (1) CE et de l'article 238 CE, la société *Citymo* fonde son recours sur la clause compromissoire contenue dans l'article 17 du contrat de bail¹⁵²¹ qu'elle aurait conclu avec la Communauté, représentée par la Commission. À titre subsidiaire, la société *Citymo* a introduit un recours en responsabilité extracontractuelle, fondé sur les articles 225 CE, 235 CE et 288 (2) CE. La question de la compétence du Tribunal ne soulève aucun problème, car l'article 235 CE établit de manière claire sa compétence exclusive en cas de responsabilité extracontractuelle de la Communauté fondée sur l'article 288 (2) CE. Par voie de conséquence, et étant donné qu'aucune des parties ne conteste sa compétence, le Tribunal entre directement dans l'analyse de l'affaire sur le fond.

Les arguments de la société *Citymo* visent principalement la violation par la Commission de certains principes généraux tels que la bonne foi, l'interdiction de l'abus de droit et la confiance légitime. Ainsi, la Commission aurait rompu de manière abusive les négociations précontractuelles¹⁵²². La violation du principe de protection de la confiance légitime consisterait dans la rupture des négociations après « *avoir fait naître chez elle [...] l'espérance fondée que la signature formelle du contrat allait suivre l'accord de principe qui avait été donné sur*

¹⁵²⁰ À notre avis, il est utile de traiter aussi cet aspect pour mieux comprendre l'application du principe général d'interdiction de l'abus de droit au régime « classique » de la responsabilité de la Communauté.

¹⁵²¹ Cet article stipulait que « *en cas de litige, et à défaut d'un accord à l'amiable, la Cour de Justice des Communautés européennes sera compétente* ».

¹⁵²² Voir *infra* le développement de l'argument de la requérante.

les termes du contrat »¹⁵²³. La requérante demande l'indemnisation de sa perte de chance de conclure le contrat de bail par l'attribution de 75% du montant du gain contractuel attendu, soit une somme s'élevant à 6 608 821, 25 euros. Elle demande aussi le remboursement des frais qu'elle a engagés vainement dans les négociations, consistant dans les frais réclamés par ses fournisseurs à la suite des commandes passées. Finalement, Citymo réclame l'indemnisation de la perte de chance de louer l'immeuble à un tiers.

De son côté, la Commission soutient qu'il ne peut lui être imputé un comportement fautif au sens de l'article 288 (2) CE et se fonde sur l'article 101 du Règlement financier¹⁵²⁴ qui lui confère le droit absolu de ne pas conclure le contrat de bail, sans devoir d'indemnisation. La Commission soutient qu'elle n'a fait qu'exercer ses droits, dans le respect des procédures de passation des marchés publics communautaires et qu'elle a renoncé au contrat de bail pour des considérations liées à des problèmes techniques posés par l'immeuble et son implantation géographique. Elle a tenu informée la société Citymo de l'évolution du processus de décision et par la suite de la suspension de ce processus et de la renonciation à la conclusion du contrat de bail, ainsi « aucune méconnaissance grave et manifeste des limites qui s'imposaient [...] à son pouvoir d'appréciation ne peut lui être imputée »¹⁵²⁵.

Dans son appréciation, le Tribunal commence par rappeler que, conformément à une jurisprudence constante¹⁵²⁶, l'engagement de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté au sens de l'article 288 (2) CE est subordonné « à la réunion d'un ensemble de conditions, à savoir l'illégalité du comportement reproché aux institutions, la réalité du dommage et l'existence d'un lien de causalité entre le comportement allégué et le préjudice invoqué »¹⁵²⁷. Si l'une des conditions n'est pas remplie, le recours doit être rejeté dans son ensemble sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres conditions d'engagement de la responsabilité de la Communauté¹⁵²⁸. Par ailleurs, le Tribunal n'est pas tenu d'examiner les conditions dans un ordre prédéterminé¹⁵²⁹. Le Tribunal applique donc la construction jurisprudentielle de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté, sans faire de distinction entre la nature de l'acte qui a déterminé la responsabilité (activité normative ou pas).

¹⁵²³ Point 70 de l'arrêt *Citymo*.

¹⁵²⁴ Règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil du 25 juin 2002 portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes (JOUE n° L 248, 16.09.2002, p. 1 – 48).

¹⁵²⁵ Point 77 de l'arrêt *Citymo*.

¹⁵²⁶ Arrêt CJCE, *SA Oleificio Mediterranei contre Communauté économique européenne*, 29 septembre 1982, Aff. 26/81, Rec., p. 3057, point 16.

¹⁵²⁷ Point 86 de l'arrêt *Citymo*.

¹⁵²⁸ Arrêt TPICE, *Förde-Reederei GmbH contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, 20 février 2002, Aff. T-170/00, Rec., p. II-515, point 37.

¹⁵²⁹ Arrêt CJCE, *Arnaldo Lucaccioni contre Commission des Communautés européennes*, 9 septembre 1999, Aff. C-257/98 P, Rec., p. I-5251, point 13.

Le Tribunal s'attache tout d'abord à l'examen d'un éventuel comportement illégal de la Commission dans le contexte de l'affaire, c'est-à-dire celui d'une procédure de passation de marché public. Il souligne que dans les négociations précontractuelles la Commission a agi comme « *un pouvoir adjudicateur* » au sens de l'article 104 du Règlement financier et que le contrat doit être qualifié de marché public, donc un acte de droit public¹⁵³⁰. Dans ce cadre, lorsqu'il passe des marchés immobiliers, le pouvoir adjudicateur peut recourir à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché et peut choisir librement la ou les entreprises avec lesquelles il souhaite entrer en négociation¹⁵³¹.

Le Tribunal écarte par la suite les griefs tirés du défaut de communication des motifs de la rupture et de l'engagement inconsidéré dans les négociations précontractuelles, en soulignant que les principes de bonne foi et d'interdiction de l'abus de droit n'ont pas été violés. Même si la Commission a l'obligation de motivation de la décision de renoncer à la passation d'un marché public, la société Citymo n'a démontré aucun préjudice susceptible de résulter du défaut de communication des motifs¹⁵³². Quant au fait que la Commission aurait pris à la légère les négociations, le Tribunal considère qu'il résulte des éléments du dossier que la rupture des négociations découle des motifs techniques liés à l'implantation géographique de l'immeuble en question¹⁵³³. S'agissant d'un marché public, et donc d'un acte de droit public, l'application de la théorie de l'abus de droit peut soulever des interrogations, qu'on va développer dans une autre section.

Ensuite, le Tribunal se penche sur les griefs concernant la communication tardive de la décision de rompre les négociations, le défaut de communication des règles internes de prise de décision et les assurances données sur la conclusion du contrat de bail. En vue d'apprécier la légalité du comportement de la Commission, le juge communautaire rappelle les critères dégagés par la jurisprudence : il faut établir « *une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits au particuliers* »¹⁵³⁴. Le juge rappelle l'importance du critère des limites du pouvoir d'appréciation de l'institution communautaire,

¹⁵³⁰ Le marché public est défini, conformément à l'article 88 (1) du Règlement financier de la manière suivante : « 1. Les marchés publics sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit par un pouvoir adjudicateur, au sens des articles 104 et 167, en vue d'obtenir, contre le paiement d'un prix payé en tout ou en partie à la charge du budget, la fourniture de biens mobiliers ou immobiliers, l'exécution de travaux ou la prestation de services.

Ces marchés comprennent:

- a) les marchés portant sur l'achat ou la location d'un immeuble;
- b) les marchés de fournitures;
- c) les marchés de travaux;
- d) les marchés de services. »

¹⁵³¹ Point 94 de l'arrêt *Citymo*.

¹⁵³² Point 101 de l'arrêt *Citymo*.

¹⁵³³ Point 103 de l'arrêt *Citymo*.

¹⁵³⁴ Arrêt CJCE, *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA et Jean-Jacques Goupil contre Commission des Communautés européennes*, 4 juillet 2000, Aff. C-352/98 P, Rec., p. I-5291, point 42.

car, si ce pouvoir est réduit voire inexistant, « la simple infraction du droit communautaire peut suffire à établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée », alors que, dans les autres cas, il faut une « méconnaissance manifeste et grave » de ces limites¹⁵³⁵. Le juge communautaire a ainsi élaboré « une solution prétorienne »¹⁵³⁶ quant au régime de responsabilité de la Communauté, parce que l'article 288 (2) CE se limitait à prescrire que « en matière de responsabilité non contractuelle, la Communauté doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions ».

Le Tribunal continue son raisonnement avec l'analyse de la règle violée en cause, en vérifiant si cette règle a « pour objet de conférer des droits aux particuliers ». De façon préliminaire, et sans rester à l'abri de toute critique, il établit que l'invocation d'un abus de droit qui résulterait des circonstances de la rupture des négociations précontractuelles ne présente « aucune portée autonome par rapport au grief tiré d'une violation du principe de bonne foi » et ces deux griefs doivent se confondre¹⁵³⁷. La doctrine a mis en évidence que le principe d'interdiction d'abus de droit et celui de la bonne foi se trouvent en étroite relation sans toutefois se confondre. Même si le principe de bonne foi a été parfois invoqué dans la jurisprudence communautaire, son régime ne se confond pas avec celui de l'interdiction de l'abus de droit¹⁵³⁸.

Le juge souligne que tant le principe d'interdiction de l'abus de droit comme le principe de la bonne foi confèrent, à l'occasion des négociations précontractuelles entre

¹⁵³⁵ Point 105 de l'arrêt *Citymo* ; arrêt CJCE, *Commission des Communautés européennes contre Camar Srl et Tico Srl*, 10 décembre 2002, Aff. C-312/00 P, Rec., p. I-11355, point 54 (Voir commentaire de cet arrêt par F. MARIATTE, « Responsabilité extracontractuelle. Conditions », *Revue Europe*, février 2003, commentaire n° 49, p. 14) ; arrêt TPICE, *Comafrika SpA et Dole Fresh Fruit Europa Ltd & Co. contre Commission des Communautés européennes*, 12 juillet 2001, Aff. Jtes. T-198/95, T-171/96, T-230/97, T-174/98 et T-225/99, Rec., p. II-1975, point 134 (Voir commentaire de cet arrêt par D. RITLÉNG, « Responsabilité de la Communauté. Conditions de mise en œuvre », *Revue Europe*, octobre 2001, commentaire n° 299, p. 15). Ces arrêts ont permis d'aligner le régime de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté au régime de responsabilité des États pour violation du droit communautaire, en rétablissant l'homogénéité. Il faudrait ajouter aussi l'arrêt TPICE, *Dieckmann & Hansen GmbH contre Commission des Communautés européennes*, 23 octobre 2001, Aff. T-155/99, Rec., p. II-3143 (voir commentaire de cet arrêt par F. MARIATTE, « Responsabilité de la Communauté. Conditions de mise en œuvre », *Revue Europe*, décembre 2001, commentaire n° 360, pp. 14 – 15) et l'arrêt TPICE, *Dole Fresh Fruit International Ltd contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, 6 mars 2003, Aff. T-56/00, Rec., p. II-577 (Voir commentaire de cet arrêt par D. RITLÉNG, « Responsabilité extracontractuelle. Conditions de mise en œuvre », *Revue Europe*, mai 2003, commentaire n° 159, pp. 12 – 13). La distinction doit ainsi se faire en fonction du degré du pouvoir d'appréciation et pas sur le critère formel acte normatif/acte administratif. Bien que des infléchissements temporaires soient apparus (arrêt TPICE, *Area Cova, SA et autres contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, 6 décembre 2001, Aff. T-196/99, Rec., p. II-3597 ; voir commentaire de cet arrêt par D. RITLÉNG, « Responsabilité de la Communauté. Conditions de mise en œuvre », *Revue Europe*, février 2002, commentaire n° 44, pp. 14 - 15), la consécration d'un régime uniforme de responsabilité est accomplie.

Sur le contentieux de la responsabilité extracontractuelle des Communautés, voir G. ISAAC, M. BLANQUET, *op. cit.*, pp. 403 – 423 ; J. MOLINIER, *Droit du contentieux européen*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 101 – 111 ; S. WEATHERILL, *Cases & Materials on EU Law*, Oxford University Press, 2006, pp. 236 – 244.

¹⁵³⁶ G. ISAAC, M. BLANQUET, *op. cit.*, p. 403.

¹⁵³⁷ Point 106 de l'arrêt *Citymo*.

¹⁵³⁸ Voir *infra* p. 378.

l'autorité publique communautaire et un soumissionnaire dans le cadre d'une procédure de passation de marché public, des droits à ce soumissionnaire en imposant certaines limites à l'action du pouvoir adjudicateur communautaire qui décide de renoncer au marché et de ne pas contracter¹⁵³⁹. Dans le même sens, le principe de confiance légitime confère, dans le même cadre des négociations précontractuelles, des droits au soumissionnaire si l'administration communautaire, en lui fournissant des assurances précises, a fait naître chez lui des espérances fondées¹⁵⁴⁰. Par voie de conséquence, la première condition, celle relative à l'existence d'une règle ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers, est remplie.

Ensuite, le Tribunal se penche sur l'analyse du pouvoir d'appréciation conférée à la Commission, dans le cadre de la procédure de passation des marchés publics, car ce critère est essentiel dans le contexte de la jurisprudence *Camar*, précitée¹⁵⁴¹. L'article 101 (1) du Règlement financier, tel qu'interprété par la jurisprudence communautaire¹⁵⁴², octroie au pouvoir adjudicateur « *un très large pouvoir d'appréciation pour renoncer à conclure le contrat et, partant, rompre les négociations précontractuelles engagées* »¹⁵⁴³. Par voie de conséquence, en conformité avec la jurisprudence communautaire, pour que la responsabilité de la Communauté soit engagée dans le cas où l'institution dispose d'un large pouvoir d'appréciation, il faut qu'il soit prouvé une méconnaissance manifeste et grave des limites de ce pouvoir. Le juge communautaire considère que ce serait le cas si la Commission violait l'obligation de motiver sa décision de renoncer au marché et de la porter à la connaissance des candidats ou soumissionnaires¹⁵⁴⁴.

B) *La violation du principe d'interdiction de l'abus de droit engage la responsabilité de la Communauté*

Un premier argument invoqué par la société Citymo vise la violation par la Commission de l'obligation d'agir de bonne foi dans le cadre de négociations précontractuelles, et l'abus de son droit de ne pas contracter par la rupture des négociations précontractuelles à un stade très avancé de celles-ci. Dans ce sens, elle invoque que la Commission ne lui a pas indiqué, dès réception de son offre émise en juin 2003, qu'elle ne pouvait pas l'accepter en raison des impératifs de sa procédure interne de prise de décision.

¹⁵³⁹ Point 107 de l'arrêt *Citymo*.

¹⁵⁴⁰ Point 108 de l'arrêt *Citymo*.

¹⁵⁴¹ Voir note de bas de page n° 1526.

¹⁵⁴² Arrêt CJCE, *Metalmeccanica Fracasso SpA et Leitschutz Handels- und Montage GmbH contre Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten*, 16 septembre 1999, Aff. C-27/98, Rec., p. I-5697, points 23 et s.

¹⁵⁴³ Point 111 de l'arrêt *Citymo*.

¹⁵⁴⁴ Point 126 de l'arrêt *Citymo*.

La Commission a, au contraire, contresigné l'offre en sachant qu'à partir de ce moment Citymo engagerait les travaux d'aménagement des édifices en question. Par la suite, la Commission a laissé se dérouler les négociations jusqu'au septembre 2003, même si, dès le mois de juin, elle savait qu'elles étaient vouées à l'échec. De plus, la Commission n'a jamais communiqué le motif réel de la rupture des négociations.

1) *Les conditions d'invocation du principe d'interdiction de l'abus de droit*

Le Tribunal rappelle le principe prétorien selon lequel « l'action de l'autorité publique communautaire, dans le domaine administratif comme dans le domaine contractuel, est toujours soumise au respect du principe de bonne foi »¹⁵⁴⁵. De manière surprenante le Tribunal rappelle la théorie, déjà consacrée en ce qui concerne les libertés de circulation et pas seulement, de l'abus de droit. Il s'agit de la règle, ou plutôt du principe général, selon laquelle « les justiciables ne sauraient abusivement se prévaloir des normes communautaires ». Il invoque les arrêts *Van Binsbergen* (libre prestation des services), *Leclerc* (libre circulation des marchandises), *Lair* (libre circulation des travailleurs), *General Milk Products* (politique agricole commune), *TV10* (libre prestations des services audiovisuels), *Kefalas* et *Diamantis* (droit des sociétés) et *Halifax* (fiscalité indirecte), tous étant des arrêts analysés dans la première partie de notre thèse. Cette citation est surprenante si on tient compte du fait que cette jurisprudence analyse que des comportements abusifs des particuliers et que, par conséquent, le Tribunal entend élargir l'application de cette théorie à un nouveau domaine.

Le Tribunal constate que, en poursuivant les négociations précontractuelles en sachant qu'elles sont vouées à l'échec et en empêchant ainsi la société Citymo de chercher un autre locataire, la Commission a violé le principe de la bonne foi et le droit de ne pas contracter¹⁵⁴⁶ a été exercé de manière abusive¹⁵⁴⁷. Par voie de conséquence, la Commission est coupable d'une méconnaissance manifeste et grave des limites qui s'imposaient à son pouvoir d'appréciation dans l'exercice du droit mentionné¹⁵⁴⁸.

En ce qui concerne la rupture par la Commission des négociations précontractuelles après avoir, par manque d'informations, induit en erreur Citymo sur l'étendue des

¹⁵⁴⁵ Le Tribunal invoque l'arrêt CJCE, *Eva von Lachmüller, Bernard Peuvrier, Roger Ehrhardt contre Commission de la Communauté économique européenne*, 15 juillet 1960, Aff. Jtes. 43/59, 45/59 et 48/59, Rec., p. 933 et l'arrêt CJCE, *Rudolf Pieter Marie Fiddelaar contre Commission de la Communauté économique européenne*, 16 décembre 1960, Aff. 44/59, Rec., p. 1077.

¹⁵⁴⁶ Article 101(1) du Règlement financier dispose que « Le pouvoir adjudicateur peut, jusqu'à la signature du contrat, soit renoncer au marché, soit annuler la procédure de passation du marché, sans que les candidats ou les soumissionnaires puissent prétendre à une quelconque indemnisation. »

¹⁵⁴⁷ Point 131 de l'arrêt *Citymo*.

¹⁵⁴⁸ Point 132 de l'arrêt *Citymo*.

obligations qu'elle aurait effectivement souscrites, le Tribunal souligne que le principe de bonne foi ou de l'interdiction de l'abus de droit n'impose pas à la Commission une obligation d'information spécifique à l'égard de la requérante, à part le cas où l'information serait indisponible ou difficilement accessible¹⁵⁴⁹. Le Tribunal exclut une violation de ce principe, car Citymo savait ou devait savoir le droit de la Commission de renoncer au marché, sans devoir des indemnités, jusqu'au jour de la signature du contrat.

Il s'agit d'un cas atypique d'abus de droit, si on fait une comparaison avec les manifestations de la notion dans d'autres domaines du droit communautaire, et il soulève certaines difficultés. En premier lieu, l'invocation, parmi les arguments juridiques, de la jurisprudence communautaire sur l'abus de droit, paraît surprenante. Dans l'analyse du comportement de la Commission, le Tribunal ne met pas en évidence les critères de l'abus de droit et se résume à analyser les éléments factuels et à conclure qu'il s'agit d'une méconnaissance « *suffisamment caractérisée* ». Le Tribunal ne parle ni des critères objectifs, ni des critères subjectifs, même si l'analyse effectuée nous fait penser à une conception plutôt objective.

En deuxième lieu, la nécessité, ressentie par le Tribunal, d'élargir la théorie de l'abus de droit à un autre domaine, clairement différent, est susceptible de créer, de manière imprudente peut-être, une brèche susceptible d'apporter de l'insécurité juridique. On voudrait mettre sous le « *chapeau* » de l'abus de droit trop de choses et ce fait peut diluer la notion et son régime.

La notion d'abus de droit est convertie en une notion à contenu et formes variables en fonction du domaine touché. Avantage ou désavantage ? Pour le sujet qui abuse, il n'y a que des désavantages : la notion paraît acquérir un statut transversal ou universel et donc il y aura plus des chances d'être sanctionné. Pour le juge, surtout national (car le principe d'interdiction de l'abus de droit, en bénéficiant de l'effet direct, pourra être invoqué devant lui¹⁵⁵⁰), les problèmes seront liés à la notion même d'abus de droit et à son régime juridique. En fonction du domaine en cause (harmonisé ou pas), le juge national devra appliquer soit une notion autonome du droit communautaire, soit une notion de droit national (s'il en dispose) mais avec la condition de respecter l'effet utile du droit communautaire.

¹⁵⁴⁹ Point 134 de l'arrêt *Citymo*.

¹⁵⁵⁰ Pas seulement dans le cas des litiges entre particuliers, mais aussi dans les litiges où la Commission est impliquée car, en matière contractuelle, le Traité CE prévoit que la compétence de droit commun leur appartient.

2) Principe de bonne foi et principe d'interdiction de l'abus de droit : double facette d'un seul principe ?

Dans ce contexte, il conviendrait de se demander s'il s'agit de l'utilisation malaisée de la terminologie par le Tribunal ou s'il utilise les termes en tant que notions différentes mais connexes. Le Tribunal utilise dans la majorité des cas la conjonction « et » ce qui amène à considérer l'existence de deux principes distincts. C'est une seule fois qu'il utilise la disjonction « ou »¹⁵⁵¹, mais du sens de la phrase il ne résulte pas qu'il les utilise comme des termes synonymes, sinon, par le sens négatif de la phrase, pour souligner qu'aucun des principes ne suppose une obligation d'information spécifique de la part de la Commission à l'égard de la société Citymo.

Issu du droit romain¹⁵⁵², le principe de la bonne foi a été repris par les grandes codifications du XIXème siècle et c'est en droit allemand qu'il trouve la concrétisation la plus accentuée¹⁵⁵³, tandis que dans d'autres pays, comme la France, la pratique judiciaire ignore l'usage de ce principe¹⁵⁵⁴. Pourtant, même dans ces pays réfractaires, le principe de la bonne foi continue à exister mais sous la forme de *ratio decidendi* implicite dans certaines solutions jurisprudentielles.

Le principe de bonne foi a un champ d'application plus étendu que l'interdiction de l'abus de droit¹⁵⁵⁵. La bonne foi implique la loyauté d'un sujet de droit envers les normes morales et juridiques qui régissent son comportement. La bonne foi est l'esprit de loyauté, d'honnêteté, de sincérité qui doit présider à l'élaboration et à l'exécution de tous les actes juridiques¹⁵⁵⁶. Il s'agit d'un standard juridique à application généralisée. De cette perspective, l'interdiction de l'abus de droit pourrait être considéré comme un « *grand vassal* » du principe général de la bonne foi, en constituant une de ses concrétisations, selon certains auteurs¹⁵⁵⁷.

Le principe de la bonne foi a été souvent analysé et appliqué à la matière contractuelle. Dans le cadre des travaux préparatoires d'un Code Civil européen, il y a eu beaucoup des discussions autour de la pertinence de retenir ce principe et de son

¹⁵⁵¹ Point 134 de l'arrêt *Citymo*.

¹⁵⁵² G. BROGGINI, « L'abus de droit et le principe de la bonne foi. Aspects historiques et comparatifs », in P. WIDMER, B. COTTIER (sous la direction de), *Abus de droit et bonne foi, op. cit.*, pp. 7 et s..

¹⁵⁵³ Voir *supra* pp. 316 et s..

¹⁵⁵⁴ F. RANIERI, « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1998, n° 4, p. 1058.

¹⁵⁵⁵ Sur le principe de la bonne foi voir R. ZIMMERMANN, S. WHITTAKER, *Good faith in European contract law*, Cambridge University Press, 2000.

¹⁵⁵⁶ E. ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, Éditions A. Pedone, Paris, 1977, p. 8.

¹⁵⁵⁷ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, PUF, Paris, 2000, p. 440.

contenu¹⁵⁵⁸. La rupture des négociations précontractuelles a été souvent analysée en termes de principe de bonne foi¹⁵⁵⁹. Il n'est donc pas étonnant que le Tribunal se réfère à ce principe dans le cadre de l'affaire *Citymo* où la question de la rupture abusive des négociations précontractuelles était au cœur de l'analyse.

En droit communautaire, le principe de la bonne foi a initialement été pris en compte en relation avec l'article 10 CE. Ainsi, V. Constantinesco¹⁵⁶⁰ considère que la bonne foi est un principe fondamental du droit communautaire, même si le Traité CE ne la mentionne pas expressément. Cependant, l'article 10 CE est « l'expression de cette règle essentielle »¹⁵⁶¹. Ainsi les États membres doivent prendre toutes mesures propres à assurer l'exécution des obligations découlant du Traité CE ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Corrélativement, les États membres s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du Traité CE. En droit communautaire, l'application du principe de bonne foi obtient des nouvelles valences, car la Cour de Justice a statué que l'article 10 CE dépasse les obligations des États membres envers la Communauté. Cet article impose aussi des obligations aux institutions communautaires envers les États membres et même des obligations aux États les uns envers les autres, dans l'exécution du droit communautaire. C'est « un signe du passage du principe de la bonne foi tel que proclamé par le droit international à la loyauté communautaire, nouvelle expression de la fidélité »¹⁵⁶².

Par l'arrêt *Grèce c. Commission* du 17 janvier 2007¹⁵⁶³, le Tribunal de Première Instance rappelle que le principe de bonne foi est une règle du droit international coutumier dont l'existence a été reconnue par la Cour permanente de justice internationale dans le cadre de la Société des nations, et puis par la Cour internationale de justice¹⁵⁶⁴ et qu'ainsi il s'impose à

¹⁵⁵⁸ M. HESSELINK, « The concept of good faith », in A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDIUS, C. JOUSTRA, E. DU PERRON, M. VELDMAN (sous la direction de), *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2004, pp. 471 – 498.

¹⁵⁵⁹ J. H. M. VAN ERP, « The pre-contractual stage » in A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDIUS, C. JOUSTRA, E. DU PERRON, M. VELDMAN (sous la direction de), *op. cit.*, pp. 363 – 380.

¹⁵⁶⁰ V. CONSTANTINESCO, « L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire », in F. CAPOTORTI, C. – D. EHLERMANN, J. FROWEIN, F. JACOBS, R. JOLIET, T. KOOPMANS, R. KOVAR (sous la direction de), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, p. 101. Pour une analyse complexe de l'article 5 CE voir M. BLANQUET, *L'article 5 du Traité CEE. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté Européenne*, LGDJ, Paris, 1994.

¹⁵⁶¹ P. GARRONE, « La bonne foi en droit communautaire : l'article 5 du Traité de Rome », in P. WIDMER, B. COTTIER (sous la direction de), *op. cit.*, p. 289.

¹⁵⁶² P. GARRONE, *op. cit.*, p. 293.

¹⁵⁶³ Arrêt TPICE, *République hellénique c. Commission des Communautés européennes*, 17 janvier 2007, Aff.T-231/04, Rec., p. II-63.

¹⁵⁶⁴ Sur la bonne foi en droit international public, voir R. KOLB, *op.cit.*. E. ZOLLER, *op. cit.*. La bonne foi peut intervenir « comme critère de légalité et être le terme de référence par rapport auquel les États doivent guider leur action » (E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 13).

la Communauté et aux États membres¹⁵⁶⁵. En droit communautaire, le corollaire de ce principe est celui de la protection de la confiance légitime¹⁵⁶⁶ et il s'applique donc aux relations entre la Communauté européenne et les États membres. Même si il convient d'observer que la bonne foi joue aussi en droit communautaire, ce n'est pas ce principe que le Tribunal invoque dans l'affaire *Citymo*, parce que le droit international public n'était pas applicable. La bonne foi confirme de nouveau son application généralisée.

Même si l'interdiction de l'abus de droit et la bonne foi ne se confondent pas, il est inhérent à tout ordre juridique que les droits doivent être exercés avec bonne foi. Ainsi, dans l'affaire *Lasteyrie du Saillant*, précitée, l'Avocat Général Mischo souligne que la liberté d'établissement doit être exercée « *en toute bonne foi* »¹⁵⁶⁷. L'abus de droit et la bonne foi seraient des notions antonymes : si le droit n'est pas exercé de bonne foi, il y a un abus. La question de la bonne foi sera reprise par l'Avocat Général Jacobs dans ses conclusions présentées le 26 mai 2005 sur l'affaire *Nadin*, précitée : « *Un simple risque d'abus ou de fraude ne saurait pas justifier une restriction générale qui empêcherait l'exercice en toute bonne foi de droits communautaires* »¹⁵⁶⁸.

3) *Abus de pouvoir, détournement de pouvoir ou abus de droit ?*

Le dernier aspect de notre analyse vise la distinction conceptuelle entre l'abus de droit, d'une part, et l'abus de pouvoir et le détournement de pouvoir, d'autre part. L'application d'une notion essentiellement de droit privé aux faits d'une autorité administrative peut soulever des difficultés quant à son régime juridique et il peut y avoir une confusion avec d'autres notions préexistantes.

i) L'abus de droit dans le domaine du droit public

R. Chapus¹⁵⁶⁹ met en évidence que l'exception de l'abus de droit remplit, dans le cadre du droit administratif, une fonction du principe de légalité, en imposant à l'administration de faire échec aux tentatives abusives ou frauduleuses des particuliers d'obtenir le bénéfice de décisions favorables. En droit français, les concrétisations

¹⁵⁶⁵ Point 85 de l'arrêt *Grèce c. Commission*.

¹⁵⁶⁶ Point 87 de l'arrêt *Grèce c. Commission*. Le Tribunal de Première Instance avait déjà mentionné cet aspect dans l'arrêt TPICE, *Opel Austria GmbH contre Conseil de l'Union européenne*, 22 janvier 1997, Aff. T-115/94, Rec., p. II-39, point 93.

¹⁵⁶⁷ Point 64 des conclusions.

¹⁵⁶⁸ Point 24 des conclusions.

¹⁵⁶⁹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, vol. I, Montchrestien, Paris, 1994, pp. 858 – 861.

jurisprudentielles de l'exception de l'abus de droit ne sont pas très nombreuses, et les domaines dans lesquels on a eu recours à ce mécanisme visaient, par exemple, le statut de réfugié, les mariages de complaisance contractés pour échapper aux normes nationales sur l'immigration, ou les ventes immobilières qui n'ont été conclues qu'en vue d'échapper à des prescriptions d'urbanisme.

Dans le cas où l'abus est le fait de l'administration, celle-ci commet un détournement de pouvoir. Celui-ci a été défini comme le fait de l'autorité d'exercer ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel il lui a été conféré. Par exemple, le pouvoir de police a été exercé en vue d'un autre but que celui du maintien de l'ordre public¹⁵⁷⁰. Le contrôle juridictionnel, limité, avec l'incompétence et le vice des formes, à la légalité externe de l'acte, s'étend avec le détournement de pouvoir à la légalité interne, puisque l'acte va être jugé en fonction des intentions de son auteur¹⁵⁷¹. Certains auteurs¹⁵⁷² considèrent cependant que les notions d'abus de droit et détournement, en ce qui concerne les faits de l'administration, sont distinctes, dans le sens où l'abus de droit consisterait dans « l'émission d'une mesure inutile ou excessive, dans un domaine où l'administration bénéficiait d'un pouvoir discrétionnaire et où elle n'a pas pu, par conséquent, commettre d'illégalité proprement dite ». À ce titre, l'abus de droit renverrait au principe de proportionnalité.

ii) Le détournement de pouvoir dans la jurisprudence communautaire

Parmi les moyens qui peuvent être invoqués à l'appui d'un recours en annulation, l'article 230 CE mentionne le détournement de pouvoir. La Cour a adopté une vision très proche du droit français¹⁵⁷³, en soulignant que le détournement de pouvoir suppose « la poursuite objective, par manque de prévoyance ou de circonspection grave équivalant à une méconnaissance du but légal, de fins autres que celles en vue desquelles les pouvoirs ont été attribués »¹⁵⁷⁴.

Dans un arrêt du 27 novembre 2007¹⁵⁷⁵, le Tribunal de Première instance vient de confirmer la jurisprudence¹⁵⁷⁶ selon laquelle « un acte n'est entaché de détournement de pouvoir que

¹⁵⁷⁰ Pour les différentes modalités du détournement de pouvoir voir A. DE LAUBADÈRE, J.-C. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, LGDJ, Paris, 1990, pp. 445 – 447.

¹⁵⁷¹ J. RIVERO, *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 1990, p. 320.

¹⁵⁷² A. DE LAUBADÈRE, J.-C. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 531.

¹⁵⁷³ G. ISAAC, M. BLANQUET, *op. cit.*, p. 387. Sur le détournement de pouvoir, voir aussi P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law*, Oxford University Press, 2007, p. 568 et s.

¹⁵⁷⁴ Arrêt CJCE, *Fédération Charbonnière de Belgique contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, 29 novembre 1956, Aff. 8/55, Rec., p. 291.

¹⁵⁷⁵ Arrêt TPICE, *Athanasios Pitsiorlas contre Conseil de l'Union européenne et Banque centrale européenne (BCE)*, 27 novembre 2007, Aff. Jtes. T-3/00 et T-337/04, non encore publié.

¹⁵⁷⁶ Le TPICE confirme donc les arrêts CJCE, *Walzstahl-Vereinigung et Thyssen Aktiengesellschaft contre Commission des Communautés européennes*, 21 février 1984, Aff. Jtes. 140 et 221/82 et 146 et 226/82, Rec., p. 951, point 27;

s'il apparaît, sur la base d'indices objectifs, pertinents et concordants, avoir été pris dans le but exclusif ou, à tout le moins, déterminant d'atteindre des fins autres que celles excipées ou d'éviter une procédure spécialement prévue par le traité pour parer aux circonstances de l'espèce»¹⁵⁷⁷, donc le niveau de la preuve est assez exigeant. Le moyen du détournement de pouvoir, souvent allégué, a été très rarement retenu étant donnée la difficulté de la preuve. Certains auteurs¹⁵⁷⁸ soulignent que l'existence d'une certaine marge d'appréciation dans les mains des institutions détermine le juge à préférer le contrôle de la légalité interne de l'acte par un test de proportionnalité, exercé au titre du contrôle des motifs de droit, plutôt que de sanctionner un prétendu détournement de pouvoir. Le détournement de pouvoir a trois formes principales¹⁵⁷⁹ : la décision dépourvue de tout but d'intérêt public ; la décision pourvue d'un but d'intérêt public qui n'est pas le bon ; le détournement de procédure.

En tenant compte de ces différentes précisions, il convient de s'interroger sur la question de savoir si le détournement de pouvoir et l'abus de droit, tel qu'appréhendé dans l'arrêt *Citymo* coïncident ou pas. La réponse ne peut être que négative, et la distinction entre les notions pourrait se faire selon le modèle français présenté. Dans le cas de l'abus, il ne s'agit pas nécessairement d'un but d'intérêt public, la relation entre l'institution et la société *Citymo*, même si encadrée dans une procédure de droit public, ne présentant pas un tel intérêt (il s'agissait des négociations en vue de conclure un contrat de bail). Il s'agit plutôt d'une mesure excessive : la Commission avait le droit de rompre les négociations, mais les circonstances dans lesquelles elle exerce ce droit peuvent être susceptibles de provoquer des dommages aux tiers. De plus, les sanctions qui interviennent sont différentes : le détournement de pouvoir peut fonder un recours en annulation, tandis que l'abus de droit ne peut donner lieu qu'aux dommages et intérêts, par le moyen d'un recours en indemnité. Dans notre appréciation, l'abus de droit et le détournement de pouvoir resteront donc des notions différentes, avec des régimes différents.

L'arrêt *Citymo* apporte donc des importantes précisions sur le régime juridique de la responsabilité extracontractuelle et surtout sur le rôle joué par la théorie de l'abus de droit en droit communautaire. L'abus de droit devient ainsi un cas susceptible d'engager la responsabilité extracontractuelle de la Communauté et donc de fonder un recours en

CJCE, *Charles Lux contre Cour des comptes des Communautés européennes*, 21 juin 1984, Aff. 69/83, Rec., p. 2447, point 30 ; TPICE, *Ferriere Nord SpA contre Commission des Communautés européennes*, 6 avril 1995, Aff. T-143/89, Rec., p. II-917, point 68 ; CJCE, *Royaume des Pays-Bas contre Commission des Communautés européennes*, 14 juillet 2005, Aff. C-452/00, Rec., p. I-6645, points 53-56.

¹⁵⁷⁷ Point 254 de l'arrêt *Pitsiorlas*.

¹⁵⁷⁸ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 549.

¹⁵⁷⁹ Selon G. ISAAC, M. BLANQUET, op. cit., p. 387.

indemnité en vertu de l'article 235 CE. Distinct du moyen du détournement de pouvoir, l'interdiction de l'abus de droit a un régime juridique propre, résultat d'une jurisprudence riche dans ce domaine. L'autre innovation importante consiste dans l'application du principe d'interdiction de l'abus de droit aux faits d'une institution communautaire, en l'espèce la Commission. Cet aspect confirme l'existence d'un principe transversal, de nature autonome, de l'interdiction de l'abus de droit.

Section II. L'invocabilité et la preuve de l'abus de droit

La jurisprudence analysée a eu, principalement, comme objet des mesures nationales de lutte contre les comportements abusifs. La Cour de Justice a aussi mis en évidence que les États membres peuvent prendre de telles mesures sous conditions de respecter les conditions qu'elle impose et que nous avons déjà analysé. Si les auteurs de l'abus sont des particuliers, les États membres sont compétents tant pour appliquer directement le principe général de l'interdiction de l'abus de droit que pour adopter des mesures nationales « *transposant* » ce principe.

Si l'abus de droit est commis par des institutions communautaires, l'invocation de l'abus est faite par la partie lésée, comme le cocontractant dans des marchés publics, et l'appréciation se fera par le juge communautaire. En constituant un motif pour engager la responsabilité de la Communauté européenne, cette évaluation doit se faire uniquement sur des critères autonomes par le juge communautaire. Il est exclu que l'abus soit analysée en invoquant des normes nationales anti-abus.

La question de savoir si les particuliers peuvent invoquer ce principe général en vue de demander la sanction de l'abus n'a pas été analysée expressément par la Cour de Justice. Elle a cependant donné des indices dans ce sens. Dans l'arrêt *Centros* du 9 mars 1999, le juge communautaire a admis que les États membres peuvent prendre des mesures « *de nature à prévenir ou à sanctionner les fraudes* » dans le cas où il serait établi que les associés « *cherchent en réalité, par le biais de la constitution d'une société, à échapper à leurs obligations vis-à-vis de créanciers privés ou publics établis sur le territoire de l'État membre concerné* »¹⁵⁸⁰. Si l'exercice abusif d'un droit est susceptible de déterminer des préjudices à des tiers, nous ne voyons pas pourquoi exclure l'invocation, par ces personnes, victimes d'un dommage, du principe d'interdiction de l'abus de droit¹⁵⁸¹. En effet, si l'arrêt *Citymo* a reconnu, de manière indirecte, que ce principe peut être invoqué par des particuliers contre des institutions communautaires, nous considérons

¹⁵⁸⁰ Point 39 de l'arrêt *Centros*.

¹⁵⁸¹ Dans le même sens, K. ENGSIG SØRENSEN, *op. cit.*, p. 443.

comme envisageable l'invocation d'un tel principe, à effet direct¹⁵⁸², dans des litiges entre particuliers.

En vertu du principe d'autonomie procédurale, il appartient aux États membres de décider des mesures à prendre en cas d'abus de droit. Ceci a été amplement confirmé par la jurisprudence qui exige toutefois que la mesure choisie soit proportionnée et justifiée par le but poursuivi. La Cour encadre de manière assez importante cette autonomie procédurale, en demandant une appréciation au cas par cas des situations ayant impliqué des comportements susceptibles d'être jugés comme abusifs et que cette appréciation soit fondée sur des preuves objectives.

La capacité des États membres à apprécier les preuves se trouve considérablement limitée par l'harmonisation. Ainsi dans l'affaire *Paletta I* du 3 juin 1992¹⁵⁸³, la Cour insiste sur l'obligation de reconnaissance d'un certificat médical, en invoquant le principe de confiance mutuelle, même si l'Avocat Général dans ses conclusions présentées sur cette affaire le 21 novembre 1991 met en évidence des circonstances particulières qui peuvent faire échec à cette obligation. Il s'agit par exemple de la circonstance que les constatations faites par l'autorité d'origine ont été obtenues à la suite de manœuvres frauduleuses qui ont trompé cette autorité et/ou si elles se sont révélées comme étant manifestement inexactes. L'existence des manœuvres frauduleuses se révèle ici comme une exception au principe de reconnaissance mutuelle, limitant donc la portée de la libre circulation des travailleurs¹⁵⁸⁴. Dans l'affaire *Paletta II* du 2 mai 1996, la Cour revient sur sa position antérieure et accepte l'abus en tant que possible exception à la reconnaissance automatique des certificats :

*« En revanche, cette disposition ne s'oppose pas à ce que l'employeur puisse apporter des éléments de preuve permettant, le cas échéant, à la juridiction nationale de constater l'existence d'un comportement abusif ou frauduleux résultant du fait que le travailleur, bien qu'il fasse état d'une incapacité de travail établie conformément à l'article 18 du règlement n° 574/72, n' a pas été malade »*¹⁵⁸⁵.

¹⁵⁸² L'arrêt *Citymo* reconnaît expressément l'effet direct du principe d'interdiction de l'abus de droit.

¹⁵⁸³ Pour rappel, il s'agissait d'un ressortissant italien demandant à son employeur, établi en Allemagne, de lui verser le salaire pendant le congé médical. L'employeur ne voulait pas reconnaître les certificats médicaux issus en Italie ayant des doutes sur leur validité. Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Premier Titre, Chapitre V, pp. 141 et s..

¹⁵⁸⁴ Point 11 des Conclusions.

¹⁵⁸⁵ Point 27 de l'arrêt *Paletta II*.

Dans l'arrêt *Van Bijl* du 27 septembre 1989, la Cour de Justice souligne que, si en principe, l'État membre d'accueil est lié par les constatations contenues dans l'attestation¹⁵⁸⁶ délivrée par l'État membre de provenance, sous peine de la priver de son effet utile, il y a des cas où l'État membre d'accueil est exempté de cette obligation. C'est le cas où des éléments objectifs l'amènent à considérer que l'attestation contient des inexactitudes manifestes. Ainsi, l'État membre d'accueil est habilité à prendre en compte « *des faits survenus sur son propre territoire et directement pertinents au regard du caractère réel et effectif de la période d'activité professionnelle accomplie dans l'État membre de provenance* »¹⁵⁸⁷. Dans ce cas, il peut contacter l'État membre de provenance en vue de lui demander des renseignements supplémentaires.

La Cour exclut toute présomption générale de fraude et toute mesure nationale à caractère général. Il est le plus souvent le cas dans le domaine de la fiscalité que les États membres adoptent des clauses générales pour lutter contre l'évasion fiscale. Dans l'affaire *Leur-Bloem* du 17 septembre 1987¹⁵⁸⁸, la Cour a accepté que les États membres puissent prévoir que le fait que ces opérations n'aient pas été effectuées pour des motifs valables constitue une présomption d'abus. L'examen au cas par cas doit aussi pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel¹⁵⁸⁹. En conséquence, la charge de la preuve de l'abus pèse sur l'État membre qui tente de se prévaloir de cette mesure.

Il y a des cas où la Cour de Justice avance plus dans l'analyse des éléments de preuve. Ainsi dans l'affaire *Emsland* du 14 décembre 2000, elle analyse les relations formées dans le cadre des opérations d'exportation-importation. Si la société commerciale qui réclame la restitution à l'exportation a agi en collusion avec l'acheteur établi dans le pays tiers et que la preuve est apportée dans ce sens, la juridiction nationale aura des indices importants de l'existence d'un abus. Les liens de nature personnelle et économique et la collusion dolosive entre les partenaires commerciaux à l'opération d'exportation constituent donc une preuve importante de l'existence d'un abus de droit. De plus, si dans les droits nationaux, l'existence d'un dommage semble être une condition indispensable de l'abus de droit, en droit communautaire cette condition n'a pas été retenue de manière générale, mise à part la fraude aux droits des tiers.

La juridiction nationale doit, en vertu du principe d'effectivité¹⁵⁹⁰, évaluer le comportement à la lumière des objectifs poursuivis par les dispositions communautaires en

¹⁵⁸⁶ L'attestation avait pour but de prouver que la personne en cause a travaillé pour une certaine période sur le territoire de l'État qui délivre l'attestation.

¹⁵⁸⁷ Point 25 de l'arrêt *Van Bijl*.

¹⁵⁸⁸ Pour rappel, il s'agissait d'une fusion des sociétés dont le paiement s'est opéré par échange d'actions. Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Premier Titre, Chapitre IV, pp. 126 et s..

¹⁵⁸⁹ Point 41 de l'arrêt *Leur-Bloem*.

¹⁵⁹⁰ Point 54 de l'arrêt *Emsland-Stärke*.

cause¹⁵⁹¹, s'assurer que l'application du principe d'interdiction de l'abus de droit ne va pas à l'encontre de l'application uniforme et effective du droit communautaire dans les États membres¹⁵⁹² et garantir que la portée de la disposition communautaire en cause ne sera pas altérée ou que les objectifs qu'elle poursuit ne seront pas compromis¹⁵⁹³. Le principe d'équivalence doit aussi être respecté ce qui suppose que l'autonomie procédurale ne doit pas mener à la discrimination entre les droits issus de l'ordre national et ceux issus de l'ordre communautaire¹⁵⁹⁴.

Section III. La sanction de l'abus de droit

Dans les ordres juridiques nationaux, l'abus de droit *stricto sensu* est généralement sanctionné par la responsabilité civile du titulaire du droit. Ainsi celui-ci aura l'obligation de réparer, en nature ou par compensation, le préjudice produit par l'exercice abusif de son droit. En cas de fraude à la loi, la sanction sera d'appliquer la loi normalement compétente en défaveur de la loi invoquée par le particulier après la création artificielle de toutes les conditions nécessaires pour son application.

En droit communautaire, il y a tant des mécanismes de prévention que de sanction de l'abus de droit. Ainsi la prévention se fait en droit communautaire surtout au niveau législatif. Les directives relatives à l'activité des établissements de crédit¹⁵⁹⁵ prévoient expressément des mesures permettant de prévenir la possibilité des établissements artificiels. L'autorité compétente ne délivrera pas l'autorisation nécessaire au déroulement de l'activité si l'administration centrale n'est pas située dans l'État membre où elle prétend opérer de manière effective.

Généralement l'abus de droit sera sanctionné *ex post*. Si les juridictions nationales constatent qu'il s'agit d'un abus de droit, elles doivent nécessairement établir la sanction. La Cour de Justice leur a souvent indiqué quelles seraient les sanctions appropriées. La conséquence principale consiste dans le fait que l'auteur de l'abus sera déchu de son droit. Les bénéfices ne sont pas accordés ou, le cas échéant, sont retirés rétroactivement. Dans l'affaire *Emsland*, précitée, l'Avocat Général Alber a beaucoup insisté sur la question de l'obligation de remboursement. Le retrait de l'avantage obtenu en exerçant son droit

¹⁵⁹¹ Point 25 de l'arrêt *Centros*.

¹⁵⁹² Point 22 de l'arrêt *Kefalas*.

¹⁵⁹³ Point 22 de l'arrêt *Kefalas*.

¹⁵⁹⁴ D. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 597.

¹⁵⁹⁵ Voir *supra* p. 111.

abusivement n'est pas en tant que telle une sanction. Pour être une sanction, il faut une habilitation expresse en vertu de principe de légalité et du principe de sécurité juridique¹⁵⁹⁶.

De la même façon, dans l'affaire *Halifax* du 21 février 2006, la Cour considère que la constatation d'une pratique abusive ne doit pas conduire à une sanction, pour laquelle une base légale claire et non ambiguë serait nécessaire, mais à **une obligation de remboursement**, en tant que simple conséquence de ladite constatation, rendant indues, en partie ou en totalité, les déductions de la TVA payée en amont. Dans ce contexte, les opérations impliquées doivent être redéfinies de manière à rétablir la situation telle qu'elle aurait existé en l'absence des opérations constitutives de ladite pratique abusive. L'administration fiscale est habilitée à demander avec effet rétroactif le remboursement des sommes déduites pour chaque opération dont elle constate que le droit à déduction a été exercée de manière abusive, mais d'autre part, elle doit aussi en soustraire toute taxe ayant grevé une opération effectuée en aval et permettre à l'assujetti qui, en l'absence des opérations constitutives d'une pratique abusive, aurait été le bénéficiaire de la première opération non constitutive d'une telle pratique de déduire la TVA grevant cette opération en amont¹⁵⁹⁷. La Cour de Justice est cependant soucieuse de protéger les droits des contribuables de bonne foi. Ainsi, en matière de TVA, la Cour admet qu'il ne serait pas juste de faire peser toute la responsabilité du paiement de la taxe sur le fournisseur, indépendamment de l'implication ou non de celui-ci dans la fraude commise par l'acheteur. Le fournisseur doit avoir agi de bonne foi, c'est-à-dire avoir pris toute mesure pouvant raisonnablement être requise de lui pour s'assurer qu'il ne participe pas à une fraude¹⁵⁹⁸.

Dans l'affaire *Diamantis* du 23 mars 2000, étant donné que la deuxième directive ne prévoit les sanctions en cas de violation de ses dispositions, la Cour reconnaît qu'il revient à chaque droit national de les établir. La solution de la Cour peut surprendre dès lors que normalement la sanction qu'intervient dans les droits nationaux pour la violation d'une disposition impérative est la nullité de l'acte. La Cour semble écarter cette voie à cause des conséquences importantes qu'elle emporte. De plus, il faut tenir compte du fait que la Grèce avait adopté, postérieurement à l'introduction de l'action en nullité, une loi qui prévoyait comme unique sanction du non respect de la directive l'indemnisation de l'actionnaire

¹⁵⁹⁶ La Cour de justice formule cette exigence de la façon suivante dans l'arrêt rendu le 22 février 1989 dans les affaires jointes 92/87 et 93/87 (arrêt CJCE, *Commission des Communautés européennes contre République française et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, 22 février 1989, Aff. Jtes. 92 et 93/87, Rec., p. 405) : « ... selon la jurisprudence de la Cour ... le principe de sécurité juridique exige qu'une réglementation imposant des charges au contribuable soit claire et précise, afin qu'il puisse connaître sans ambiguïté ses droits et obligations et prendre ses dispositions en conséquence. »

¹⁵⁹⁷ Points 93 à 98 de l'arrêt *Halifax*.

¹⁵⁹⁸ Arrêt CJCE, *Netto Supermarkt GmbH & Co. OHG contre Finanzamt Malchin*, 21 février 2008, Aff. C-271/06, non encore publié, points 23 et 24. Dans le même sens, l'arrêt CJCE, *The Queen, à la demande de Teleos plc et autres contre Commissioners of Customs & Excise*, 27 septembre 2007, Aff. C-409/04, Rec., p. I-7797.

minoritaire par l'État¹⁵⁹⁹. D'autre part, la position de la Cour paraît contraire à la jurisprudence *Simmenthal (II)*¹⁶⁰⁰, selon laquelle les règles communautaires d'effet direct, en tant qu'elles font partie intégrante, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des États membres, doivent être appliquées dès leur entrée en vigueur, malgré la préexistence des lois antérieures incompatibles ou l'adoption ultérieure des lois incompatibles. Dans l'affaire *Diamantis*, la primauté du droit communautaire perd son principal effet, celui de rendre inapplicable toute disposition nationale qui lui serait contraire. Il nous semble qu'on refuse au particulier l'invocabilité d'exclusion, qui consiste à écarter l'application de toute norme nationale contraire, en permettant l'invocabilité de réparation¹⁶⁰¹. Dans l'arrêt *IN.CO.GE '90* de 22 octobre 1998¹⁶⁰², la Cour de Justice avait déjà modifié la portée de l'arrêt *Simmenthal* dans le sens où

« le juge national est, en revanche, tenu d'écarter l'application de cette norme, étant entendu que cette obligation ne limite pas le pouvoir des juridictions nationales compétentes d'appliquer, parmi les divers procédés de l'ordre juridique interne, ceux qui sont appropriés pour sauvegarder les droits individuels conférés par le droit communautaire ».

Le terme « appropriés » se réfère, sans équivoque, au principe de proportionnalité et impose au juge de choisir, parmi les différentes solutions offertes par le droit interne, celle qui est de nature à garantir les droits issus du droit communautaire. Dans l'affaire *Diamantis*, la Cour de Justice conseille aussi au juge national de choisir les mesures « appropriées » et l'action en dommages et intérêts serait plus adéquate que l'action en nullité, car l'inapplication des normes nationales apparaît comme disproportionnée. Ainsi la jurisprudence *Francoovich*¹⁶⁰³, reconnaissant le droit des particuliers à demander des dommages-intérêts à l'État qui a violé le droit communautaire, et le principe de proportionnalité affaiblissent la primauté du droit communautaire et laissent place à l'invocation de l'abus de droit¹⁶⁰⁴.

¹⁵⁹⁹ L. IDOT, « Deuxième directive », *op. cit.*, p. 15.

¹⁶⁰⁰ Arrêt CJCE, *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*, 9 mars 1978, Aff. 106/77, Rec., p. 609.

¹⁶⁰¹ Pour la distinction entre les différents types d'invocabilité, voir D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, pp. 441 – 445.

¹⁶⁰² Arrêt CJCE, *Ministero delle Finanze contre IN.CO.GE.'90 Srl, Idelgard Srl, Iris'90 Srl, Camed Srl, Pomezia Progetti Appalti Srl (PPA), Edilcam Srl, A. Cecchini & C. Srl, EMO Srl, Emoda Srl, Sappesi Srl, Ing. Luigi Martini Srl, Giacomo Srl et Mafar Srl*, 22 octobre 1998, Aff. Jtes. C-10/97 à C-22/97, Rec., p. I-6307, point 21.

¹⁶⁰³ Arrêt CJCE, *Andrea Francoich et Danila Bonifaci e.a. contre République Italienne*, 19 novembre 1991, Aff. Jtes.C-6/90 et C-9/90, Rec., p. I-5357.

¹⁶⁰⁴ Sur une jurisprudence continue de la CJCE sur la relativisation du caractère absolue de l'arrêt *Simmenthal*, voir D. ANAGNOSTOPOULOU, *op.cit.*, pp. 773 et s.

En ce qui concerne la sanction de l'abus du droit d'établissement par des personnes morales, M. Menjucq¹⁶⁰⁵ propose distinguer celle applicable à la société et celle applicable à ses associés. La sanction des associés en cas de fraude aux droits des créanciers de la succursale réalisée au moyen de la constitution d'une société devrait être l'inopposabilité de la société. Les créanciers lésés devraient pouvoir demander directement aux associés de répondre pour le préjudice produit. À l'encontre de la société elle-même, la seule action envisageable serait l'annulation et non la dissolution car la fraude vicierait la société dès le début et non en cours de la vie sociale. Cependant, la nullité pour fraude ne se trouve pas parmi les cas limitatifs prévus par la première directive n° 68/151/CE du 9 mars 1998 relative à la publicité, aux engagements sociaux et à la nullité des sociétés¹⁶⁰⁶.

S'il revient aux droits nationaux de prévoir les sanctions de l'abus de droit, il est cependant sous condition de respecter le droit communautaire et de n'affecter pas l'invocation des avantages issus de ce droit. Jusqu'à maintenant la Cour n'a pas eu une position claire sur la question. Sa position réticente confirme la prédilection pour une appréciation au cas par cas des sanctions nécessaires.

Section IV. Les conséquences de la consécration du principe communautaire d'interdiction de l'abus de droit

Dans certains arrêts, la question qui se pose est de savoir si les États membres peuvent invoquer leurs dispositions nationales anti-abus. La réponse de la Cour est affirmative même si, comme on l'a vu, elle impose certaines conditions. Dans d'autres cas, il s'agit de savoir si le principe d'interdiction de l'abus de droit peut fonder la compétence des États membres à refuser le bénéfice de droits issus du droit communautaire. La Cour a donné aussi une réponse affirmative¹⁶⁰⁷. Les conséquences sont multiples. D'une part, on donne la possibilité aux États membres de combattre des abus dans des cas où il n'y a dans l'ordre juridique interne aucune institution juridique pouvant le faire¹⁶⁰⁸. D'autre part, on

¹⁶⁰⁵ M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., pp. 342 – 343.

¹⁶⁰⁶ JOCE n° L 65, 14.03.1968, pp. 8-12. Dans l'arrêt CJCE, *Marleasing SA contre La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, 13 novembre 1990, Aff. C-106/89, Rec., p. I-4135, la Cour de Justice avait déjà souligné que les motifs de nullité prévus à l'article 11 de la directive sont exhaustifs et donc n'incluent pas la fraude.

¹⁶⁰⁷ Arrêt *Emsland*, précité.

¹⁶⁰⁸ L'absence de la notion dans l'ordre juridique national en cause (par exemple, le *common law*) n'empêche pas le juge communautaire à accepter la notion d'abus et de l'imposer au juge national, parce qu'en dernière instance il revient à celui-ci d'appliquer la notion et de sanctionner les comportements abusifs des particuliers. P. HARRIS conserve des doutes quant à l'applicabilité de la notion d'abus en *common law* et considère que l'objectif de cette notion doit être plutôt la protection des particuliers et non de l'État membre et de l'imposition de la TVA. Il est difficile de transposer la notion d'abus de droit telle que développée par un autre ordre juridique, en espèce le droit français, d'où la nécessité d'une notion autonome d'abus de droit (P.

pourrait empêcher que les abus soient combattus de manière non uniforme au sein de l'Union européenne¹⁶⁰⁹. La définition communautaire de la notion d'abus de droit oblige les juridictions nationales à réévaluer les notions traditionnelles du droit interne, « souvent enserrées dans des critères précis et des procédures spécifiques » et à adapter le droit national aux avancées du droit communautaire, « que la matière soit ou non communautarisée dans ses sources »¹⁶¹⁰ (& I).

Le deuxième plan sur lequel il convient d'analyser les conséquences de la consécration du principe communautaire d'interdiction de l'abus de droit se réfère au domaine du droit international privé. Les techniques spécifiques utilisées dans ce secteur nous amènent à nous interroger sur le point de savoir si elles subiront des modifications et dans quelle mesure (& II).

& I. La réévaluation des conceptions nationales sur l'abus de droit suite à la jurisprudence communautaire

La construction d'une notion autonome de l'abus de droit a eu des conséquences par ricochet. De manière inévitable et dans le souci d'assurer la conformité avec le droit communautaire, les États membres ont dû changer leurs législations en vue de faire correspondre les conceptions nationales à la notion autonome de l'abus de droit. La transformation a été opérée par différents moyens : modification de la législation ou de la jurisprudence, en fonction des techniques juridiques utilisés dans les ordres nationaux pour la consécration du principe d'interdiction de l'abus de droit¹⁶¹¹.

Cette section n'a pas l'intention d'être exhaustive. Les mesures nationales anti-abus peuvent prendre des formes diverses et notre objectif n'est ici que de mettre en évidence l'impact qu'a le droit communautaire sur les droits nationaux. Dans ce sens, nous analyserons deux cas particuliers de mesures nationales anti-abus : la France (1) et l'Espagne (2). Dans les deux cas est visée la fraude à la loi, en tant que mesure anti-abus¹⁶¹².

HARRIS, « The notion of *abus de droit* and its potential application in fiscal matters within the EU legal order », *op. cit.*, p. 201).

¹⁶⁰⁹ K. ENSIG SØRENSEN, *op. cit.*, p. 440.

¹⁶¹⁰ J. -P. MAUBLANC, « Réévaluation de l'abus de droit à la lumière de la jurisprudence communautaire sur les pratiques abusives », *RMCUE*, n° 507, avril 2007, p. 269. Il est le cas, par exemple, du Conseil d'État qui a réévalué la notion traditionnelle de fraude à la loi fiscale. Voir aussi L. LECLERQ, « Interacting principles : the French abuse of law concept and the EU notion of abusive practices », *Bulletin for International Taxation*, 2007, vol. 61, n° 6, pp. 235 – 244.

¹⁶¹¹ Dans l'introduction, nous avons mis en évidence que, avec quelques exceptions, comme le *common law*, les ordres juridiques nationaux avaient consacré depuis longtemps un principe d'interdiction de l'abus de droit, même si le régime juridique a fait l'objet des conceptions variées.

¹⁶¹² Pour la compatibilité des clauses limitatives de bénéficiaires incluses dans des conventions internationales, voir F. A. GARCÍA PRATS, *op. cit.*, p. 183 et s. Ces clauses, introduites dans des conventions sur la double imposition, ont comme objectif de lutter contre l'utilisation abusive des ceux-ci (le *treaty shopping*) par des sujets

A) *Le cas de la France*

Dans certains pays, comme la France, le juge national a dû adapter les définitions existantes de l'abus de droit à la notion communautaire, consacrée par la Cour de Justice. Si la Cour de Justice a opté pour une conception plutôt objective, l'ordre juridique français avait déjà consacré une conception subjective tempérée de l'abus de droit. Le fait que les deux conceptions étaient applicables au même type de situations (les États membres restent compétents dans le domaine de la fiscalité directe), a déterminé les juridictions françaises à changer de jurisprudence. J. –P. Maublanc soulignait¹⁶¹³ ainsi que « *la définition communautaire oblige les juridictions nationales à réévaluer les notions traditionnelles du droit interne, souvent enserrés dans des critères précis et des procédures spécifiques et à adapter l'état du droit aux avancées du droit communautaire, que la matière soit ou non communautarisée dans ses sources* ».

Le Conseil d'État a redécouvert en matière fiscale le principe général d'interdiction de l'abus de droit, définie antérieurement à partir de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales. Selon cet article,

« Ne peuvent être opposés à l'administration des impôts les actes qui dissimulent la portée véritable d'un contrat ou d'une convention à l'aide de clauses :

a) Qui donnent ouverture à des droits d'enregistrement ou à une taxe de publicité foncière moins élevés ;

b) Ou qui déguisent soit une réalisation, soit un transfert de bénéfices ou de revenus ;

qui, a priori, n'entrent pas dans leur champ d'application subjectif. Ces clauses, consacrées par le Modèle de Convention des États-Unis de 20 septembre 1996 ont été incluses dans les conventions entre les États-Unis et les pays membres de l'Union européenne, et puis dans les conventions entre les États membres, y inclut entre eux, d'une part, et des États tiers, d'autre part. Par ces clauses, qui peuvent revêtir des formes variées, certaines sociétés, même si résidentes dans un État contractant ne peuvent pas jouir des réductions ou bénéfices prévues par la Convention. La principale critique dont ces clauses ont reçu concerne leur incompatibilité avec le droit d'établissement et la libre circulation des capitaux. Elles ne respectent non plus le principe de proportionnalité pour pouvoir être justifiées en tant que raisons impérieuses d'intérêt général (Parmi les arguments invoqués par cet auteur, il convient de mentionner l'impossibilité d'invoquer l'octroi des avantages fiscaux sur le fondement de la réciprocité pour justifier le maintien des mesures restrictives ou discriminatoires, la progressive disparition du substrat économique comme condition pour pouvoir exercer les libertés de circulation, et le fait que les clauses empêchent l'analyse au cas par cas). Cependant, entre les multiples formes dont les clauses de limitation des bénéfices peuvent revêtir, il peut y avoir certaines qui respectent les exigences du droit communautaire.

Si, à une première vue, ces clauses paraissent contraires au droit communautaire, il conviendrait de les réformer dans le but de les éliminer ou de les rendre compatibles avec les libertés de circulation. L'élaboration d'un Modèle de Convention européenne qui prendrait en compte ces exigences pourrait jouer un rôle fondamental. Pour une analyse détaillée et global des mesures utilisées pour lutter contre el *treaty shopping*, voir F. A. VEGA BORREGO, *Las medidas contra el treaty shopping*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003, spécialement pp. 350 – 393 (sur les clauses limitatives des bénéfices) ; C. HJI PANAYI, « Treaty shopping and other tax arbitrage opportunities in the European Union : a reassessment – part 1 », *European Taxation*, mars 2006, pp. 104 – 110, et « Treaty shopping and other tax arbitrage opportunities in the European Union : a reassessment – part 2 », *European Taxation*, avril 2006, pp. 139 – 155.

¹⁶¹³ J. – P. MAUBLANC, *op. cit.*, p. 269.

c) *Ou qui permettent d'éviter, en totalité ou en partie, le paiement des taxes sur le chiffre d'affaires correspondant aux opérations effectuées en exécution d'un contrat ou d'une convention.*

L'administration est en droit de restituer son véritable caractère à l'opération litigieuse. En cas de désaccord sur les rectifications notifiées sur le fondement du présent article, le litige est soumis, à la demande du contribuable, à l'avis du comité consultatif pour la répression des abus de droit. L'administration peut également soumettre le litige à l'avis du comité dont les avis rendus feront l'objet d'un rapport annuel.

Si l'administration ne s'est pas conformée à l'avis du comité, elle doit apporter la preuve du bien-fondé de la rectification. »¹⁶¹⁴

Selon une jurisprudence construite à partir des années 1980 (arrêt du Conseil d'État du 10 juin 1981, n° 19079¹⁶¹⁵) sur le fondement de cet article, l'abus de droit couvrait deux types de situations : les transactions fictives et les structures légales tendant à éluder les impôts (ou artificielles)¹⁶¹⁶. Par voie de conséquence, l'article L. 64 permettrait aux autorités de lutter contre l'abus de droit manifesté sous la forme de la simulation ou de la fraude à la loi¹⁶¹⁷. Cependant, il s'appliquait seulement à une liste exhaustive de cas, si les conditions énumérées par l'article L. 64, interprétés de manière restrictive, étaient remplies. Les statistiques judiciaires montrent que le nombre des cas où des comportements abusifs ont été condamnés sur le fondement de l'article L. 64 est limité¹⁶¹⁸.

¹⁶¹⁴ La loi du 13 janvier 1941 portant simplification, coordination et renforcement du Code général des impôts directs a subordonné la remise en cause des actes de droit privé pour fraude à la loi (qui était déjà consacrée par la jurisprudence et la doctrine) à la consultation préalable du comité consultatif des abus de droit. Si le comité donnait un avis favorable, la charge de la preuve incombait au contribuable. Cette réforme a été restée inappliquée plusieurs années, faute pour l'administration d'avoir saisi le comité, ainsi que, par la suite, la disposition a été interprétée par le Conseil d'État comme imposant à l'administration l'obligation de saisir le comité chaque fois qu'elle entendait écarter un acte entaché par fraude à la loi.

Les réformes postérieures ont modifié les règles de procédure et de preuve. La loi n° 63-1316 du 27 décembre 1963 a prévu que le défaut de consultation du comité a seulement pour effet de mettre la preuve à la charge du contribuable. La loi n° 87-502 du 8 juillet 1987 dite loi Aicardi a ouvert au contribuable la faculté de saisir le comité des abus de droit. Le comité était ainsi entendu comme une garantie substantielle du contribuable.

¹⁶¹⁵ Recueil Lebon, pp. 248 – 249.

¹⁶¹⁶ B. PLAGNET, « Tax avoidance concepts », *European Taxation*, mars 1999, p. 101.

¹⁶¹⁷ L. LECLERQ, « Interacting principles: the French abuse of law concept and the EU notion of abusive practices », *Bulletin for International Taxation*, 2007, vol. 61, n° 6, p. 236. L'abus de droit, la simulation et la fraude à la loi sont des notions assez apparentées même si elles restent distinctes. Comme nous avons déjà souligné dans la première partie, il y a des cas où les notions peuvent se mélanger pour donner naissance à des mécanismes nouveaux. Dans ce contexte, l'abus de droit peut se réaliser par le moyen d'une simulation ou d'une fraude à la loi. Il est dans ce sens qu'il faut interpréter l'abus de droit dans le contexte de l'article L. 64. Pour les différentes formes de simulation ou de fraude à la loi bannies par l'article L. 64 voir L. LECLERQ, *op. cit.*, pp. 236 et s.

¹⁶¹⁸ L. LECLERQ, *op. cit.*, p. 237.

Dans la jurisprudence *Sagal*, du 18 mai 2005¹⁶¹⁹, le Conseil d'État a statué sur la compatibilité de l'article L. 64 avec l'article 43 CE et, dans ce contexte, a fait un premier pas vers la redéfinition de l'abus de droit en matière fiscale. Dans cette affaire, cinq sociétés de droit français, parmi lesquelles *Sagal*, avaient acheté une partie du capital social de la société holding de droit luxembourgeois *Fifties* qui était soumise, selon la législation luxembourgeoise, à un régime d'exonération fiscale des bénéfices et des plus-values. Ceci permettait aux cinq sociétés de bénéficier du régime fiscal des sociétés mères prévu par les articles 145 et 216 du Code général des impôts, en évitant l'application de l'article 209 B du même Code relatif aux entreprises détenant au moins le quart des actions d'une société étrangère soumise à un régime fiscal privilégié, de sorte qu'elles étaient dispensées de l'impôt sur les sociétés¹⁶²⁰. Le Conseil d'État rappelle que, en vertu de l'article 43 CE, « *sont proscrites les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre* » et l'article L. 64 du livre de procédures fiscales est « *de nature à restreindre l'exercice de cette liberté d'établissement, en exerçant un effet dissuasif à l'égard des contribuables qui souhaitent s'installer dans un autre État membre de la Communauté européenne, notamment lorsque ce projet d'établissement est inspiré par un motif fiscal* ». Toutefois, l'application de cet article est limitée « *aux cas où l'administration apporte la preuve que l'acte par lequel un contribuable s'établit à l'étranger revêt un caractère fictif ou simulé, ou bien, à défaut, n'a pu être inspiré par aucun motif autre que celui d'éviter ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé cet acte, aurait normalement supportées en égard à sa situation et à ses activités réelles* », à savoir les deux types d'actes combattus par l'article L. 64 : la simulation et la fraude à la loi. En ce qui concerne la fraude à la loi, le Conseil souligne que l'objectif poursuivi par cet article est d'« *exclure du bénéfice des dispositions fiscales favorables les montages purement artificiels dont le seul objet est de contourner la législation fiscale française* » et, dans ce contexte, il n'est pas contraire au droit communautaire. Les actes commis par les sociétés françaises constituent un abus de droit et ils doivent être sanctionnés. En reprenant mot à mot le dispositif énoncé par la jurisprudence communautaire, l'arrêt *Sagal* a été le préalable nécessaire à la redéfinition de la notion d'abus de droit en droit français.

¹⁶¹⁹ Conseil d'État, 18 mai 2005, n° 267087, *Min. v. Sté Sagal*, Recueil Lebon, pp. 203-206. Voir commentaires de cet arrêt par : C. ACARD, « Commentaire de l'arrêt du Conseil d'État du 18 mai 2005, Société Sagal », *Banque & Droit*, 2005, n° 102, pp. 78 – 81.

¹⁶²⁰ « I. - 1. *Lorsqu'une personne morale établie en France et passible de l'impôt sur les sociétés exploite une entreprise hors de France ou détient directement ou indirectement plus de 50 % 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 que cette entreprise ou entité juridique est soumise à un régime fiscal privilégié au sens de l'article 238 A, les bénéfices ou revenus positifs de cette entreprise ou entité juridique sont imposables à l'impôt sur les sociétés. Lorsqu'ils sont réalisés par une entité juridique, ils sont réputés constituer un revenu de capitaux mobiliers imposable de la personne morale établie en France dans la proportion des actions, parts ou droits financiers qu'elle détient directement ou indirectement.* »

Dans l'arrêt *Janfin* du 27 septembre 2006¹⁶²¹, le Conseil d'État se rend compte que, face à la notion française, celle communautaire de l'abus de droit s'avère plus extensive et plus souple, dans le sens où elle a un champ d'application général et où sa mise en œuvre ne dépend ni de conditions textuelles précises ni de l'intervention du comité consultatif pour la répression de l'abus de droit, ce qui offre à l'administration nationale « un pouvoir général de *déqualification et de requalification* »¹⁶²², en dehors des conditions de l'article L. 64. Sans tirer, cependant, toutes les conséquences de la construction communautaire, le Conseil d'État change radicalement la conception nationale sur l'abus de droit en matière fiscale.

Dans l'affaire *Janfin*, la société du même nom avait acquis en décembre 1994 des titres des diverses sociétés. Une fois perçus les dividendes, les titres ont été vendus, faisant ressortir des moins-values pour un montant égal à celui des dividendes encaissés hors avoir fiscal. Les avoirs fiscaux ont permis à la société de régler la totalité de l'impôt sur les sociétés dont elle se déclarait redevable au titre de l'exercice clos en 1994. Lors d'un contrôle effectué en 1997, l'administration fiscale a considéré les opérations d'achat et de revente des titres comme constitutives d'abus de droit et a remis en cause l'utilisation des avoirs fiscaux. Par la suite, le tribunal administratif de Paris a rejeté la demande de la société *Janfin* tendant à la décharge des impositions supplémentaires résultant de la mise en œuvre de l'article L. 64. Ensuite, la Cour administrative d'appel a rejeté aussi l'appel introduit contre l'arrêt du tribunal administratif. Le Conseil d'État considère cependant que cette dernière juridiction a commis une erreur de droit en se fondant sur la procédure de répression prévue par l'article L. 64 pour remettre en cause l'utilisation par *Janfin* des avoirs fiscaux résultant d'opérations d'achat et de revente de titres. La procédure de répression des abus de droit n'était pas applicable au cas d'espèce dans la mesure où les opérations en cause n'avaient pas pour effet de déguiser la réalisation ou le transfert de bénéfices ou de revenus au sens de l'article L. 64. *Janfin* serait ainsi fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué.

¹⁶²¹ Conseil d'État, 27 septembre 2006, n° 260050, *Sté Janfin*, Recueil Lebon, pp. 401-403. Voir commentaires de cet arrêt : Y. BERNARD, « Dissuasion à l'anglaise : la double clef de la fraude à la loi », *RJF*, 2006, n° 12, pp. 1083 – 1093 ; Y. DE KERGOIS, E. MEIER, R. TORLET, « Abus de droit et fraude à la loi : même cause, mêmes effets ! », *LPA*, 23 octobre 2006, n° 211, p. 3 ; A. D'HIEUX-LARDON, T. LEFEBVRE, « Le Conseil d'État affirme la faculté pour l'Administration d'écarter les actes passés par un contribuable en fraude à la loi », *JCD ed. G*, 11 octobre 2006 ; L. JAILLAIS, « Abus de droit : les enseignements de l'arrêt "Janfin" », *Option Finance*, 16 octobre 2006, n° 902, pp. 28 – 31 ; M. VERBAN, « Un outil du fisc contre l'abus de droit », *Les Echos*, 12 octobre 2006, n° 19771, p. 12.

¹⁶²² J. – P. MAUBLANC, *op. cit.*, p. 269.

Le Conseil d'État développe une théorie de l'abus de droit qui devrait s'appliquer parallèlement à l'article L. 64¹⁶²³ :

« Considérant que si un acte de droit privé opposable aux tiers est en principe opposable dans les mêmes conditions à l'administration tant qu'il n'a pas été déclaré nul par le juge judiciaire, il appartient à l'administration, lorsque se révèle une fraude commise en vue d'obtenir l'application de dispositions de droit public, d'y faire échec même dans le cas où cette fraude revêt la forme d'un acte de droit privé ; que ce principe peut conduire l'administration à ne pas tenir compte d'actes de droit privé opposables aux tiers ; que ce principe s'applique également en matière fiscale, dès lors que le litige n'entre pas dans le champ d'application des dispositions particulières de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, qui, lorsqu'elles sont applicables, font obligation à l'administration fiscale de suivre la procédure qu'elles prévoient ; qu'ainsi, hors du champ de ces dispositions, le service, qui peut toujours écarter comme ne lui étant pas opposables certains actes passés par le contribuable, dès lors qu'il établit que ces actes ont un caractère fictif, peut également se fonder sur le principe sus rappelé pour écarter les actes qui, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées en égard à sa situation et à ses activités réelles » (nous soulignons).

Le raisonnement du Conseil d'État suit trois étapes : 1) la consécration du principe général du droit à la répression des abus de droit selon une formulation assez intéressante ; 2) le champ d'application et 3) les conditions d'application du principe en matière fiscale. Ainsi, l'interdiction de l'abus de droit suppose « une fraude commise en vue d'obtenir l'application de dispositions de droit public » (donc il s'agit d'un abus de droit public), qu'elle prenne la forme d'un acte de droit public ou de droit privé. En matière fiscale, ce principe général s'applique seulement dans le cas où les conditions de l'article L. 64 n'ont pas été remplies. Au cas contraire, il faut suivre la procédure prévue par cet article. Finalement, en ce qui concerne les conditions d'application de ce principe en matière fiscale, le Conseil mentionne le caractère fictif de l'acte dont le but est de rechercher « le bénéfice d'une application littérale des

¹⁶²³ La procédure prévue par l'article L. 64 est un mécanisme à caractère exceptionnelle (selon une procédure spéciale), dans le cadre de la théorie civiliste de l'abus de droit (voir la jurisprudence citée dans l'introduction), pour sanctionner les comportements abusifs. Il s'agit donc d'une application spéciale de la théorie générale de l'abus de droit dans le domaine fiscal. Voir L. LECLERQ, *op. cit.*, p. 235. Pour une analyse de l'application de l'article L. 64 et de l'activité du Comité consultatif pour la répression des abus de droit, voir F. PERROTIN, « Abus de droit : publication du rapport 2007 du CCRAD », *LPA*, 10 juin 2008, n° 116, pp. 3 et s. ; J. – P. SOLLBERGER, « La notion d'abus de droit : développements récents en matière de fiscalité européenne et de restructuration d'entreprise », *FEDIA*, 2006, n° 146, pp. 17 – 25.

textes à l'encontre des objectifs poursuivis par les auteurs ». En reprenant sa jurisprudence des années 1980, le Conseil souligne que l'acte doit être inspiré seulement par le motif « *d'éluder ou d'atténuer* » les charges fiscales que la personne impliquée aurait normalement supportées à l'égard de ses activités réelles.

Dans la jurisprudence des années 1980, la notion d'abus de droit retenue en matière fiscale était basée principalement sur l'acte fictif et la motivation exclusivement fiscale du contribuable. En incorporant la jurisprudence communautaire, le Conseil d'État modifie la définition de l'abus de droit mais seulement en ce qui concerne le volet de la fraude à la loi. Ainsi, dans le cas où l'administration fiscale n'entend pas fonder la procédure de répression des abus de droit sur le fondement de la fictivité des opérations, elle doit apporter la preuve que les auteurs de l'acte n'ont, d'une part, été inspirés par aucun motif autre que celui consistant à éluder ou atténuer la charge de l'impôt, et, d'autre part, ont recherché le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par ceux-ci.

Des auteurs comme E. Meier et R. Torlet¹⁶²⁴ considèrent que, chaque fois que l'administration entend mettre en œuvre le principe d'abus de droit, la démonstration que celle-ci doit apporter est identique à la démonstration du but exclusivement fiscal d'une opération qui constitue, avec la fictivité des opérations, un fondement du recours à la procédure de l'article L. 64, tel que dégagé par la jurisprudence des années 1980. J. P. Maublanc¹⁶²⁵ considère cependant que, en appliquant la jurisprudence communautaire qui condamne toute « *démarche inquisitoriale* » des intentions subjectives de l'auteur, le Conseil d'État consacre l'abandon du critère de l'abus de droit retenu par la jurisprudence française jusqu'à ce moment et fondé sur une motivation exclusivement fiscale. Pour qu'il y ait fraude, il faut que le contribuable ait élaboré un montage juridique purement artificiel, c'est-à-dire dépourvu de réalité économique. Par voie de conséquence, la notion française d'abus de droit ne serait affectée par le concept communautaire d'abus de droit que dans l'une de ses deux branches.

B. Plessix¹⁶²⁶ ajoute que, si le droit civil a consacré plutôt une fraude aux droits des tiers, « *puissant sa source dans la psychologie des cocontractants mal intentionnés* », l'arrêt *Janfin* ré-déplace, pour le droit public, le centre de gravité vers la règle de droit et consacre une fraude à l'autorité de la loi, c'est-à-dire une fraude « *en vue d'écarter des dispositions de droit public* ». Il y aurait ainsi fraude « *lorsque la lettre de la règle de droit public est respectée, mais l'esprit en est violé* ». Cependant il est critiquable, à

¹⁶²⁴ E. MEIER, R. TORLET, « Abus de droit et fraude à la loi : même cause, mêmes effets ! », *op. cit.*.

¹⁶²⁵ J. – P. MAUBLANC, *op. cit.*, p. 270.

¹⁶²⁶ B. PLESSIX, « Chronique. Droit administratif », *JCP ed. G*, 20 décembre 2006, commentaire n° 51-51-201.

l'avis du même auteur, que le Conseil d'État donne à la fraude à la loi fiscale une définition identique à celle de l'abus de droit, ce qui peut affecter l'autonomie de la fraude à la loi en droit public.

Finalement, Y. De Kergos et M. Verban¹⁶²⁷ ajoutent que, après avoir assuré, dans l'affaire *Sagal*, la cohérence des critères nationaux constitutifs d'abus de droit avec le droit communautaire, le Conseil d'État reconnaît dans l'affaire *Janfin* l'existence d'un principe équivalent au principe général d'interdiction des pratiques abusives rappelé par le juge communautaire dans la jurisprudence *Halifax*.

Après l'arrêt *Janfin*, le Conseil confirme sa nouvelle jurisprudence par l'arrêt *Bank of Scotland* du 29 décembre 2006¹⁶²⁸, en appliquant le principe général d'interdiction de l'abus de droit au cas de l'utilisation abusive des conventions fiscales bilatérales¹⁶²⁹. La définition consacrée par l'arrêt *Janfin* a été postérieurement reprise par l'arrêt *Persicot* de 28 février 2007¹⁶³⁰ et met l'accent sur l'importance du critère des activités réelles de la société en cause pour apprécier si les opérations présentaient un caractère artificiel et « *ne pouvai[en]t en être motivées que par la volonté d'éluider l'impôt* »¹⁶³¹.

Une mention supplémentaire doit être faite en relation avec la lutte contre la fraude à la TVA dénommée aussi fraude au carrousel. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Paris, dans son arrêt *Sté Prodis International*¹⁶³², a considéré, en appliquant la jurisprudence *Optigen et Kittel*, que, lorsqu'un assujetti savait ou aurait dû savoir que, par son acquisition, il participait à une opération de fraude à la TVA, le droit de déduction de la taxe qui lui a été facturée doit lui être refusée. La bonne ou mauvaise foi de l'entreprise impliquée est essentielle. La charge de la preuve incombe à l'administration fiscale et, dans l'affaire, elle avait été apportée : les deux sociétés implantées dans d'autres pays avaient le même dirigeant que la société requérante, elles livraient des marchandises à des sociétés françaises dépourvues de

¹⁶²⁷ Y. DE KERGOS, M. VERBAN, « Un outil du fisc contre l'abus de droit », *op. cit.*

¹⁶²⁸ Conseil d'État, 29 décembre 2006, n° 283314, *Sté Bank of Scotland*, Recueil Lebon, pp. 578-581.

¹⁶²⁹ Le Conseil conclut que l'article L. 64 n'était pas applicable à l'espèce et que donc l'invocation par la société *Bank of Scotland* du fait qu'elle a été privée de la garantie constituée par la saisine du comité consultatif pour la répression des abus de droit ne doit pas être accueillie. Voir commentaire sur cet arrêt : E. MEIER, « Requalification d'un contrat constitutif d'une fraude à la convention fiscale franco-britannique », *JCP ed. E*, 3 mai 2007, commentaire n° 18-1590.

¹⁶³⁰ Conseil d'État, 28 février 2007, n° 284565, *Persicot*, non encore publié. La même définition a été reprise par l'arrêt Conseil d'État, 5 mars 2007, n° 284457, *Pharmacie des Challonges*, non encore publié. Voir aussi E. MEIER, « Chronique. Fiscalité », *JCP ed. E*, 20 décembre 2007, commentaire n° 51-52-2605.

¹⁶³¹ Pour l'application de l'article L. 64 par la Cour de Cassation, voir par exemple Cass.com., 20 mars 2007, n° 05-20.599, *Sté Distribution Casino France*, non encore publié.

¹⁶³² Cour administrative d'appel de Paris, 5^e ch. A, 29 mars 2007, n° 04PA01833, *Sté Prodis International*, non encore publié. Voir commentaire par D.F., « Une entreprise impliquée dans un circuit frauduleux de marchandises ne peut déduire la TVA sur ses acquisitions », *JCP ed. E*, 27 septembre 2007.

moyens humains et matériels, qui les revendaient à la société requérante, en lui facturant une taxe qu'elles ne reversaient pas au Trésor. Après une simple mention au caractère artificiel du circuit commercial, la Cour d'appel conclut donc que la livraison en cause ne peut pas être considérée comme une opération économique entrant dans le champ de la TVA et qu'elle ne peut pas ouvrir le droit à déduction. Il est important de souligner que, dans l'affaire, le juge n'a pas analysé le caractère fictif de l'opération ou la circonstance qu'elle a été faite avec un but exclusivement fiscal, et se limite à refuser le caractère d'opération entrant dans le champ de la TVA. L'argument de la société requérante selon lequel l'administration avait invoqué « *implicitement* » les dispositions de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales n'a pas été retenu.

Il est intéressant de souligner que la loi n° 1786/2007 de financement de la sécurité sociale pour 2008¹⁶³³, s'inspirant de la procédure applicable en matière fiscale, introduit une procédure de répression des abus de droit en matière sociale¹⁶³⁴. Les organismes de recouvrement des charges sociales auront ainsi la possibilité de requalifier les actes ayant pour objet d'éviter le paiement des cotisations et contributions sociales.

B) *Le cas de l'Espagne*

Le nouvel cadre législatif en matière fiscale (*La Ley General Tributaria* n° 58/2003 du 17 décembre 2003¹⁶³⁵) introduit, dans son article 15, une mesure anti-abus. La loi ne parle pas de fraude mais de « *conflict dans l'application de la norme fiscale* ». Il y aura conflit dans l'application de la norme fiscale quand on évite totalement ou partiellement la réalisation du fait imposable ou on diminue la base ou l'avoir fiscal par des actes ou des contrats qui remplissent certaines conditions: a) que, en les prenant en considération individuellement ou conjointement, ils sont évidemment artificiels ou inadéquats au résultat obtenu, et b) que de leur usage il ne résulte pas des effets juridiques ou économiques significatifs, distincts de l'avoir fiscal et des effets qui auraient été obtenus par les actes usuels ou adéquats¹⁶³⁶.

¹⁶³³ Journal Officiel du 21 décembre 2007, p. 20603.

¹⁶³⁴ Art. 108 introduisant, dans le Code de la sécurité sociale, l'article L. 243-7-2 :

« *Ne peuvent être opposés aux organismes mentionnés aux articles L. 213-1 et L. 752-1 les actes ayant pour objet d'éviter, en totalité ou en partie, le paiement des cotisations et contributions sociales.*

Les organismes mentionnés au premier alinéa sont en droit de restituer son véritable caractère à l'opération litigieuse. En cas de désaccord sur les rectifications notifiées sur le fondement du présent article, le litige est soumis, à la demande du cotisant ou de l'organisme chargé du recouvrement, à l'avis du comité consultatif pour la répression des abus de droit. Les avis rendus par le comité feront l'objet d'un rapport annuel.

Si l'organisme ne s'est pas conformé à l'avis du comité, il doit apporter la preuve du bien-fondé de sa rectification. »

¹⁶³⁵ BOE n° 302, 18.12.2003, pp. 44987 – 45065.

¹⁶³⁶ « *Artículo 15. Conflicto en la aplicación de la norma tributaria.*

La doctrine espagnole va dans le sens que le nouvel article 15, comme son précédent, respecte les conditions consacrées par la jurisprudence de la CJCE¹⁶³⁷. En premier lieu, la norme espagnole n'a pas un caractère général couvrant tant des situations créées de bonne foi que des situations artificielles. Au contraire, l'analyse doit se faire au cas par cas, en prenant en compte tant individuellement que conjointement, les opérations en cause. F. A. García Prats¹⁶³⁸ considère que, en respectant l'exigence de la proportionnalité et toutes les autres exigences inhérentes – l'analyse au cas par cas, la vérification de l'inexistence d'un motif économique valable, le test de nécessité et la susceptibilité d'un contrôle juridictionnel –, la fraude à la loi, telle que caractérisée dans la *Ley General Tributaria*, est compatible, en tant que norme anti-abus, avec le droit communautaire. Conformément à l'article 15 de la *Ley General Tributaria*, il faut démontrer l'existence des conditions suivantes : a) L'existence d'une norme de référence (la norme communautaire) et d'une norme éludée (la norme fiscale nationale) ; b) l'emploi des formes juridiques insolites et disproportionnées pour éviter l'effet exigé par la norme fiscale nationale ; c) la finalité purement fiscale et d)

1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurran las siguientes circunstancias:

a. Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.

b. Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del aborro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

2. Para que la Administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el [artículo 159 de esta Ley](#).

3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora, sin que proceda la imposición de sanciones.»

Cet article remplace l'article 24 de la loi n° 230/1963, la vieille *Ley General Tributaria* :

« Artículo 24.

1. Para evitar el fraude de Ley se entenderá, a los efectos del número anterior, que no existe extensión del hecho imponible cuando se graven hechos realizados con el propósito probado de eludir el impuesto, siempre que produzcan un resultado equivalente al derivado del hecho imponible. Para declarar que existe fraude de Ley será necesario un expediente especial en el que se aporte por la Administración la prueba correspondiente y se dé audiencia al interesado.

2. Los hechos, actos o negocios jurídicos ejecutados en fraude de ley tributaria no impedirán la aplicación de la norma tributaria eludida ni darán lugar al nacimiento de las ventajas fiscales que se pretendía obtener mediante ellos.

3. En las liquidaciones que se realicen como resultado del expediente especial de fraude de ley se aplicará la norma tributaria eludida y se liquidarán los intereses de demora que correspondan, sin que a estos solos efectos proceda la imposición de sanciones.»

Pour une analyse de cette disposition, voir, par exemple, M. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *El fraude de ley en materia tributaria*, Plaza Universitaria Ediciones, Salamanca, 1993 ; J. PÉREZ ARRAIZ, *El fraude de ley en el Derecho tributario*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996 ; T. ROSEMBUJ, *El fraude de ley y el abuso de las formas en el Derecho tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

Cependant les modifications apportées n'affectent pas la caractérisation de la fraude à la loi en matière fiscale, au-delà du changement de la dénomination (voir G. G. RUIZ ZAPATERO, *Simulación negocial y delito fiscal. Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2002 y 30 de abril de 2003*, Cuadernos de Aranzadi. Jurisprudencia tributaria, 2004, p. 66). Voir dans le même sens l'arrêt Audiencia Nacional, Sala de Contencioso – Administrativo, n° 741/2004, 1.06.2006.

¹⁶³⁷ V. RUIZ ALMENDRAL, *op. cit.*, p. 578; F. A. VEGA BORREGO, *op. cit.*, p. 372, note de bas de page n° 1112.

¹⁶³⁸ F. A. GARCÍA PRATS, *op. cit.*, p. 202.

l'obtention d'un effet fiscal équivalent à la réalisation du fait imposable, dont l'imposition on veut éviter¹⁶³⁹. De manière indirecte, la norme inclut le « *business purpose test* »¹⁶⁴⁰.

Si la norme espagnole semble compatible avec le droit communautaire, son application apporte de nouveaux problèmes. V. Ruiz Almendral¹⁶⁴¹ met en évidence que la principale raison du changement du vieil article 24 se trouve dans son application non-continue et désordonnée par l'administration fiscale espagnole. La confusion systématique entre la notion de fraude à la loi et celle de simulation a donné dans la pratique des solutions inadéquates¹⁶⁴². L'administration espagnole a été assez réfractaire à recourir à l'article 24 et cette position a été justifiée par l'exclusion du champ d'application de cet article de la possibilité de sanctionner les assujettis coupables et l'obligation, pour les autorités, de suivre une procédure spéciale avec l'objectif d'assurer une interprétation correcte et uniforme. Aujourd'hui, l'article 15 ne requiert pas une procédure spéciale, mais une commission consultative doit décider si les différents éléments de la fraude à la loi ont été prouvés¹⁶⁴³.

En tout cas, même si formellement l'article 15 respecte le droit communautaire, sa mise en application, qui pourrait s'avérer déficiente ou inadéquate si on tient compte de la jurisprudence actuelle, pourrait affecter l'exercice des libertés de circulation. Étant donné que la Cour de Justice a déjà admis que la pratique des juridictions nationales peut violer le droit communautaire¹⁶⁴⁴, la mise en cause de l'application uniforme et l'effet utile du droit communautaire peuvent engager la responsabilité de l'État membre en cause.

¹⁶³⁹ Audiencia Nacional, Sala de Contencioso – Administrativo, n° 955/2004, 31.01.2008.

¹⁶⁴⁰ V. RUIZ ALMENDRAL, *op. cit.*, p. 563.

¹⁶⁴¹ *Ibidem*.

¹⁶⁴² *Idem*, p. 564. Voir la distinction faite entre la fraude à la loi et la simulation dans les arrêts Audiencia Nacional, Sala de Contencioso – Administrativo, n° 793/2004, 18.12.2007, n° 217/2005, 24.01.2008 et n° 955/2004, 31.01.2008. Voir aussi l'analyse faite par M. D. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *El fraude de ley en la jurisprudencia*, Thomson Aranzadi, 2003, pp. 55 – 73. Si la simulation peut s'ajouter à une fraude à la loi, les deux notions restent distinctes (voir arrêts du 20.12.1985, 5.05.1995 et 4.05.1998). La Cour Constitutionnelle souligne que la simulation n'est pas toujours qu'un élément constitutif de la fraude à la loi (arrêt 8.02.1993). Voir aussi E. GONZÁLEZ GARCÍA, *El fraude a la ley tributaria en la jurisprudencia*, Aranzadi Editorial, 2001, p. 65 et s., qui considère que la simulation ne peut pas être un élément constitutif de la fraude, parce que l'acte en cause existe et est voulu par les parties, et que donc la simulation n'intervient que pour occulter la fraude.

Pour le cas où on applique indistinctement ces deux régimes, voir arrêt Tribunal Supremo du 2.11.2002.

M. D. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *op. cit.*, p. 43 et s., parle d'abus dans le recours à la notion de la fraude à la loi dans la jurisprudence de la Cour Suprême. Ainsi, dans un arrêt de 4.05.1998, cette juridiction a qualifié de frauduleuse une donation qui préjudiciait à des intérêts légitimes, si, antérieurement, on avait constaté l'inexistence de la volonté contractuelle. Dans le même sens, voir l'arrêt de 15.11.1991. Au contraire, dans un arrêt de 15.06.1999, la Cour Suprême déclare nul le contrat de vente pour cause illicite et ne mentionne pas la fraude à la loi, même si elle existait en l'espèce.

¹⁶⁴³ Article 159 de la *Ley General Tributaria*.

¹⁶⁴⁴ Arrêt CJCE, *Tragetti del Mediterraneo SpA contre Repubblica italiana*, 13 juin 2006, Aff. C-173/03, Rec., p. I-5177.

L'analyse de ces cas nous a permis de mettre en évidence le processus de *cross-fertilization*¹⁶⁴⁵ dont le principe communautaire d'interdiction de l'abus de droit fait preuve. Inspiré des traditions nationales, l'interdiction de l'abus de droit a reçu une interprétation propre en droit communautaire. Le voyage en arrière, le « *travel back* »¹⁶⁴⁶, aux droits nationaux amène nécessairement leur adaptation. Ce processus d'influence réciproque constitue un pas important vers la consécration d'un *jus commune europaeum*¹⁶⁴⁷.

Il arrive souvent que, une fois reçu en droit national, un principe général du droit communautaire trouve son application élargie par le jeu de la jurisprudence et législation nationales. Ainsi, en France, les juridictions nationales n'ont pas vu d'inconvénient à étendre l'application du principe communautaire de confiance légitime aux situations purement internes¹⁶⁴⁸. Les principes généraux revitalisent ainsi le droit national, en assurant sa cohérence. Cependant, la position du juge national n'est pas, dans tous les cas, tellement réceptive¹⁶⁴⁹. En ce qui concerne le principe d'interdiction de l'abus de droit, la pratique future montrera la mesure dans laquelle le principe sera reçu dans les droits nationaux.

& II. L'application du principe communautaire d'interdiction de l'abus de droit au domaine du droit international privé communautaire

Même si le droit international privé communautaire est aussi touché par l'abus de droit, la Cour a constamment refusé de sanctionner l'abus du choix du for¹⁶⁵⁰. En ce qui concerne la fraude à la compétence, la solution a été plus nuancée, adoptant parfois une position plus favorable à sa sanction. Consacrée en tant que principe général du droit communautaire, on peut songer à l'application de l'interdiction de l'abus de droit aussi au domaine du droit international privé communautaire. La principale question qui se pose à cet égard est de savoir si les critères de l'abus de droit, telles qu'établies par la Cour de Justice, pourront encadrer les comportements abusifs manifestés en droit international privé

¹⁶⁴⁵ X. GROUSSOT, *General principles of Community law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2006, p. 421.

¹⁶⁴⁶ L'expression a été utilisée par G. DE BURCA, « Proportionality and subsidiarity as general principles of law », in U. BERNITZ, J. NERGELIUS (sous la direction de), *General principles of European Community law*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000, p. 95.

¹⁶⁴⁷ X. GROUSSOT, *op. cit.*, p. 432.

¹⁶⁴⁸ *Idem*, p. 426.

¹⁶⁴⁹ Voir la réception du principe de proportionnalité par les juridictions britanniques : G. DE BURCA, « Proportionality and Wednesbury unreasonableness : the influence of European legal concepts on UK law », *EPL*, 1997, n° 4, pp. 561 – 586.

¹⁶⁵⁰ Voir *supra*, pp. 221 et s.

communautaire. Il n'est que récemment que la doctrine s'est rendue compte des implications que ce principe a pour le droit international privé communautaire¹⁶⁵¹.

La fraude à la compétence correspond généralement aux critères de l'abus de droit tels qu'établis par la jurisprudence *Emsland*. La fraude à la compétence suppose qu'une des parties recourt à une manœuvre ayant pour effet et pour but de soustraire le rapport de droit aux tribunaux de l'État normalement compétent. L'intention de se soustraire à la compétence d'un certain tribunal est l'élément subjectif de l'abus de droit. L'élément objectif est constitué par la manœuvre utilisée pour déterminer la compétence d'un autre tribunal. Ainsi, dans les arrêts *Kalfelis* du 27 septembre 1988, *Réunion Européenne* du 27 octobre 1998 et *Freeport* du 11 octobre 2007¹⁶⁵², la Cour avait souligné que le recours à l'article 6 (2) de la Convention de Bruxelles relative à la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, et donc la formation d'une demande dirigée contre plusieurs défendeurs, doit être exclu s'il a été fait « à seule fin de soustraire l'un de ces défendeurs aux tribunaux de l'État où il est domicilié ». L'élément objectif consiste dans l'utilisation de la norme communautaire avec un autre objectif que celui pour laquelle elle a été établie, qui, dans ce cas, est de réunir plusieurs procès, qui présentent des liens étroits entre eux, devant une seule juridiction, en vue d'assurer une plus efficace administration de la justice.

Si la fraude à la compétence semble se mouler parfaitement aux conditions du principe communautaire de l'abus de droit, il convient d'analyser le cas particulier de l'abus du choix du for.

Même si les règlements communautaires Bruxelles I et II ne contiennent pas des règles établissant la réserve de l'abus de droit, celle-ci doit jouer aussi dans ce cadre car le principe d'interdiction de l'abus de droit en droit communautaire a gagné un poids de plus en plus important grâce à la jurisprudence communautaire¹⁶⁵³. La doctrine avait mis en évidence que la théorie de l'abus de droit telle que dégagée par la Cour de Justice vaut aussi « pour les nouveaux règlements du droit judiciaire européen »¹⁶⁵⁴. Par voie de conséquence, les

¹⁶⁵¹ É. CORNUT, « Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé », *op. cit.*, pp. 25 – 55 ; A. NUYTS, « The enforcement of jurisdiction agreements further to Gasser and the Community principle of abuse of right » in P. DE VAREILLES – SOMMIÈRES (sous la coordination de), *Forum shopping in the European judicial area*, Hart Publishing, 2007, pp. 55 – 73 ; A. NUYTS, « Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, pp. 1 – 33.

¹⁶⁵² Pour rappel, ces affaires visaient la fraude aux compétences dérivées. Voir l'analyse de ces affaires dans la Première Partie, Titre Second, Chapitre IV, pp. 219 et s..

¹⁶⁵³ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ avait déjà souligné que, dans le contexte du droit international privé espagnol, l'application des clauses générales de flexibilización des normes de conflit, comme l'abus de droit, doit s'appliquer en l'absence de la consécration de l'exception du *forum non conveniens* (F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, « Caben reducciones teleológicas o "abuso de derecho" en las normas sobre competencia judicial internacional ? », *REDI*, 1995, n° 2, pp. 121 – 135).

¹⁶⁵⁴ É. CORNUT, « Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé », *op. cit.*, p. 36.

juridictions nationales devront sanctionner l'utilisation abusive d'une option de compétence internationale au regard de la notion d'abus de droit telle que façonnée par la Cour de Justice. En effet, dans l'affaire *Tatry*, précitée, l'Avocat Général considérait que « *en tout cas, il incombe au juge saisi de veiller à empêcher les abus éventuels* »¹⁶⁵⁵.

Dans l'arrêt *Gasser*, précité¹⁶⁵⁶, la Cour de Justice avait cependant statué que :

« *Enfin, les difficultés, telles que celles invoquées par le gouvernement du Royaume-Uni, découlant des comportements dilatoires de parties qui, souhaitant retarder la solution du litige au fond, engagent une action devant un tribunal qu'elles savent incompétent du fait de l'existence d'une clause attributive de juridiction, ne sont pas de nature à remettre en cause l'interprétation de l'une des dispositions de la convention de Bruxelles, telle qu'elle résulte de son texte et de sa finalité.* »¹⁶⁵⁷

La position de la Cour de Justice semble ainsi peu favorable à la reconnaissance d'un abus du droit dérivé de l'article 21 de la Convention de Bruxelles, concernant l'exception de litispendance¹⁶⁵⁸. Cependant, la doctrine récente est favorable à un possible revirement de la jurisprudence *Gasser*. Ainsi, A. Nuyts¹⁶⁵⁹ souligne que l'*ober dictum* de l'arrêt *Gasser* doit être interprété en prenant en considération le contexte de l'affaire. En premier lieu, à aucun moment du procès, la question de l'abus de droit n'a pas été invoquée. La juridiction de renvoi n'a pas inclus non plus dans sa question préjudicielle le point de savoir si l'abus de droit peut constituer une exception à la règle de la litispendance. En deuxième lieu, accepter l'abus de droit ne signifierait pas nécessairement « *remettre en cause* » l'interprétation de la disposition communautaire. Il s'agirait de prendre en compte un comportement abusif et de lui refuser le bénéfice de la disposition communautaire et non de changer l'interprétation de la norme communautaire.

Nous approuvons ces arguments. Il faut accepter que l'abus de droit, en tant que principe communautaire, doive s'appliquer aussi au droit international privé communautaire.

¹⁶⁵⁵ Conclusions de l'Avocat Général, point 22.

¹⁶⁵⁶ Pour rappel, il s'agissait d'un abus du choix du for dans le contexte de la litispendance. Voir l'analyse de cette affaire dans la Première Partie, Titre Second, Chapitre IV, pp. 231.

¹⁶⁵⁷ Point 53 de l'arrêt *Gasser*.

¹⁶⁵⁸ Il convient de souligner que la Cour de Justice justifie sa position en invoquant les principes de confiance légitime et de sécurité juridique : « *D'autre part, il convient de rappeler que la convention de Bruxelles repose nécessairement sur la confiance que les États contractants accordent mutuellement à leurs systèmes juridiques et à leurs institutions judiciaires. C'est cette confiance mutuelle qui a permis la mise en place d'un système obligatoire de compétence, que toutes les juridictions entrant dans le champ d'application de la convention sont tenues de respecter, et la renonciation corrélatrice par ces mêmes États à leurs règles internes de reconnaissance et d'exequatur des jugements étrangers au profit d'un mécanisme simplifié de reconnaissance et d'exécution des décisions de justice. Il est également constant que ladite convention vise ainsi à garantir la sécurité juridique en permettant aux justiciables de prévoir avec suffisamment de certitude le tribunal compétent.* » (point 72).

¹⁶⁵⁹ A. NUYS, « The enforcement of jurisdiction agreements further to *Gasser* and the Community principle of abuse of right », *op. cit.*, pp. 68 – 70.

Il ne s'agit pas de changer l'interprétation d'une certaine norme juridique, mais de refuser le bénéfice des dispositions communautaires à ceux qui veulent les utiliser à un autre but que celui pour lequel elles ont été prévues. En effet, la Cour de Justice avait souligné qu'une action en justice peut constituer un abus de droit si elle a été exercée « *dans le but d'obtenir, au détriment de l'autre partie, des avantages illégitimes et manifestement étrangers à l'objectif de ladite disposition* »¹⁶⁶⁰ ou si a été choisie « *parmi les voies de recours disponibles pour remédier une situation [...] celle qui cause un préjudice tellement grave aux intérêts légitimes d'autrui qu'elle s'avère disproportionnée* »¹⁶⁶¹. À notre avis, il n'y a pas de raison pour n'appliquer pas ces critères dans le domaine des textes communautaires de droit international privé.

Selon É. Cornut, les critères de l'abus du choix du for dépendent de la loi du for chargé d'apprécier l'abus de droit. La loi applicable au fond du litige n'est pas prise en compte, ce qui signifie qu'il n'est pas relevant si cette loi prévoit ou non la sanction de l'abus de droit. Cependant, l'appréciation de l'abus de droit peut déterminer la concurrence des plusieurs lois¹⁶⁶². La loi du for est applicable dès lors qu'il s'agit d'analyser l'intérêt d'agir en justice, différent de l'intérêt substantiel du plaideur. Au contraire, s'il s'agit d'une clause attributive de juridiction, l'abus de droit sera apprécié en fonction de la loi applicable au contrat. Si l'abus de droit est envisagé comme un délit civil, il sera apprécié selon la *lex loci delicti*. L'auteur opte ainsi pour l'appréciation de l'abus de droit sur le fondement des critères nationaux. Dans tous les cas, il faudrait cependant prendre en compte les principes établis par la jurisprudence communautaire en ce qui concerne l'abus de droit. Dans l'arrêt *Kefalas*, la Cour de Justice a souligné qu'elle « *ne saurait substituer son appréciation à celles des juridictions nationales, seules compétentes pour établir les faits de l'affaire dont elles sont saisies* »¹⁶⁶³. Ainsi, « *ne saurait être considéré comme contraire à l'ordre juridique communautaire que les juridictions nationales appliquent une règle nationale [...] pour apprécier si un droit découlant d'une disposition communautaire est exercé de manière abusive* »¹⁶⁶⁴. Par « *règle nationale* » il faut comprendre toute règle applicable à l'affaire et susceptible de sanctionner l'abus de droit. Cependant, quelle que soit cette règle, le juge national devra prendre en compte les critères de l'abus de droit tels qu'établis par la Cour et de corriger la règle nationale dans le cas où elle ne correspondrait à ces critères.

¹⁶⁶⁰ Point 28 de l'arrêt *Kefalas*.

¹⁶⁶¹ Point 43 de l'arrêt *Diamantis*.

¹⁶⁶² É. CORNUT, « Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé », *op. cit.*, p. 37.

¹⁶⁶³ Point 22 de l'arrêt *Kefalas*.

¹⁶⁶⁴ Point 21 de l'arrêt *Kefalas*.

La prise en compte du principe communautaire d'abus de droit devrait permettre de sanctionner les actions dénégatoires. Ainsi, si le juge national observe que l'action ne répond à aucun motif substantiel, mais l'objectif est, par la voie de la litispendance, d'empêcher l'autre partie de porter une action « *condamnatoire* » devant le tribunal « *normalement* » compétent, il pourra considérer qu'il y a abus et décliner la compétence invoquée de manière irrégulière¹⁶⁶⁵. Il s'agirait du détournement du droit, c'est-à-dire son exercice à des fins étrangères à celles pour lesquelles le droit a été octroyé. Par voie de conséquence, dans le cas où le demandeur entend également obtenir la réalisation des droits dont il revendique la reconnaissance ou la consécration, et donc une décision tranchant sur le fond, on ne peut pas parler d'abus du choix du forum. Donc le critère du détournement peut s'avérer inefficace dans ce type des situations.

La jurisprudence communautaire permet aussi de prendre en compte un autre critère d'appréciation de l'abus de droit. Il s'agit du test de proportionnalité tel qu'introduit par la jurisprudence *Diamantis*. Il suppose une mise en balance des avantages que l'exercice du droit apporte au titulaire et des désavantages produits aux tiers. Le critère de la proportionnalité de l'exercice du droit d'option de compétence internationale apparaît, selon certains auteurs¹⁶⁶⁶, plus adapté pour apprécier l'abus du choix de for. Il reviendrait à vérifier la pertinence ou l'utilité de l'acte, son caractère nécessaire ou indispensable et son caractère proportionnel proprement dit. Ainsi il y aurait abus toutes les fois qu'il existerait une disproportion manifeste entre l'avantage recherché par le demandeur et le préjudice ou la charge qui en résulte pour le défendeur. C'est dans des situations comme celles relevées par la jurisprudence *Turner*¹⁶⁶⁷, que le critère pourrait être appliqué. Il sera par exemple possible de sanctionner la saisine abusive par une entreprise qui, en se prétendant victime d'une campagne de dénigrement de ses produits par un organe de presse local, agit devant les tribunaux des différents pays où l'information a été diffusée, alors qu'elle aurait pu, sans difficulté, introduire une action globale dans le pays du domicile du dernier¹⁶⁶⁸. L'appréciation de la proportionnalité supposerait aussi la possible violation du droit à la protection juridictionnelle effective et le droit de défense du demandeur soumis à une « *charge excessive* »¹⁶⁶⁹.

¹⁶⁶⁵ A. NUYTS, « Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p. 26.

¹⁶⁶⁶ É. CORNUT, « Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé », *op. cit.*, p. 41.

¹⁶⁶⁷ Pour rappel, il s'agissait de la mise en cause des antisuit injunctions. Voir commentaire de cette arrêt dans la Première Partie, Titre Second, Chapitre IV, pp. 233 et s..

¹⁶⁶⁸ A. NUYTS, « Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p. 29.

¹⁶⁶⁹ Voir dans ce sens l'arrêt de la Cour Constitutionnelle espagnole n° 61/2000 du 13 mars 2000.

Conclusion du Titre Second

Face à la nécessité de trouver les moyens juridiques les plus efficaces pour assurer l'effet utile du droit communautaire par la prévention et la sanction des comportements abusifs, la Cour de Justice a dû consacrer un principe général du droit communautaire. En s'inspirant des ordres juridiques nationaux, le principe d'interdiction de l'abus de droit est le résultat d'un processus de réflexion juridique et d'adaptation aux exigences du droit communautaire. Son régime juridique, même si inspiré des conceptions nationales, présente cependant des caractéristiques propres, adaptées au rôle qu'il doit jouer : protéger le droit communautaire contre une utilisation abusive par les particuliers.

L'étape inductive a supposé, donc, d'une part, une recherche de droit comparé, et d'autre part, un effort de systématisation de la variété de cas analysés par la Cour de Justice. Si, dans un premier temps, elle se montre assez réticente de reconnaître la nécessité de la consécration d'un tel principe général, elle change d'avis, renforcée par la croissance des affaires qui lui ont été soumises, traitant de l'abus de droit, ce qui montre que les juges nationaux sont de plus en plus conscients que le droit communautaire peut être parfois utilisé avec d'autres objectifs que ceux prévus par le législateur communautaire.

Par l'affaire *Emsland*, la Cour de Justice fait un pas décisif vers la consécration du principe communautaire d'interdiction de l'abus de droit. Le fait d'avoir établi son régime juridique ne peut être accompagné que par une reconnaissance formelle dans la jurisprudence *Halifax* et *Kofoed*. Une fois établies les caractéristiques de ce principe, nous avons insisté sur les conséquences que cette consécration a sur les ordres juridiques nationaux. Finalement, en droit international privé communautaire, l'application de ce principe pourra supposer des modifications substantielles, même si elles peuvent nécessiter une réorientation de la jurisprudence « traditionnelle » de la Cour de Justice.

Conclusion de la Deuxième Partie

Les principes généraux peuvent avoir comme source les droits nationaux mais une fois introduits dans l'ordre juridique communautaire, ils deviennent des « *enfants terribles* » : « *they are extended, narrowed, restated, transformed by a creative and eclectic judicial process* »¹⁶⁷⁰. Ces principes¹⁶⁷¹, y inclus l'interdiction de l'abus de droit, sont le résultat de la fonction créatrice de la Cour et de ses efforts de faire évoluer la Communauté du stade d'organisation supranationale à celui d'un « *ordre constitutionnel d'États* »¹⁶⁷². La Cour choisit parmi les principes existants dans les États membres ce qui, même s'il n'est pas commun à la totalité des États membres, correspond aux besoins de l'ordre juridique communautaire, mais elle l'adapte à la spécificité de cet ordre. Dans le cas de l'interdiction de l'abus de droit, il est évident que la Cour s'est inspirée des ordres juridiques nationaux, en choisissant le dénominateur commun à la plupart des ordres juridiques nationaux, mais elle l'a adapté à l'ordre communautaire, en modifiant les critères d'appréciation de l'abus. Par ricochet, la nouvelle notion d'abus de droit, en tant que principe général, est entrée à nouveau dans les ordres juridiques nationaux en déterminant leur adaptation.

L'analyse de la jurisprudence communautaire en matière de fiscalité directe met en exergue le caractère subsidiaire de la notion d'abus de droit en ce domaine. La fiscalité est un secteur sensible, réservé aux États membres, et peut-être la fréquence des comportements abusifs dans ce domaine est plus grande. L'émergence d'un principe général d'abus trouvent ici des réserves et le fait d'avoir déjà établi une sorte de théorie autour de la notion d'évasion fiscale permet au juge d'échapper à ce nouveau « *courant* ». Par ailleurs, le fait que les États membres ont des notions différentes d'évasion fiscale ne doit pas empêcher l'application uniforme du droit communautaire. Il revient à la Cour de développer des critères limitant les mesures anti-contournement adoptées par les États membres¹⁶⁷³.

L'interdiction de l'abus de droit se voit ainsi dédoublée : dans les domaines harmonisés, le contrôle des mesures anti-abus s'effectuera au moyen de la théorie des raisons impérieuses d'intérêt général, tandis que dans les autres domaines, le principe communautaire doit s'appliquer dans son intégralité. Ce dédoublement est le prix que cette notion doit payer pour son caractère protéiforme, dérivé du fait qu'elle touche une grande variété des domaines.

¹⁶⁷⁰ T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law, op. cit.*, p. 6.

¹⁶⁷¹ Il s'agit par exemple du principe de proportionnalité, du principe de sécurité juridique, de la protection des droits de l'homme ou des droits de défense.

¹⁶⁷² T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law, op. cit.*, p. 6.

¹⁶⁷³ P. FARMER, « National anti-abuse clauses and distortion of the single market : comments on prof. dr Rädler's article », *European Taxation*, septembre 1994, p. 314.

Conclusion générale

L'analyse de la jurisprudence communautaire nous a permis d'observer les démarches suivies par la Cour dans le processus de consécration des principes généraux du droit communautaire. Avant de se lancer dans la création d'un nouveau principe communautaire, le juge communautaire n'hésite pas à observer les ordres juridiques nationaux, effort souvent imperceptible au lecteur car la Cour n'inclut pas, dans ses arrêts, des références de droit comparé. L'interdiction de l'abus de droit a nécessairement été le résultat d'une observation des droits nationaux, qui, après un processus de réflexion du juge communautaire, a subi de modifications en vue de son adaptation à la spécificité du droit communautaire.

1. La variété des manifestations de l'abus de droit en droit communautaire est une caractéristique importante de ce principe. L'abus peut prendre deux formes essentielles, en fonction du degré d'harmonisation dont fait preuve le domaine touché. Mais à partir de ces deux formes, nous retrouvons une grande diversité de techniques utilisées par les particuliers pour abuser du droit communautaire. Si parfois les situations en cause se rapprochent plutôt à une fraude à la loi, la Cour de Justice met cependant l'accent sur l'usage abusif d'un droit tiré du droit communautaire, et non sur le fait qu'un droit national a été éludé.

Au-delà de la terminologie imprécise, mais utile et justifiée par la recherche d'une systématisation, l'interdiction de l'abus de droit a la vocation de couvrir des situations très différentes. Ainsi, il s'agirait d'un abus du droit d'établissement si un particulier, après avoir obtenu, plus facilement, une qualification professionnelle, retournait dans son pays natal pour demander l'accès à une certaine profession. Il faut comprendre que les particuliers ont le droit de choisir l'ordre juridique qui leur paraît le plus favorable. La libre circulation, sans entraves, est le principal progrès du marché intérieur. La Cour de Justice ne condamne pas le choix parmi les législations nationales des États membres, mais les conditions dans lesquelles ce choix se réalise. Ainsi, dans le cas précité, un particulier a le droit de choisir le pays où il veut acquérir sa formation professionnelle, mais le fait d'avoir exercé la libre circulation seulement pour échapper à la législation, plus contraignante, de son pays d'origine, met en évidence que le droit d'établissement n'a pas été utilisé pour l'objectif pour lequel il a été octroyé au particulier. La même logique s'applique au droit d'établissement des personnes morales. Dans l'affaire *Centros*, précitée, la Cour a expressément souligné que le choix parmi les différentes législations nationales, de celle plus favorable à la constitution de la société, est inhérent au droit d'établissement. Cependant, si le choix est motivé par une fraude aux créanciers, le droit d'établissement pourra être limité.

La libre prestation de services, à côté de la fiscalité, est l'un des principaux domaines où l'abus de droit s'est manifesté. Il s'agit principalement de choisir de s'établir dans un autre pays que celui vers lequel les prestations de services sont dirigées, pour échapper à des contraintes en matière de politique culturelle, sociale ou d'immigration. Dans le domaine de la fiscalité directe, la notion d'évasion fiscale a réduit le rôle potentiel de l'abus de droit. Même si l'évasion fiscale fonctionne selon le même modèle que l'abus de droit, le fait qu'il s'agit d'un domaine sensible, dont la compétence a été réservée aux États membres, a empêché le progrès que la notion d'abus de droit a connu dans d'autres domaines. Nous retrouvons ici la principale cause du dédoublement du principe d'interdiction de l'abus de droit, selon le degré d'harmonisation. Si la fiscalité directe échappe ainsi à l'application de l'interdiction de l'abus de droit en tant que principe communautaire, elle ne reste pas à l'abri de toute intervention du droit communautaire. Les mesures nationales anti-abus doivent passer le test de la théorie des raisons impérieuses d'intérêt général.

D'autres domaines, comme la protection sociale, restent à la périphérie de l'application du principe communautaire d'interdiction de l'abus de droit. L'accès indu à des avantages sociaux est combattu soit par une stricte interprétation de la qualité de travailleur, soit par une législation très complexe sur les cumuls abusifs de prestations de sécurité sociale. D'autres manifestations comme le « *tourisme* » médical ou l'abus de la libre circulation des personnes, comme dans l'affaire *Kunqian Catherine Zhu*, semblent, au contraire, être encouragés par la Cour de Justice. Si elle contrôle strictement l'abus commis par des agents économiques, la Cour hésite à condamner la libre circulation des citoyens européens même dans le cas où elle est utilisée pour échapper à la législation nationale sur l'immigration. Donc, quant à l'aspect non économique des libertés de circulation, la Cour de Justice a adopté une attitude plus modérée.

En ce qui concerne les domaines harmonisés, l'abus de droit suppose parfois un abus de droit *stricto sensu* et d'autres fois l'artificialité d'une opération économique. Dans le premier cas, la jurisprudence *Pafitis – Kefalas – Diamantis* a mis en exergue qu'il y a abus dès lors que le droit tiré d'une directive communautaire est invoqué de manière disproportionnée, en vue de produire des dommages à des tiers. Au contraire, dans le cadre de la politique agricole commune, l'abus de droit suppose des opérations d'importation-exportation réalisées de manière artificielle, dans le but de profiter des bénéfices que le droit communautaire offre. Dans ces cas, il ne s'agit pas d'échapper à une législation nationale mais de frauder directement le droit communautaire. De la même façon, dans le secteur de la TVA, l'affaire *Halifax* a mis en évidence que le droit communautaire s'oppose à des montages artificiels qui ont pour but essentiel d'obtenir un avantage fiscal. Finalement, la fraude aux compétences

prévues par les instruments communautaires de coopération judiciaire civile et l'abus dans le choix du for sont les principales formes de l'abus de droit dans le domaine du droit international privé.

2. Une fois relevées les manifestations de l'abus de droit en droit communautaire, inévitablement la question qui s'est posée a été celle de savoir quels instruments juridiques peuvent être utilisés pour combattre ce phénomène. **La forme plus « primitive » de lutter contre l'abus serait par une stricte interprétation et donc délimitation du champ d'application du droit communautaire.** Ainsi, face à la preuve de l'artificialité de la situation pour laquelle l'application du droit communautaire était invoquée, la Cour considérait que cette situation n'était pas couverte par ce droit. Le raisonnement est contradictoire dès lors qu'on ne peut pas abuser d'un droit si on n'est pas le titulaire de ce droit. Cette exclusion de l'application du droit communautaire correspond plutôt à la logique de la fraude à la loi : une fois démontrée la fraude, les opérations mises en cause sont nulles, donc il n'y a pas de droit. Cependant, dans les affaires analysées dans ce contexte, la libre circulation avait été exercée et donc exclure l'application du droit communautaire n'est pas une sanction appropriée. De plus, si dans certaines situations, cette sanction peut se montrer appropriée, pour la majorité des cas, elle n'est pas efficace et peut enfreindre la sécurité juridique.

Pourtant certains des critères utilisés dans le cadre de cette première approche ont été plus tard incorporés dans le fonctionnement du principe général d'interdiction de l'abus de droit, permettant d'analyser si le comportement est abusif ou pas. Ainsi le degré d'intégration dans la société de l'État d'accueil, le fait que le travailleur exerce des activités réelles et effectives ou que la société exerce effectivement une activité économique au moyen d'une installation stable et pour une durée indéterminée peuvent constituer des critères utiles pour déterminer si le comportement en cause est abusif ou pas.

Toujours dans le contexte de la détermination du champ d'application du droit communautaire, nous avons aussi analysé la situation particulière du cas où l'agent économique invoque une certaine liberté au lieu d'une autre qui ne lui est pas trop favorable. La question s'est posée en ce qui concerne la distinction droit d'établissement – libre prestation de services. Il s'agit par exemple de l'inclination des entreprises à éluder les normes de conflit de lois contenues dans la législation communautaire en matière de régimes de sécurité sociale dans le but de se soustraire aux législations plus contraignantes dans ce domaine. Les entreprises s'établissent dans des pays à législation moins contraignante et, par le moyen de détachement des travailleurs, fournissent des services dans d'autres États

membres. La Cour de Justice a permis aux États membres de vérifier si la libre prestation de services n'est pas utilisée dans un autre but que l'accomplissement de la prestation concernée. Vérifier si l'entreprise est établie dans un certain État membre de façon réelle et effective est un moyen pour combattre l'abus de droit. La sanction de l'abus se réalise par une délimitation du champ d'application de chaque liberté.

3. Après avoir démontré que la réduction de l'interdiction de l'abus de droit à un simple critère de délimitation de l'application du droit communautaire trouve son opérativité limitée, nous avons mis en évidence **l'impossibilité de recourir à des substituts nationaux**. Il s'agit surtout des instruments spécifiques du droit international privé : l'ordre public, les lois de police et la fraude à la loi. Si ces techniques peuvent s'avérer utiles dans le cas de l'abus de droit dans les domaines non harmonisés, elles n'ont aucune relevance pour les autres domaines. De plus, même dans le cas du contournement du droit national par une invocation abusive du droit communautaire, le recours à des instruments nationaux suppose le respect de la théorie des raisons impérieuses d'intérêt général. Par voie de conséquence, la lutte contre la fraude et l'invocation des lois de police doivent poursuivre des objectifs compatibles avec ceux envisagés par les dispositions communautaires abusées et être mises en œuvre par des moyens appropriés, nécessaires et proportionnés. C'est seulement si les mesures nationales passent ce test, qu'elles pourront être utiles pour combattre l'abus de droit.

4. **Le recours à la théorie des raisons impérieuses d'intérêt général est limité.** Nous avons mis en évidence qu'un tel modèle est applicable tant à la fiscalité directe qu'à d'autres domaines. La lutte contre le comportement abusif ou frauduleux des particuliers a été analysée en tant que raison impérieuse dans différents cas d'exercice du droit d'établissement. D'un autre côté, le recours à des lois de police nationales dans ce domaine a été assez rare. Parmi les lois de police invoquées se trouvent celles visant la protection sociale de travailleurs ou la politique culturelle. Le recours à cet instrument pour lutter contre l'abus de droit n'est pas approprié dès lors qu'il ne correspond pas à l'exigence que l'analyse se fasse au cas par cas et non de façon générale. Le raisonnement basé sur les raisons impérieuses d'intérêt général met l'accent sur une mesure nationale, analysée globalement, et non sur le comportement abusif qui n'est pas analysé ou fait l'objet d'un examen superficiel.

La lutte contre l'évasion fiscale a atteint en droit communautaire une importance spéciale dans le contexte de la création du marché intérieur qui n'a pas été accompagné par l'harmonisation législative correspondante. Le fait qu'il s'agit d'un domaine sensible pour les États membres a permis le développement d'un encadrement jurisprudentiel important et la

difficile tâche de superposer le principe d'interdiction de l'abus de droit au phénomène de l'évasion fiscale. Cependant, en dehors de ce domaine, la nécessité de lutter contre l'abus de droit en droit communautaire n'est pas satisfaite par le recours au régime des raisons impérieuses d'intérêt général. Cela expliquerait le fait que la Cour de Justice s'est montrée ouverte à la recherche d'un instrument juridique supérieur : les principes généraux du droit communautaire.

5. Les avantages de la consécration d'un principe communautaire d'interdiction de l'abus de droit sont multiples. Au-delà de la position privilégiée dans l'ordre juridique communautaire, un tel principe permet la lutte généralisée contre l'abus de droit. Il sera appliqué aussi par les juges nationaux dans les États où il n'existe pas des règles spécifiques de lutte contre l'abus. Le principe d'interdiction de l'abus de droit pourrait s'appliquer aussi en droit international privé communautaire en déterminant une réinterprétation des instruments y utilisés pour combattre un tel phénomène. Il permettra ainsi l'unification du régime juridique, assez dispersé, de la notion d'abus de droit. L'absence d'un tel régime juridique implique pour les particuliers plus d'insécurité juridique, car ils ne pourront pas savoir si leur opérations sont abusives ou pas.

6. La construction du principe général d'interdiction de l'abus de droit a été réalisée de manière progressive. Après une position plutôt réticente à la fin des années 1990, le pas majeur a été réalisé par deux arrêts de 2000 : *Diamantis* et *Emsland*. Ces arrêts ont offert à la Cour l'occasion de faire les premiers pas vers la consécration substantielle du principe d'interdiction de l'abus de droit. La jurisprudence qui a suivi, surtout en matière fiscale, a permis de compléter la définition de l'abus de droit en droit communautaire et son régime juridique. La consécration formelle s'est réalisée en 2007 avec l'arrêt *Kofoed*.

7. Dans l'effort de construction d'un tel principe, la Cour s'est inspirée des ordres juridiques nationaux. Même si l'abus de droit n'est pas commun à tous les ordres juridiques nationaux et s'il est connu, il n'a pas le même régime juridique, cela n'a pas empêché la Cour de Justice de s'engager dans la voie de créer une nouvelle notion d'abus de droit, adaptée à la spécificité du droit communautaire et capable de s'imposer à tous les ordres juridiques nationaux. En comparaison avec les différentes conceptions nationales sur l'abus de droit, la Cour paraît opter pour une acception plus objective que subjective. Si l'intention de contourner doit exister, un tel élément subjectif est difficile à prouver. Donc une conception

objective de l'abus de droit s'avère plus efficace pour le combattre. Cependant, elle n'empêche pas que le particulier démontre sa bonne foi.

8. L'étape déductive de la consécration du principe communautaire de l'interdiction de l'abus de droit permet d'analyser **son régime juridique**. Ayant vocation à s'appliquer à tous les domaines du droit communautaire, le principe ne s'applique cependant que pour des dispositions à effet direct. L'invocation directe par les particuliers du droit communautaire est une condition indispensable à l'application de l'interdiction de l'abus de droit. Dans ce contexte, il faut préciser que si, en principe, seulement les particuliers, personnes morales ou physiques, sont le plus souvent les auteurs de l'abus de droit, le Tribunal de Première Instance, dans l'arrêt *Citymo*, a relevé que les institutions communautaires peuvent aussi se rendre coupables d'abus de droit. Cette extension du champ d'application personnelle démontre la vocation à une application généralisée de l'interdiction de l'abus de droit.

9. **La condamnation de l'abus de droit incombera aux juges nationaux, conformément à leur autonomie procédurale, mais en respectant les principes d'effectivité et d'équivalence des garanties procédurales.** Les présomptions générales d'abus de droit sont exclues et la charge de la preuve incombe à l'administration nationale. Quant à la sanction de l'abus, elle varie en fonction de la spécificité de chaque cas. Si principalement la constatation de l'abus de droit suppose que le titulaire est déchu du droit, elle n'entraîne pas nécessairement la nullité de l'opération en cause. Il appartient au juge national d'établir la sanction la plus appropriée en vue de protéger les tiers de bonne foi.

10. **L'analyse menée nous permet de considérer que l'interdiction de l'abus de droit a gagné une place de plus en plus importante dans le droit communautaire jusqu'à son élévation au rang de principe général du droit communautaire.** Il s'agit d'un principe fonctionnant à double degré, plus avancé dans les domaines harmonisés et moins dans les secteurs non harmonisés. Une étape supplémentaire serait nécessaire et elle devrait porter sur l'achèvement des éléments constitutifs de la notion, car les fluctuations reflétées jusqu'à ce moment pourraient mettre en cause l'application uniforme et efficace du droit communautaire. Les éléments constitutifs de l'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire varient aujourd'hui en fonction du degré d'harmonisation et du domaine concret où l'abus se manifeste. La seule constante est le critère téléologique centré sur le respect des objectifs de la disposition communautaire. À l'avenir, la Cour de Justice aura la tâche de préciser plus les éléments constitutifs de l'abus de droit et le rôle concret de ces

éléments. Face à la difficulté de construire un principe à « contenu uniforme », il s'agit plutôt de clarifier son régime juridique, en permettant d'assurer la sécurité juridique des particuliers.

Face à un principe général dédoublé, la Cour de Justice a l'obligation de préserver son régime juridique solide et homogène permettant une application transversale cohérente. Le dédoublement pourrait affecter dans la pratique l'effectivité de ce principe général de droit communautaire. Le juge communautaire aura la tâche d'assurer cette effectivité et de donner au juge national, juge de droit commun dans l'application du droit communautaire, toutes les indications nécessaires.

Étant donné que le principe est voué à avoir une matérialité transversale, adaptable à une multitude des situations et domaines, la tâche de tracer ses contours est assez difficile. Création prétorienne, l'interdiction de l'abus de droit supposera toujours tant de la part du juge communautaire que du juge national, un effort de réflexion sur la proportionnalité des droits exercés vis-à-vis des objectifs pour lesquels ils ont été octroyés et vis-à-vis des droits des tiers. L'interdiction de l'abus de droit permet d'assurer la cohérence du système juridique communautaire, de respecter les compétences réservées aux États membres, et de garantir un fonctionnement correct du marché intérieur.

Bibliographie

Ouvrages.

Ouvrages en français.

- ANCEL B., LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, Paris, 2001.
- AUDIT B., *La fraude à la loi*, Dalloz, Paris, 1974.
- BARDESCO A., *L'abus du droit*, Paris, V. Giard & Brière, 1913.
- BLANQUET M., *L'article 5 du Traité CEE. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté Européenne*, LGDJ, Paris, 1994.
- BRAIBANT G., *La charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, Éditions du Seuil, 2001.
- BUTTIN R., *L'usage abusif du droit. Étude critique*, Imprimerie Allier Frères, Grenoble, 1904.
- CHALAS C., *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, vol. 2, 2000.
- CHAPUS R., *Droit administratif général*, vol. I, Montchrestien, Paris, 1994.
- CORNELIS L., *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, Bruylant, Bruxelles, 1991.
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2004.
- CORNUT É., *Théorie critique de la fraude à la loi. Étude de droit international privé de la famille*, Défrenois, Paris, 2006.
- DE LAUBADÈRE A., VENEZIA J.-C., GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif*, LGDJ, Paris, 1990.
- DOBROVICI C., *De l'abus de droit*, V. Giard & E. Brière, Paris, 1909.
- DROZ G. A. L., *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, Dalloz, Paris, 1972.
- DUBOUIS L., *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, LGDJ, Paris, 1962.
- DUBOUIS L., BLUMANN C., *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, Paris, 4^{ème} édition, 2006.
- ELSENER U., *Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus de droit*, Collection Neuchâteloise, Bruylant, Helbing & Lichtenhahn, 2004.
- GAIN M. – O., *Essai sur l'abus de droit*, Université de Lille III, 1991.
- GHESTIN J., GOUBEAUX G., *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, Paris, 2^{ème} édition, 1982.
- HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, Paris, 2003.
- ISAAC G., BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, Sirey Université, Paris, 9^{ème} édition, 2006.
- KARIMI A., *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, LGDJ, Paris, 2001.
- KISS A. – C., *L'abus de droit en droit international*, LGDJ, Paris, 1952.
- JOSSERAND L., *De l'abus des droits*, Éd. Arthur Rousseau, Paris, 1905.
- JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des droits*, Dalloz, Paris, 1939.
- KOLB R., *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, PUF, Paris, 2000.
- LAGARDE P., *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, Paris, 1959.
- LAPARRE É., *La théorie de l'abus du droit et la théorie du détournement de pouvoir*, Imprimerie M. Bonnet, Toulouse, 1913.
- LE TOURNEAU P., CADIET L., *Droit de la responsabilité*, Dalloz, Paris, 1998.

- LOUSSOUARN Y., BOUREL P., *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 2001.
- LOUSSOUARN Y., DE VAREILLES-SOMMIERES P., *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 8^{ème} édition, 2004.
- LYON-CAEN G., LYON-CAEN A., *Droit social international et européen*, Précis Dalloz, Paris, 1991.
- MARKOVITCH M., *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, Lyon, Bosc Frères M. & L., 1936.
- MARGAIRAZ A., *La fraude fiscale et ses succédanés*, édité par A. Margairaz, Blonay (Suisse), 1987.
- MARTIN D., *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Collection du Centre des Droits de l'Homme de l'Université Catholique de Louvain, Bruylant, 2006.
- MAURY J., *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi*, Cuadernos de la Cátedra del Dr. James Brown Scott, Universidad de Valladolid, 1952.
- MAYER P., HEUZÉ V., *Droit international privé*, Montchrestien, Paris, 8^{ème} édition, 2004.
- MENJUCQ M., *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, Paris, 2001.
- MOLINIER J., *Droit du contentieux européen*, Paris, LGDJ, 1996.
- MOLINIER J., DE GROVE – VALDEYRON N., *Droit du marché intérieur européen*, LGDJ, Paris, 2008.
- MORACCHINI-ZEIDENBERG S., *L'abus dans les relations de droit privé*, ANRT, Lille, 2003.
- *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek Het Vermogensrecht / New Netherlands Civil Code. Patrimonial Law / Nouveau Code Civil Néerlandais. Le droit patrimonial*, traduit par P.P.C HAANAPPEL, E. MACKAAY, sous les auspices du Ministère de la Justice des Pays-Bas, Centre de Recherche en Droit Privé et Comparé du Québec, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer.Boston, 1990.
- R.-E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et consécration*, Sakkoulas –Athènes et Bruylant- Bruxelles, 1996
- L. – H. – C. REYNAUD, *L'abus du droit*, Éditeur Arthur Rousseau, Paris, 1904
- J. RIVERO, *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 1990.
- ROBAYE R., *Le droit romain. Tome I. Sources du droit – Personnes – Successions – Biens*, Academia Bruylant/Bruylant, Louvain-la-Neuve/Bruxelles, 2001.
- ROBIN – OLIVIER S., *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999.
- RODIÈRE P., *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, Paris, 2002.
- ROUSSEL P., *L'abus du droit. Étude critique*, Dalloz, Paris, 1913.
- SALANSON L., *De l'abus du droit*, Larose & Forcel, Paris, 1903.
- SIMON D., *Le système juridique communautaire*, PUF, Paris, 2001.
- STARCK B., ROLAND H., BOYER L., *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, LITEC, Paris, 5^{ème} édition, 1996.
- VAN RAEPENBUSCH S., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Collection de la Faculté de Droit de l'Université de LiègeBruxelles, , 4^{ème} édition, 2005.
- WITZ C., *Droit privé allemand. 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, LITEC, Paris, 1992.
- ZOLLER E., *La bonne foi en droit international public*, Éditions A. Pedone, Paris, 1977.

Ouvrages en anglais.

- BARENTS R., *The agricultural law of the EC. An inquiry into the administrative law of the European Community in the field of agriculture*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1994.
- BARNARD C., *The substantive law of the EU*, Oxford University Press, 2004.

- BARON VAN LYNDEN C. J. H. (sous la direction de), *Forum shopping*, LLP, London – Hong Kong, 1998.
- BELL A. S., *Forum shopping and venue in transnational litigation*, Oxford University Press, 2003.
- BROBERG M., HOLST-CHRISTENSEN N., *Free movement in the European Union*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2004.
- CLARKSON C. M. V., HILL J., *The conflict of laws*, Oxford University Press, 2006.
- COLLINS L. (coord.), *Dicey, Morris and Collins on The conflict of laws*, Sweet & Maxwell, Londres, 2006.
- CRAIG P., DE BURCA G., *EU Law*, Oxford University Press, 2007.
- DEAKIN S., JOHNSTON A., MARKESINIS B., *Tort law*, Clarendon Press, Oxford, 2008.
- DIAS R. W. M., MARKESINIS B. S., *The English Law of Torts. A comparative introduction*, Brussels, 1976.
- GOVAERE I., *The use and abuse of intellectual property rights in EC law*, Sweet&Maxwell, Londre, 1996.
- GROUSSOT X., *General principles of Community law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2006.
- JONES A., SUFRIN B., *EC Competition Law*, Oxford University Press, 2004.
- JOWITT E., WALSH C., BURKE J., *Jowitt's Dictionary of English Law*, London, Sweet & Maxwell Limited, 1977.
- HAYWARD R., *Conflict of laws*, Cavendish Publishing, 4eme edition, Sidney-London, 2006.
- MCMAHON J. A., *Law of the common agricultural policy*, Pearson, Edinburgh, 2000.
- NORTH P., FAWCETT J. J., *Private International Law*, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 1999.
- OCDE, *International Tax Avoidance and Evasion*, Four related studies, Paris, 1987.
- SNYDER F. G., *Law of the common agricultural policy*, Modern legal studies, Sweet&Maxwell, Londre, 1985.
- TAGGART M., *Private property and the Abuse of Rights in Victorian England. The story of Edward Pickles and the Bradford Water Supply*, Oxford University Press, 2002.
- TARUFFO M. (sous la direction de), *Abuse of procedural rights : Comparative standards of procedural fairness*, Kluwer Law International, The Hague. London. Boston, 1999.
- USHER J. A., *General principles of EC law*, European Law Series, Longman, Londre et New York, 1998.
- WEATHERILL S., *Cases & Materials on EU Law*, Oxford University Press, 2006.
- WEBER D., *Tax Avoidance and the EC Treaty freedoms. A study of the limitation under European law to the prevention of tax avoidance*, Kluwer Law International, 2005.
- ZIMMERMANN R., WHITTAKER S., *Good faith in European contract law*, Cambridge University Press, 2000.

Ouvrages en espagnol.

- ARENAS GARCÍA R., *Registro mercantil y Derecho del comercio internacional*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.
- ATIENZA M., RUIZ MANERO J., *Ilicitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Editorial Trotta, Madrid, 2000.
- BONFANTE P., *Instituciones de derecho romano*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1965.
- CALVO CARAVACA A.-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *Derecho internacional privado*, vol. I, Comares, Granada, 2008.
- CASAS BAAMONDE E., DEL REY GUANTER S., *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002.

- DE LOS MOZOS J. L., *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*, Bosch, Barcelona, 1965.
- FERREIRA RUBIO D. M., *La buena fe. El principio general en el derecho civil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1984.
- FERNÁNDEZ ROZAS J. C., SÁNCHEZ LORENZO S., *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 2007.
- GARDEÑES SANTIAGO M., *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Colección Estudios Internacionales, Ed. Eurolex, Madrid, 1999.
- GONZÁLEZ GARCÍA E., *El fraude a la ley tributaria en la jurisprudencia*, Aranzadi Editorial, 2001.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ M., *El fraude de ley en materia tributaria*, Plaza Universitaria Ediciones, Salamanca, 1993.
- GUZMÁN BRITO A., *Derecho privado romano*, Tome I, Editorial Jurídico de Chile, Barcelona/Buenos Aires/México D.F./Santiago de Chile, 1997.
- LARENZ K., *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas (traduction), Madrid, 1978.
- LEHMANN H., *Derecho Civil. Parte General I*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, (traduction).
- MARTÍN BERNAL J. M., *El abuso del derecho*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1982.
- MEZQUITA GARCÍA-GRANERO M. D., *El fraude de ley en la jurisprudencia*, Thomson Aranzadi, 2003.
- NIETO MARTÍN A., *Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo*, Praxis, Barcelona, 1996.
- PÉREZ ARRAIZ J., *El fraude de ley en el Derecho tributario*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- ROSEMBUJ T., *El fraude de ley y el abuso de las formas en el derecho tributario*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1994.
- ROVIRA VIÑAS A., *El abuso de los derechos fundamentales*, Ediciones Península, Barcelona, 1983.
- RUIZ ZAPATERO G. G., *Simulación negocial y delito fiscal. Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2002 y 30 de abril de 2003*, Cuadernos de Aranzadi. Jurisprudencia tributaria, 2004.
- VALLS PRIETO J., *El fraude de subvenciones de la Unión Europea. La necesidad de un espacio europeo de normas penales*, Dykinso S.L., Madrid, 2005.
- VEGA BORREGO F. A., *Las medidas contra el treaty shopping*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003.
- WIECKER F., *El principio general de la buena fe*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1977.

Ouvrages en italien.

- BALLARINO T., *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 3^{ème} édition, 1999.
- CORDOPATRI F., *L'abuso del processo*, Vol. 1 et 2, CEDAM, Padova, 2000.
- GESTRI M., *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milan, 2003.
- LEVI G., *L'abuso del diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1993.
- MORELLO U., *Frode alla legge*, Giuffrè editore, Milano, 1969.
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, Mulino Saggi, Bologne, 1998.
- RESTIVO C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Giuffrè Editore, Milan, 2007.
- ROTONDI M., *L'abuso di diritto. Aemulatio*, CEDAM, Padova, 1979.

Ouvrages en roumain.

- BOROI G., *Drept civil. Partea generală (Droit civil. Partie générale)*, All Beck, Bucarest, 1999.
- DELEANU I., *Drepturile subiective și abuzul de drept (Les droits subjectifs et l'abus de droit)*, Dacia, Cluj-Napoca, 1988.
- PRIBAC V., *Abuzul de drept și contractele de muncă (L'abus de droit et les contrats de travail)*, Wolters Kluwer Romania, Bucarest, 2007.

Articles et contributions

Articles et contributions en français.

- ANCEL P., DIDRY C., « L'abus de droit: une notion sans histoire? L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au début du XXe siècle », in *L'abus de droit: comparaisons franco-suisse, Actes du séminaire de Genève*, mai 1998, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2001, pp. 51 – 66.
- ANCEL B., MUIR WATT H., « La désunion européenne : le Règlement dit 'Bruxelles II' », *RcrDIPr*, 2001, n° 3, pp. 403 – 457.
- BAGHESTANI – PERREY L., « La constitutionnalisation du principe de précaution dans la Charte de l'environnement ou la consécration d'un principe à effet direct », *LPA*, 30 juillet 2004, n° 152, p. 4 et s.
- BALLARINO T., « Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire du droit d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de Justice des Communautés européennes », *RcrDIPr*, 2003, n° 3, pp. 373- 402.
- BARBATO J. – C., « La directive 'services de médias audiovisuels' (SMA) : vers un renouvellement du modèle audiovisuel européen », *RMCUE*, 2008, n° 514, pp. 53 – 62.
- BELLIVIER F., « Immigration. Séjour. Nationalité », *RTDC*, 2004, pp. 148 – 152.
- BLANC G., « L'abus de droit dans les contrats en droit français », in *Colloqui on European Law, L'abus de droit et les concepts équivalents: principe et applications actuelles: actes du dix-neuvième Colloque de Droit Européen*, Luxembourg, 6-9 novembre 1989, pp. 117-129.
- BLANDIN – OBERNESSER A., « La fourniture des services de médias audiovisuels : modification du cadre réglementaire face à la diversification de l'offre », *JDE*, 2008, n° 149, pp. 143 – 145.
- BROGGINI G., « L'abus de droit et le principe de la bonne foi. Aspects historiques et comparatifs », in P. WIDMER, B. COTTIER (sous la direction de), *Abus de droit et bonne foi*, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1994, pp. 3 – 21.
- BUCHER A., *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1993, vol. II, pp. 19 – 116.
- CADIEU L., « Abus de droit », *Répertoire de Droit Civil*, Encyclopédie Dalloz, 2004.
- CASTAING C., « L'extension du contrôle de conventionalité aux principes généraux du droit communautaire », *RTDE*, 2003, n° 2, pp. 197 – 228.
- CAVALLINI J., « Le détachement des salariés au sein de l'Union européenne ou la prééminence du juge », *JCP ed. S*, 2 octobre 2007, n° 40, pp. 9 – 15.
- CHASSARD Y., VENTURINI P., « La dimension européenne de la protection sociale », *DS*, 1995, n° 9-10, pp. 772 – 778.
- COMBEAUD S., « L'Olaf et les autorités judiciaires : quelles répression contre la fraude communautaires ? », *RMCUE*, 2001, n° 453, pp. 695 – 702.

- CONSTANTINESCO V., « L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire », in CAPOTORTI F., EHLERMANN C. – D., FROWEIN J., JACOBS F., JOLIET R., KOOPMANS T., KOVAR R., *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, pp. 97 – 114.
- CORNELOUP S., « Maîtrise de l'immigration et célébration du mariage », in *Mélanges à Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 207 – 226.
- CORNUT É., « Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé », *JDI*, 2007, n° 1, pp. 27 – 55.
- DAMMANN R., « Droit européen des procédures d'insolvabilité : problématique des conflits de juridictions et de *forum shopping* », *Recueil Dalloz*, Doctrine, 2005, n° 26, pp. 1779 – 1786.
- DE BEYS J., « Le droit européen est-il applicable aux situations purement internes ? », *JTDE*, juin 2001, n° 80, pp. 137 – 144.
- DE BRUYCKER P., « La libre circulation des citoyens européens entre codification et réforme », in J. – Y. CARLIER, E. GUILD (sous la direction de), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'UE*, Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 21 – 43.
- DE LA FERIA R., « Prohibition of abuse of (Community) law : the cration of a new general principle of EC law through tax », *CMLR*, vol. 45, pp. 395 – 441.
- DELEANU I., « Les repères de la doctrine et de la jurisprudence roumaines concernant l'exercice abusif des droits subjectifs » in P. WIDMER, B. COTTIER (sous la direction de), *Abus de droit et bonne foi*, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1994, pp. 311 – 322.
- DERIEUX E., « Directive TSF07 : perspectives de réformes de la directive "Télévision sans frontières" », *Communication – Commerce électronique*, 2007, n° 6, pp. 13 – 18.
- DE SADELEER N., « Le principe de précaution. Un nouveau principe général de droit », *JTDE*, 2003, v. 11, n° 99, pp. 129 – 134.
- DE SADEELER N., « The precautionary principle in EC health and environmental law », *ELJ*, 2006, v. 12, n° 2, pp. 139 – 172.
- DRIGUEZ L., « Le détachement des travailleurs après la directive sur les services », *Revue Europe*, juin 2007, pp. 35 - 39.
- DUBOUIS L., « Du bon usage du droit communautaire relatif à la liberté d'établissement des membres des professions de santé », *RDSS*, 1991, n°2, pp. 214 – 217.
- DUBOUIS L., « À propos de deux principes généraux du droit communautaire », *RFDA*, 1988, n° 3, pp. 691 – 701.
- EDWARDS V., FARMER P., « The concept of abuse in the freedom of establishment of companies : a case of double standards », in ARNULL A., EECKHOUT P., TRIDIMAS T., (sous la direction de), *Continuity and change in EU law : essays in honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford University Press, 2008, pp. 205 – 227.
- EHLERMANN C. D., « Compétition entre systèmes réglementaires », *RMCUE*, 1995, n° 387, pp. 220 – 227.
- ESPESSON-VERGEAT B., « La spécificité de la notion d'abus de droit en droit français des sociétés », in Colloqui on European Law, *L'abus de droit et les concepts équivalents: principe et applications actuelles: actes du dix-neuvième Colloque de Droit Européen*, Luxembourg, 6-9 novembre 1989, pp. 131-150.
- FALLON M., « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes », in VERHOEVEN J. (sous la direction de), *La loyauté. Mélanges offerts à Étienne Cereche*, Bruxelles, Larcier, 1997, pp. 165 – 189.
- FLAESCH – MOUGIN C., « La CEE et la lutte contre les fraudes au détriment du budget communautaire », *CDE*, 1983, n° 4, pp. 393 - 436.
- FLAUSS J. – F., « L'abus de droit dans le cadre de la Convention Européenne des droits de l'Homme » in WIDMER P., COTTIER B. (sous la direction de), *Abus de droit et bonne foi*, Éditions Universitaires, Fribourg, Suisse, 1994, pp. 271 – 287.

- GALMOT Y., « Réflexions sur le recours au droit comparé par la Cour de Justice des Communautés européennes », *RFDA*, 1990, n° 6, pp. 255 – 262.
- GARRONE P., « La bonne foi en droit communautaire : l'article 5 du Traité de Rome », in P. WIDMER, B. COTTIER (sous la direction de), *Abus de droit et bonne foi*, Éditions Universitaires, Fribourg, Suisse, 1994, pp. 289 – 306.
- GAUDEMET – TALLON H., « Le Règlement n° 1347/2000 du conseil du 29 mai 2000 : Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs », *JDI*, 2001, p. 381 – 430.
- GAUDEMET – TALLON H., *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses*, Recueil des cours de l'Académie de Droit International, 2005, vol. I, pp. 23 – 488.
- GICQUEL E., « La fraude fiscale », *DF*, 12 juillet 2007, n° 28, pp. 725 et s..
- Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI), « Contrôler, surveiller et punir. Analyse de la réforme Sarkozy : loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité », 2003, disponible sur le site Internet du GISTI www.gisti.org.
- Groupe Européen de Droit International Privé, *Proposition de modification des articles 3, 5 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, et de l'article 15 de la Proposition de la Proposition de Règlement Bruxelles I'*, Dixième réunion, Rome, 15 – 17 septembre 2000, disponible sur le site Internet <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-10pf.html>.
- GUYON-RENARD I., « La fraude en matière d'état civil dans les États membres de la CIEC », décembre 2000, édition actualisée de l'étude publié en 1996, Tableau n° 4, disponible sur le site Internet de la CIEC : www.ciec1.org.
- HARRIS P., « The notion of *abus de droit* and its potential application in fiscal matters within the EU legal order », *The EC Tax Journal*, 2001, vol. 5, pp. 187 – 201.
- A. HARTKAMP, « Vers un nouveau Code Civil néerlandais », *RIDC*, 1982, n° 2, pp. 319-336.
- HATZOPOULOS V., « Fiscalité directe des États membres et "libertés personnelles" reconnues par le traité CE », *RDUE*, 1995, n° 4, pp. 121 – 156.
- HEUZÉ V., « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *RcrDIPr*, 2000, n° 4, pp. 595 – 639.
- HUGLO J. – G., « La reconnaissance mutuelle des diplômes et des titres universitaires dans la jurisprudence communautaire », *Gaz. Pal.*, mai-juin 1995, III Doct., pp. 668 – 672.
- HUWILER B., « La genèse de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) », in P. WIDMER, B. COTTIER (sous la direction de), *Abus de droit et bonne foi*, Éditions Universitaires, Fribourg, Suisse, 1994, pp. 35 – 62.
- ICARD P., « Le principe de précaution : exception à l'application du droit communautaire ? », *RTDE*, juillet-septembre 2002, n° 3, pp. 471 – 497.
- IONASCO A., « L'abus de droit en Roumanie » in M. ROTONDI (sous la direction de), *L'abus de droit. L'abuso di diritto. The abuse of rights. El abuso de derecho. Der rechtsmissbrauch*, Cedam, Padova, 1979, pp. 181 – 193.
- ISAR H., « L'abus de droit dans les textes de droit public français », in Colloqui on European Law, *L'abus de droit et les concepts équivalents: principe et applications actuelles: actes du dix-neuvième Colloque de Droit Européen*, Luxembourg, 6-9 novembre 1989, pp. 195-204.
- JAZOTIES G., LUBY M., POILLOT-PERUZZETTO S., « Droit européen des affaires », *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2000, pp. 224 – 226.
- KAHL – WOLFF B., « L'abus de droit en droit du travail allemand – un cas d'application », in P. WIDMER, B. COTTIER (sous la direction de), *Abus de droit et bonne foi*, Éditions Universitaires, Fribourg, Suisse, 1994, pp. 75 – 88.
- KARYDIS G., « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable », *RTDE*, 2002, vol. 38, n° 1, pp. 1 – 26.

- KESSLER F., LHERNOULD J. – P., « L'impact sur le droit de la protection sociale de la jurisprudence de la CJCE relative à la libre prestation des services », *DS*, 2002, n° 7/8, pp. 748 – 759.
- KOVAR R., « Ordre juridique communautaire », *Juris-classeur Europe*, 1994, fasc. 411, pp. 1 – 9.
- LAGONDET F., « L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire », *JTDE*, 2003, n° 95, pp. 8 – 11.
- LAROQUE M., « Coordination et convergence des systèmes de sécurité sociale des États membres de la CEE », *DS*, 1993, n° 9-10, pp. 792 – 800.
- LÉGER P., GINTER É., COMOLET – TIRMAN C., VALÉE L., AUJEAN M., « Libertés communautaires et abus de droit », *DF*, 22 novembre 2007, n° 47, pp. 978 et s.
- LENAERTS K., « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTDE*, 2001, juillet-septembre, n° 37, pp. 487 – 528.
- MAILLET P., « La politique sociale européenne : mythe ou réalité prochaine ? », *RMCUE*, 2000, n° 439, pp. 364 – 381.
- MAITROT DE LA MOTTE A., *Souveraineté fiscale et construction communautaire. Recherche sur les impôts directs*, LGDJ, Paris, 2005, pp. 176 – 201.
- MARTIN D., « "Discriminations", "entraves" et "raisons impérieuses" dans le Traité CE : trois concepts en quête d'identité », *CDE*, 1998, n° 4, pp. 261 – 318, et n° 5, pp. 561 – 637.
- MATTERA A., « Le principe de la reconnaissance mutuelle : instrument de préservation des traditions et des diversités nationales, régionales et locales », *RMUE*, 1998, n° 2, pp. 5 - 17.
- MAUBLANC J. –P., « Réévaluation de l'abus de droit à la lumière de la jurisprudence communautaire sur les pratiques abusives », *RMCUE*, n° 507, avril 2007, pp. 267 – 273.
- MEINERTZHAGEN-LIMPENS A., « L'abus de droit dans la doctrine et la jurisprudence belge », in ROTONDI M. (sous la direction de), *Inchiesta di diritto comparato : L'abus de droit. L'abuso di diritto. The abuse of rights. El abuso de derecho. Der rechtsmissbrauch*, Cedam, Padova, 1979, pp. 241 – 264.
- MENJUCQ M., « Liberté d'établissement et rattachement des sociétés : du nouveau dans la continuité de l'arrêt *Centros* », *JCP ed. E*, 20 mars 2003, n° 12, pp. 448 et s.
- MERLEY N., « L'abus de droit dans la jurisprudence administrative française », en Colloqui on European Law, *L'abus de droit et les concepts équivalents: principe et applications actuelles: actes du dix-neuvième Colloque de Droit Européen*, Luxembourg, 6-9 novembre 1989, pp. 205-217.
- MOLINIER J., « Principes généraux », *Répertoire communautaire Dalloz*, 2004, pp. 1 – 22.
- MONTÉРАН T., « « La tentation du forum shopping », *Gaz. Pal.*, 27 octobre 2007, n° 300, pp. 7 et s..
- MORSE G., « Facilitating directives and reverse discrimination », *ELR*, 1979, pp. 377 – 378.
- NERI S., « Le cumul des prestations de Sécurité sociale en droit communautaire », *RTDE*, 1988, n° 4, pp. 573 – 613.
- NOIVILLE C., « La lente maturation jurisprudentielle du principe de précaution », *Recueil Dalloz*, 2007, n° 22/7295, p. 1515 et s..
- NUYTS A., « Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *Global Jurist Advances*, 2003, vol. 3, n° 1, pp. 1 – 33.
- PAPADOPOULOU R. – E., « Situations purement internes et droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant ? », *CDE*, 2002, n° 1 – 2, pp. 106 – 113.
- PASLEY R. S., « L'*equity* en droit anglo-américain », *RIDC*, 1961, pp. 292 – 299.
- PATAUT É., « Lois de police et ordre juridique communautaire », in A. FUCHS, H. MUIR WATT, É. PATAUT (sous la direction de), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 117 – 143.

- PEERBUX-BEAUGENDRE Z., « Première consécration expresse du principe de la responsabilité de l'État membre pour les jurisprudences de ses cours suprêmes dans le cadre de l'article 226 CE », *RTDE*, 2004, n° 40, pp. 208 – 215.
- PEGLOW K., « La libre prestation de services dans la directive n° 2006/123/CE. Réflexion sur l'insertion de la directive dans le droit communautaire existant », *RTDE*, 2008, n° 1, pp. 67 – 118.
- PERROTIN F., « Abus de droit : publication du rapport 2007 du CCRAD », *LPA*, 10 juin 2008, n° 116, pp. 3 et s.
- PERTEK J., « La reconnaissance des diplômes, un acquis original rationalisé et développé par la directive n° 2005/36 du 7 septembre 2005 », *Revue Europe*, mars 2006, pp. 4 – 9.
- PERTEK J., « Consolidation de l'acquis des systèmes de reconnaissance des diplômes par la directive 2005/36 du 7 septembre 2005 », *RMCUE*, février 2008, n° 515, pp. 122 - 129.
- PESCATORE P., « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *RIDC*, 1980, pp. 337 – 359.
- PIROVANO A., « L'abus de droit dans la doctrine et la jurisprudence françaises », in ROTONDI M. (sous la direction de), *Inchieste di diritto comparato : L'abus de droit. L'abuso di diritto. The abuse of rights. El abuso de derecho. Der rechtsmissbrauch*, Cedam, Padova, 1979, pp. 315 – 359.
- RANIERI F., « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law », *RIDC*, 1998, n° 4, pp. 1055 – 1092.
- SIMON D., « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits. Revue Française de Théorie Juridique*, 1991, n° 14, p.
- SIMON D., RIGAUX A., « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », in M. BLANQUET (sous la direction de), *Mélanges en hommages à Guy Isaac*, Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, 2004, pp. 557 - 585.
- SOLLBERGER J. – P., « La notion d'abus de droit : développements récents en matière de fiscalité européenne et de restructuration d'entreprise », *FEDLA*, 2006, n° 146, pp. 17 – 25.
- TIEDJE J., « La libre prestation de services et les ressortissants de pays tiers », *RMUE*, 1999, n° 2, pp. 73 – 105.
- TRYANTAFYLLOU D., « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *CDE*, 2002, n° 5, pp. 611 – 632.
- URBANO DE SOUSA C., « Le droit des membres de la famille du citoyen de l'Union Européenne de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres, dans la directive 2004/38/CE », in CARLIER J. – Y., GUILD E. (sous la direction de), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'UE*, Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 103 – 125.
- UYEN DO T., « La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur... définitivement hors services ? », *RDUE*, 2006, n° 1, pp. 111 – 130.
- VAN GERVEN W., « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », *JT*, 11 avril 1992, n° 5629, pp. 305 - 309.
- VOYAUME J., COTTIER B., ROCHA B., « L'abus de droit en droit comparé », in Colloqui on European Law, *L'abus de droit et les concepts équivalents: principe et applications actuelles: actes du dix-neuvième Colloque de Droit Européen*, Luxembourg, 6-9 novembre 1989, pp. 23 – 52.
- VRELLIS S., « "Abus" et "fraude" dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum Hélène Gaudemet – Tallon*, Dalloz-Sirey, 2008, pp. 633 – 646.
- WAELBROECK D., « La notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire », in *Mélanges en hommages à J. – V. Louis*, Institut d'Études Européennes, Éditions de l'Université Libre de Bruxelles, 2003, vol. I, pp. 595 – 616.

- WAGNER H., « Réminiscences du droit romain dans le droit de la Communauté Européenne » in Actes du Colloque « Droit romain et identité européenne » organisé du 12 au 14 mai 1992 par l'Institut des Hautes Études de Belgique, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, Supplément au tome XLI, 1994, pp. 225 – 253.
- WANECQ T., « Le renouveau de la coopération communautaire en matière de lutte contre la fraude et les abus », *LPA*, 27 février 2008, n° 42, pp. 13 et s.
- VAN RAEPENBUSCH S., « La jurisprudence communautaire en matière de règles anticumul de sécurité sociale », *CDE*, 1985, n° 1-2, pp. 251 – 317.
- WARD D. A., « Le "test de l'effectivité commerciale" ("business purpose test") et l'abus de droit », *Fiscalité Européenne*, 1985, n° 5, pp. 3 – 22.
- WILDERSPIN M., LEWIS X., « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres », *RcrDIPr*, 2002, n° 1, pp. 1 – 37 (première partie) et *RcrDIPr*, 2002, n° 2, pp. 289 – 313 (deuxième partie).
- ZONDERLAND P., « L'abus de droit et le titre introductif du projet de code civil néerlandais », in ROTONDI M. (sous la direction de), *Inchieste di diritto comparato : L'abus de droit. L'abuso di diritto. The abuse of rights. El abuso de derecho. Der rechtsmissbrauch*, Cedam, Padova, 1979, pp. 483 – 499.

Articles et contributions en anglais.

- ANDREWS N., « Civil procedure », in P. BIRKS (sous la direction de), *English private law*, Oxford University Press, 2000, pp. 897 – 990.
- BROWNSWORD R., « Positive, negative, neutral : the reception of good faith in English contract law » in BROWNSWORD R., HIRD N. J., HOWELLS G. (sous la direction de), *Good faith in Contract. Concept and context*, Ashgate/Darmouth, Aldershot, 1999, pp. 13 – 40.
- BURGIO M., « The abuse of law in the framework of the European tax law », *Intertax*, 1991, n° 2, pp. 82 - 88.
- BYERS M., « Abuse of rights : an old principle, a new age », *McGill Law Journal*, 2001-2002, n° 47, pp. 389 – 431.
- COZIAN M., « What is abuse of law », *Intertax*, 1991, n° 2, pp. 103 – 105.
- CRAUFURD SMITH R., « The establishment of companies in European Community law : choice of law or abuse of rights ? », *European Current Law Yearbook*, 1999, pp. LXII - LXVI.
- CURTIN D., « Directives: the effectiveness of judicial protection of individual rights », *CMLR*, 1990, vol. 27, pp. 709 – 739.
- DE BURCA G., « Proportionality and subsidiarity as general principles of law », in U. BERNITZ, NERGELIUS J. (sous la direction de), *General principles of European Community law*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000, pp. 95 – 112.
- DE BÚRCA G., « Proportionality and Wednesbury unreasonableness : the influence of European legal concepts on UK law », *EPL*, 1997, n° 4, pp. 561 – 586.
- DE LA FERIA R., « Prohibition of abuse of (Community) law : the creation of a new general principle of EC law through tax », *CMLR*, 2008, vol. 45, pp. 395 – 441.
- DIGRUBER D., MESSINGER I., « Marriage of residence in Austria », *EJML*, 2006, n° 8, pp. 281 – 302.
- EBKE F., « The European conflict-of-corporate-laws revolution : *Überseering*, *Inspire Art* and beyond », *EBLR*, 2005, vol. 16, n° 1, pp. 9 – 54.
- ENGSIG SØRENSEN K., « Prospects for European Company law after the judgement of the European Court of Justice in *Centros Ltd* », *CYELS*, 1999, vol. 2, pp. 203 – 230.
- ENGSIG SØRENSEN K., « Abuse of rights in Community law : a principle of substance or merely rhetoric ? », *CMLR*, 2006, vol. 43, pp. 423 – 459.

- FARMER P., « National anti-abuse clauses and distortion of the single market : comments on prof. dr Rädler's article », *European Taxation*, septembre 1994, p.314.
- FAWCETT J. J., « Forum shopping – some questions answered », *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1984, vol. 35, n° 2, pp. 141 – 152.
- FOGLETS M. – C., VANHEULE D., « Marriages of convenience in Belgium : the punitive approach gains ground in migration law », *EJML*, 2006, n° 8, pp. 263 – 280.
- FRIDMAN G. H. L., « Malice in the law of torts », *Modern Law Review*, 1958, n° 21, pp. 484 – 500.
- FROMMEL S., « United Kingdom tax law and abuse of rights », *Intertax*, 1991, n° 2, pp. 54 – 81.
- HANSEN L. H., « The development of the circumvention principle in the area of broadcasting », *LIEI*, 1998, n° 2, pp. 111 – 138.
- HARRIS P., « The notion of *abus de droit* and its potential application in fiscal matters within the EU legal order », *The EC Tax Journal*, 2001, vol. 5, pp. 187 – 201.
- HERDEGEN M., « The origins and development of the general principles of Community law » in U. BERNITZ, J. NERGELIUS (sous la direction de), *General principles of European Community law*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000, pp. 3 – 23.
- HESSELINK M., « The concept of good faith », in A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDIUS, C. JOUSTRA, E. DU PERRON, M. VELDMAN (sous la direction de), *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2004, pp. 471 – 498.
- HJI PANAYI C., « Treaty shopping and other tax arbitrage opportunities in the European Union : a reassessment – part 1 », *European Taxation*, mars 2006, pp. 104 – 110, et « Treaty shopping and other tax arbitrage opportunities in the European Union : a reassessment – part 2 », *European Taxation*, avril 2006, pp. 139 – 155.
- HOLST C., « European Company law after Centros : is the EU on the road to Delaware ? », *CJEL*, 2002, n° 8, pp. 323 – 341.
- HONDIUS E. H., « Recodification of the law in the Netherlands. The New Civil Code experience », *Netherlands International Law Review*, 1982, n°3, pp. 348 – 367.
- JUENGER F., « Forum shopping, domestic and international », *Tulane Law Review*, 1987-1988, n° 63, pp. 553 - 574.
- JUENGER F., « What's wrong with forum shopping ? », *Sidney Law Review*, 1994, n° 4, pp. 5 – 13.
- JUENGER F., « Forum shopping : a rejoinder », *Sidney Law Review*, 1994, , n° 4, pp. 28 – 31.
- KALDELLIS E. I., « Freedom of establishment of companies in the post-Centros Ltd. era : how much of a 'freedom' in European Community law », *RHDI*, 2002, n° 2, pp. 411 – 440.
- KJELLGREN A., « On the border of abuse : the jurisprudence of the European Court of Justice on circumvention, fraud and abuses of Community law », in ANDENAS M., ROTH W.-H. (sous la direction de), *Services and free movement in EU law*, Oxford University Press, 2002, pp. 245 – 277.
- KNOBBE – KEUK B., « The EC corporate tax directives – anti-abuse provisions, direct effect, German implementation law », *Intertax*, 1992, n° 8-9, pp. 485 – 494.
- KREINDLER R. H., « Arbitral forum shopping » en *Parallel State and arbitral procedures in international arbitration*, edited by B.M. Cremades, J. D. M. Lew, ICC Publishing, Paris, 2005, pp. 159 – 160.
- JAULT-SESEKE F., « Commentaire de la directive n° 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial », *RcdIPr*, 2004, n° 1, pp. 254 – 258.
- LECLERQ L., « Interacting principles : the French abuse of law concept and the EU notion of abusive practices », *Bulletin for International Taxation*, 2007, vol. 61, n° 6, pp. 235 – 244.

- LIMPENS J., KRUITHOF R. M., MEINERTZHAGEN-LIMPENS A., « Abuse of rights and disturbances affecting neighbours », in *Liability for one's own act*, International Encyclopedia of Comparative Law, 1979, pp. 105 – 126.
- LONBAY J., « Picking over the bones : rights of establishment reviewed », *ELJ*, décembre 1991, pp. 507 – 520.
- LOOIJESTIJN – CLEARIE A., « Centros Ltd – a complete U-turn in the right of establishment for companies ? », *ICLQ*, juillet 2000, vol. 49, n° 3, pp. 621 – 642.
- LYAL R., « Non-discrimination and direct tax in Community law », *EC Tax Review*, 2003, n° 2, pp. 68 – 74.
- MAISTO G., « The abuse of rights under Italian tax law », *Intertax*, 1991, n° 2, pp. 93 – 96.
- MEIJER G., MEIJER S. Y.Th., « Influence of the Civil Code in Netherlands », *EJLE*, n° 14, 2002, pp. 227 – 236.
- MERKS P., « Tax evasion, tax avoidance and tax planning », *Intertax*, 2006, vol. 34, pp. 272 – 281.
- MICHELER E., « Recognition of companies incorporated in other EU Member States », *ICLQ*, 2003, vol. 52, pp. 521 – 534.
- MÖSSNER J. M., GASSNER W., HINNEKENS L., TIKKA K. S., PLAGNET B., TIXIER G., LEHNER M., ARTS J. H. M., HERRERA P. M., SILFVERBERG C., SOUTHERN D., « Tax avoidance concepts and european tax education », *European Taxation*, mars 1999, pp. 92 – 117.
- NAPIER B. W., « Abuse of rights in British law », in ROTONDI M., *Inchieste di diritto comparato : L'abus de droit. L'abuso di diritto. The abuse of rights. El abuso de derecho. Der rechtsmissbrauch*, Cedam, Padova, 1979, pp. 269 – 271.
- NEVILLE BROWN L., « Is there a general principle of abuse of rights in European Community law », in *Essays in Honour of H. G. Schermers. Institutional dynamics of European Integration*, Dordrecht Boston, London, Hjhoff, 1994, vol. II, pp. 511 – 525.
- NUYTS A., « The enforcement of jurisdiction agreements further to Gasser and the Community principle of abuse of right », in DE VAREILLES – SOMMIÈRES P., *Forum shopping in the European Judicial Area*, Hart Publishing, 2007, pp. 55 – 73.
- OPEKIN B. R., « The price of forum shopping », *Sidney Law Review*, 1994, n° 16, pp. 14 – 27.
- O'SULLIVAN R., « Abuse of rights », *Current Legal Problems*, 1955, pp. 61 – 73.
- PEARL S., « Forum shopping in the EEC », *International Business Lawyer*, 1987, n° 15, pp. 391 – 394.
- PELKMANS J., « Mutual recognition in goods and services : an economic perspective », in *The principle of mutual recognition in the european integration process*, édité par F. K. PADOA SCHIOPPA, Palgrave Macmillan, Hampshire/New York, 2005, pp. 102 – 107.
- PLAGNET B., « Tax avoidance concepts », *European Taxation*, mars 1999, pp. 101 – 102.
- MATTERA A., « The principle of mutual recognition and respect for national, regional and local identities and traditions », in PADOA SCHIOPPA F. K. (sous la direction de), *The principle of mutual recognition in the European integration process*, Palgrave Macmillan, Hampshire/New York, 2005, pp. 1 – 24.
- RAGNELMALM H., « Leading by example or leaning on supremacy ? Some reflections on the Union, the individual and the protection of fundamental rights », in U. BERNITZ, J. NERGELIUS (sous la direction de), *General principles of European Community law*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000, pp. 49 – 59.
- REICH N., « Competition between legal orders : a new paradigm of EC law ? », *CMLR*, 1992, vol. 29, pp. 861 – 896.
- REID E., « The abuse of rights in Scots law », *Edinburgh Law Review*, 1998, n° 2, pp. 129 – 157.

- RIDSDALE M., « Abuse of rights, fiscal neutrality and VAT », *EC Tax Review*, 2005, n° 2, pp. 82 – 93.
- ROTH W. – H., « From *Centros* to *Ueberseering*: free movement of companies, private international law, and Community law », *ICLQ*, 2003, vol. 52, pp. 177 – 208.
- ROTHSCHILD G. F., « Forum shopping », *Litigation*, 1998, vol. 24, n° 3, pp. 40 - 75.
- RUIZ ALMENDRAL V., « Tax avoidance and the European Court of Justice : what is at stake for European general anti-avoidance rules », *Intertax*, 2005, vol. 33, pp. 562 – 583.
- SCHAMMO P., « Arbitrage and abuse of rights in the EC legal system », *ELJ*, 2008, n° 3, pp. 351 – 376.
- SCHERMERS H. G., « Human rights as general principles of law », en U. BERNITZ, J. NERGELIUS (sous la direction de), *General principles of European Community law*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000, pp. 61 – 71.
- SCHUZ R., « Controlling forum shopping : the impact of *MacShannon v. Rockware Glass ltd* », *ICLQ*, 1986, vol. 35, n° 2, pp. 374 – 412.
- SIEMS M., « Convergence, competition, *Centros* and the conflicts of law : European company law in the 21st century », *ELR*, 2002, vol. 27, pp. 47 – 59.
- STAPLETON J., « Good faith in private law », *Current Legal Problems*, 1999, pp. 1 – 36.
- SUN J. – M., PELKMANS J., « Regulatory Competition in the Single Market », *JCMS*, 1995, vol. 33, n° 1, pp. 67 – 89.
- TOTH A. G., « Human rights as general principles of law, in the past and in the future », in BERNITZ U., NERGELIUS J. (sous la direction de), *General principles of European Community law*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000, pp. 73 – 92.
- VAN ERP J. H. M., « The pre-contractual stage » in HARTKAMP A., HESSELINK M., HONDIUS E., JOUSTRA C., DU PERRON E., VELDMAN M. (sous la direction de), *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2004, pp. 363 – 380.
- WAUTELET P., « Swiss Bundesgericht, 26 September 1997, a strong incentive to the litigants to act promptly », *European Review of Private Law*, 2001, vol. 1, pp. 81 – 92.
- WEBER D., « A closer look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive », *EC Tax Review*, 1996, n° 2, pp. 63 – 69.
- WEBER D., « The first steps of the ECJ concerning an abuse-doctrine in the field of harmonized direct taxes », *EC Tax Review*, 1997, n° 1, pp. 22 – 31.
- WILLET C., « Good faith and consumer contract terms », in BROWNSWORD R., HIRD N. J., HOWELLS G. (sous la direction de), *Good faith in Contract. Concept and context*, Ashgate/Darmouth, Aldershot, 1999, pp. 67 – 89.
- WHITTAKER S., ZIMMERMANN R., « Good faith in European contract law : surveying the legal landscape », in WHITTAKER S., ZIMMERMANN R., *Good faith in European contract law*, Cambridge University Press, 2000, pp. 7- 62.
- WILLIAMS R., MARSH W., « Forum shopping. A new lease of life », *International Business Lawyer*, 1999, n° 27, pp. 307 – 310.
- WILS G., « The concept of reciprocity in EEC law : an exploration into these realms », *CMLR*, 1991, vol. 28, pp. 245 – 274.
- WRAY H., « An ideal husband? Marriages of convenience, moral gate-keeping and immigration to the UK », *EJML*, 2006, n° 8, pp. 303 – 320.

Articles et contributions en espagnol.

- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO M., GRIEDER MACHADO H., « El matrimonio de conveniencia », *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 2000, n° 1879, pp. 3213 – 3234.

- ARENAS GARCÍA R., « Algunos problemas relativos al consentimiento matrimonial en los supuestos internacionales », La collection des contributions de la Journée « Dona i vulneracions internacionals dels drets », Universitat Autònoma de Barcelona, 2006, disponible sur le site internet <http://adipr.wordpress.com>.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ J., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M. C., « Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable al contrato de trabajo », *Relaciones Laborales*, 1993, n° 21, pp. 382 – 407.
- DIAGO DIAGO P., « Matrimonios por conveniencia », *Actualidad Civil*, 1996, n° 14, pp. 329 – 347.
- FERNANDEZ DE VILLAVICENCIO F., « El abuso del derecho en la doctrina y en la jurisprudencia españolas », in ROTONDI M., *Inchieste di diritto comparato : L'abus de droit. L'abus di diritto. The abuse of rights. El abuso de derecho. Der rechtsmissbrauch*, Cedam, Padova, 1979, pp. 77-78.
- GARCÍA RODRÍGUEZ I., « La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio : medios de control internos y comunitarios », *Actualidad civil*, 1999, n° 18, pp. 447 – 463.
- GARCÍA PRATS F. A., « Las medidas tributarias anti-abuso y el Derecho comunitario », in SOLER ROCH M. T., SERRANO ANTÓN F. (sous la direction de), *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho comunitario*, Instituto de Estudios Fiscales, 2002, pp. 163 – 205.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ F. J., « ¿Caben reducciones teleológicas o "abuso de derecho" en las normas sobre competencia judicial internacional ? », *REDI*, 1995, n° 2, pp. 121 – 135.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ F. J., « La competencia judicial internacional en los litigios societarios en aplicación del Convenio de Bruselas. A propósito del "caso Torras" ante los tribunales españoles », *GJUE*, 1999, n° 203, pp. 19 – 30.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ F. J., « El reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980? », *La Ley Digital*, 30 mai 2008, n° 6957.
- GARDEÑES SANTIAGO M., « Reconocimiento mutuo y discriminación a la inversa », in *La Unión Europea ante el siglo XXI : Los retos de Niza*, Actas de las XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, 2003, pp. 223 – 229.
- GARDEÑES SANTIAGO M., « Normas materiales imperativas o leyes de policía en materia de trabajo : sus problemas de aplicación en el espacio intracomunitario de relaciones laborales » in MIRANDA J., DE LIMA PINHEIRO L., MOURA VICENTE D. (sous la direction de), *Estudos em memória do professor Doutor António Marques Dos Santos*, Edições Almedina, Coimbra, 2005, pp. 405 - 413.
- GETE-ALONSO Y CALERA M. C., « Comentario del artículo 7 », in M. ALBADEJO, S. DÍAZ ALABART (sous la direction de), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Tomo I, Vol. 1º*, Editorial Revista del Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, pp. 904 – 906.
- GONZÁLEZ VAQUÉ L., « El principio de precaución en el Derecho de la UE : la aplicación de un principio general basado en la incertidumbre », *Derecho de los Negocios*, 2005, n° 174, pp. 5 – 23.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ A., « Utilización de títulos universitarios de tercer ciclo obtenidos en Estados miembros distintos al de establecimiento. El elemento discriminación en las restricciones a las libertades comunitarias », *GJCE*, n° 85, juin 1993, pp. 23 – 27.

- OTERO-GARCÍA-CASTRILLÓN C., « La capacidad y la simulación en el matrimonio : fraude y extranjería en la doctrina de la DGRN », in *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 287 – 296.
- PASQUAU LIAÑO M., « Eficacia general de las normas jurídicas », in *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil. Tomo I*, Granada, 2000, pp. 70 - 84.
- A. QUIÑONES ESCÁMEZ, « Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE sobre desplazamiento de trabajadores (del asunto Arblade al Portugaia) », *RDCE*, 2002, n° 12, pp. 435 – 453.
- RIVERO HERNÁNDEZ F., « Comentario del Capítulo III. Eficacia general de las normas jurídicas », in RAMS ALBESA J., M. MORENO FLÓREZ R. (sous la direction de), *Comentarios al Código Civil I. Título preliminar*, Jose Maria Bosch Editor, Barcelona, 2000, pp. 230 – 231.
- SÁNCHEZ LORENZO S., « El derecho europeo de sociedades y la sentencia « Centros » : la relevancia de la « sede real » en el ámbito comunitario », *AEDIPr*, 2000, pp. 115 – 157.
- SÁNCHEZ LORENZO S., « La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia », in *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 247 – 273.
- SOPEÑA MONSALVE A., « Las "excepciones" de "orden público" y de "fraude a la ley": una aproximación crítica », *REDI*, 1982, n° 1, pp. 447 – 460.

Articles et contributions en italien.

- BALLARINO T., « Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da *Daily Mail* a *Überseering*: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie », *Rivista delle Società*, 2003, pp. 669 – 698.
- BENEDETELLI M. V., « La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato », *Rivista delle Società*, 1997, pp. 39 – 113.
- GESTRI M., « Considerazioni sulla teoria dell'abuso del diritto alla luce della prassi internazionale », *Rivista di Diritto Internazionale*, 1994, n° 1, pp. 5 – 57.
- NAST C., « Matrimoni simulati e frode in materia di stato civile : esempi di misure nazionali e di cooperazione internazionale », XXVIe Congrès National de l'Anusca, Fiuggi, 13-17 novembre 2006, téléchargeable du site Internet de la Commission internationale de l'état civil www.ciecl.org.
- NATOLI U., « Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano », *Rivista Trimestriale di Diritto e Procedura Civile*, 1958, pp. 18 – 37.
- PISTONE P., « L'abuso delle convenzioni internazionali in materia fiscale », in UCKMAR V. (sous la direction de), *Corso di diritto tributario internazionale*, CEDAM, 1999, pp. 483 – 541.

Notes de jurisprudence.

Notes de jurisprudence en français.

- ACARD C., « Commentaire de l'arrêt du Conseil d'État du 18 mai 2005, Société Sagal », *Banque & Droit*, 2005, n° 102, pp. 78 – 81.
- BERNARD E., « Responsabilité pour rupture d'un contrat de bail pensant la période précontractuelle », *Revue Europe*, juillet 2007, commentaire n° 177, pp. 15 - 16.
- BERNARD Y., « Dissuasion à l'anglaise : la double clef de la fraude à la loi », *RJF*, 2006, n° 12, pp. 1083 – 1093.

- BERNARDEAU L., « Droit communautaire d'établissement et transfert du siège des sociétés », *Gaz. Pal.*, 11-12 juillet 2003, pp. 2102 – 2108.
- BEER C. J., GROUDEL H., « Droit européen des assurances : liberté de prestation de services et coassurance », *RTDE*, 1987, pp. 83 – 104.
- BERR C. J., « Produits de montagne. – Protection des indications géographiques et des appellations d'origine. – Conditions d'utilisation. – Réglementation discriminatoire », *JDI*, 1998, n° 2, pp. 498 – 499.
- BERR C. J., « Dénomination du fromage « emmenthal ». – Réglementation française réservant la dénomination « emmenthal » à un fromage à croûte. – Absence de justification », *JDI*, 2001, n° 2, pp. 616 – 617.
- BOLZE C., « Règles de concurrence », *Droit communautaire de l'entreprise*, *RTDCDE*, 1993, pp. 436 – 439.
- BORGES R. – M., « La directive "télévision sans frontières" : quelques précisions sur des notions fondamentales », *LPA*, 1997, n° 122, pp. 22 – 25.
- BOUTARD-LABARDE M. – C., « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Libre circulation des personnes et des services », *JDI*, 1991, pp. 470 – 471.
- BOUTARD LABARDE M. – C., « Libre prestation des services et libre circulation des travailleurs. Acte d'adhésion du Portugal. Articles 48 et 59 », *JDI*, 1991, n°2, pp. 471 – 473.
- BOUTARD-LABARDE M.-C., « Droit de séjour. Établissement dans l'État de nationalité. Conjoint », *JDI*, 1993, pp. 426 – 427.
- BOUTARD – LABARDE M. – C., « Services – Télédistribution – Condition relative à la langue des programmes », *JDI*, 1993, pp. 429 – 430.
- BOUTARD – LABARDE M. – C., « Fraude à la loi. Jurisprudence anticontournement. Préservation du caractère pluraliste et non commercial du système audiovisuel. Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP ed. G*, 1995, n° I. 3831, pp. 126 – 127.
- BOUTARD – LABARDE M. – C. , « Abus du droit communautaire », *JCP ed. G*, 23 décembre 1998, n° 52, p. 2260.
- BOUTEMY B., MEIER E., « Liberté d'établissement », *Revue de Droit Fiscal*, 2004, n° 20, commentaire n° 483, pp. 880 – 882.
- BOUTEMY B., MEIER E., « Sociétés étrangères contrôlées et liberté d'établissement », *LPA*, 6 novembre 2006, n° 221, pp. 4 et s.
- BROUSSY E., DOMAT F., LAMBERT C., « Chronique de jurisprudence communautaire », *AJDA*, 11 février 2008, n° 5, pp. 242 – 244.
- BRUNEAU C., « Litispendance européenne et clause attributive de juridiction », *Recueil Dalloz, Jurisprudence*, 2004, n° 15, p. 1046 – 1050.
- CARRIER R., « Anti-suit injonction : la CJCE met fin à un anachronisme », *Droit Maritime Français*, 2004, pp. 403 – 412.
- CARTOU L., « Liberté d'établissement et diplômes universitaires », *LPA*, 8 septembre 1993, n° 108, pp. 19 – 20.
- CASTILLO DE LA TORRE F., « La libre circulation des services et les ressortissants des pays tiers : quelques réflexions au sujet de l'arrêt Vander Elst », *RMUE*, 1995, n° 2, pp. 131 – 159.
- CAVALLINI J., « Le fait de soumettre à autorisation préalable et à une condition d'ancienneté d'un an le détachement de salariés étrangers ressortissants d'États tiers est contraire à l'article 49 CE », *JCP ed. S*, 7 mars 2006, n° 10, pp. 20 – 22.
- CAVALLINI J., « Condition de résidence légale préalable dans un État membre et droit d'entrée et de séjour des membres de la famille d'un citoyen européen », *JCP ed. S*, 27 février 2007, n° 9-10, pp. 20 – 21.

- CAVALLINI J., « Sur le respect de la libre prestation de services dans l'Union européenne », *JCP ed. S*, 17 juin 2008, n° 25, pp. 23 – 25.
- CHALTIÉL F., « La Cour de Justice européenne et le dumping social », *LPA*, 23 mai 2008, n° 104, pp. 6 et s.
- CHARLES LE BIHAN D., Régime communautaire de conservation des ressources de pêche », *RTDE*, 1993, n° 2, pp. 421 – 438.
- CHAUMETTE P., « Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises », *DS*, 2008, n°2, pp. 210 – 220.
- COLONNA D'ISTRIA A., « TVA et abus de droit », *Option Finance*, 6 mars 2006, n° 873, p. 31.
- DANA-DEMARET S., « Note sur l'arrêt Pafitis », *Revue des Sociétés*, 1993, n° 1, pp. 117 – 122.
- DANA – DÉMARET S., « Abus dans l'exercice d'un droit découlant d'une disposition communautaire », *Revue des Sociétés*, 1998, n° 4, pp. 798 – 802.
- DAUGAREILH I., « Conditions d'accès à l'emploi salarié des travailleurs turcs », *RDS*, 1998, n° 2, pp. 456 – 458.
- DEGUÉE J. – P., « Pratique du *Forum shopping* et exigences en matière bancaire et financière », *Euredia*, 1999, n° 3, pp. 387 – 397.
- DE KERGOS Y., MEIER E., TORLET R., « Abus de droit et fraude à la loi : même cause, mêmes effets ! », *LPA*, 23 octobre 2006, n° 211, pp. 3 et s..
- DENYS C., « Affaire n° C-19/92, Dieter Kraus et Land Baden-Württemberg », *CDE*, n° 5-6, 1994, pp. 638 – 662.
- D'HIEUX-LARDON A., LEFEBVRE T., « Le Conseil d'État affirme la faculté pour l'Administration d'écarter les actes passés par un contribuable en fraude à la loi », *JCD ed. G*, 11 octobre 2006, commentaire n° 41-472.
- DOM J. – P., « La liberté d'établissement des succursales : principes et limites », *Revue des Sociétés*, janvier-mars 2004, n° 1, pp. 135 – 149.
- DEROUIN P., « Fiscalité des fusions de sociétés et échanges d'actions », *DF*, 1997, n° 38, pp. 1100 – 1104.
- DIBOUT P., « Territorialité de l'impôt, répression de l'évasion fiscale et liberté d'établissement dans la Communauté Européenne », *DF*, 1998, n° 48, pp. 1475 – 1481.
- DOUTRELEPONT C., « Le secteur audiovisuel et la libre prestation des services dans l'Union européenne. Analyse de l'affaire *Commission c/ Belgique*, 11/95 », in DOUTRELEPONT C., WAELBROECK M. (sous la direction de), *Questions de droit de l'audiovisuel européen*, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 145 – 166.
- DUCOULOUX – FAVARD C., « Fraude et droit d'établissement dans l'Union Européenne », *LPA*, 12 novembre 1999, n° 226, pp. 5 et s.
- B. EDELMAN, « Note sur l'arrêt GOUDA », *Recueil Dalloz Sirey*, Jurisprudence, 1992, pp. 537 – 540.
- B. EDELMAN, « Note sur l'arrêt VT4 », *Recueil Dalloz Sirey*, Jurisprudence, 1999, pp. 192 – 194.
- ESPESSON – VERGEAT B., « CJCE, 5 novembre 2002, Überseering BV et Nordic Construction Company Baymanagement GmbH, aff. C-208/00, Rec. p. I-9919 », *Revue des Affaires Européennes*, 2001-2002, pp. 1109 – 1117.
- F. D., « Une entreprise impliquée dans un circuit frauduleux de marchandises ne peut déduire la TVA sur ses acquisitions », *JCP ed. E*, 27 septembre 2007, commentaire n° 39-2182.
- FAGNART J. L., « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », *RCJB*, 1986, pp. 285 – 316.

- FALLON M., « Du 23 novembre 1999. – Cour de Justice des Communautés Européennes. – MM. Rodríguez Iglesias, prés., Edward, rapp., Ruiz-Jarabo Colomer, av. gén. », *RcrDIPr*, 2000, n° 4, pp. 728 – 737.
- FAYAT C., « Note sur l'arrêt Commission c. Belgique, 16.12.1992 », *LPA*, 1995, n° 6, pp. 20 – 22.
- FONTANEAU VANDOREN F., « La Cour de Justice Européenne se prononce sur les règles de la "sous capitalisation" en Grande Bretagne », *FEDIA*, 2007, n° 149, pp. 3 – 8.
- FORIERS P. A., « Note sur l'arrêt de la Cour de Cassation, 1re chambre, 30 janvier 1992 », *RCJB*, 2e trimestre, 1994, pp. 189 – 240.
- FOUQUET O., « Abus de droit : les implications de la jurisprudence communautaire sur la jurisprudence nationale », *DF*, 5 juin 2008, n° 23, commentaire n° 366.
- FRANCO S., « Observations sur l'arrêt Arblade », *RDE*, 1999, n° 106, pp. 789 – 792.
- GALMOT Y., BIANCARELLI J., « Les réglementations nationales en matière de prix au regard du droit communautaire », *RTDE*, 1985, n° 2, pp. 269 – 311.
- GAUDEMET-TALLON H., « Du 27 septembre 1988. – Cour de justice des Communautés européennes (5^e chambre) (aff. 189/87). – MM. Bosco, prés. ; Everling, Galmot, Joliet, Shockweiler, juges », *RcrDIPr*, 1989, n° 1, pp. 117 – 123.
- GAUDEMET-TALLON H., « Du 27 février 1996. - Cour de Cassation (Ch. Com.). – MM. Bézard, prés., Huglo, rapp., de Gouttes, av. gén. – Mme Baraduc-Bénabent av. », *RcrDIPr*, 1996, n° 4, pp. 738 – 742.
- GAUDEMET-TALLON H., « Du 20 février 1997. – Cour de justice des Communautés européennes (6^e Ch.) – MM. Murray, prés., Kakouris, rapp., Tesauro, av. gén., - MM. Thor von Waldstein, Fink von Waldstein, av. », *RcrDIPr*, 1997, n° 3, pp. 572 – 577.
- GAUDEMET-TALLON H., « Du 27 octobre 1998. – Cour de justice des Communautés européennes (3^e Ch.). – MM. Puissechet, prés., Moitinho de Almeida, rapp., Cosmas, av. gén. – MM. Le Prado, av. », *RcrDIPr*, 1999, n° 2, pp. 333 – 340.
- GAUDEMET – TALLON H., « Du 16 mars 1999. – Cour de Justice des Communautés européennes – MM. Rodríguez Iglesias, prés., Jann, rapp., Léger, av. gén. – MM. Di Leo, Kielland et Sperati, av. », *RcrDIPr*, 1999, n° 3, pp. 573 – 577.
- GUTMANN D., « L'arrêt 'Cadbury Schweppes' et son impact sur le droit français », *Les Nouvelles Fiscales*, 15 décembre 2006, n° 970, pp. 4 – 6.
- HARRIS R.P., « Abus de droit in the field of Value Added Taxation », *British Tax Review*, 2003, pp. 1 – 24.
- HENTZGEN F., « TVA : nouvel épisode de la saga Halifax », *Les Nouvelles Fiscales*, 1^{er} avril 2008, n° 999, pp. 10 – 11.
- HERMITTE M. – A., « Dénomination montagne. – Droit de propriété industrielle (non). – Réglementation obligeant à utiliser des matières premières locales donc françaises. – Mesure d'effet équivalent (inadmissibilité) », *JDI*, 1998, n° 2, pp. 555 – 556.
- HUET A., « Compétence judiciaire. – Article 17. – Clause attributive de juridiction inscrite au verso du connaissance. – Forme admise par les usages du commerce international. », *JDI*, 2000, n° 2, pp. 528 – 534.
- HUGLO J. – G., « Droit d'établissement et libre prestation des services », *RTDE*, 1993, n° 4, p. 655 - 667.
- HUGLO J. – G., « Libre prestation des services », *Gaz. Pal.*, Jurisprudence, 1995, n° 344 – 346, p. 641.
- HUGLO J. – G., « Libre prestation des services et liberté d'établissement », *RTDE*, juillet – septembre 1997, pp. 454 – 458.
- IDOT L., « Libre prestation de services. – Notion. – Emission de messages télévisés. – Exercice de la liberté. – Limite. – Fraude. », *Revue Europe*, décembre 1994, pp. 12 – 13.

- IDOT L., « Deuxième directive », *Revue Europe*, mai 2000, commentaire n° 141, p. 15.
- IDOT L., « Un régime différencié pour l'octroi du crédit d'impôt en matière d'impôt sur les sociétés est contraire à l'article 43 CE », *Revue Europe*, février 2003, commentaire n° 55, p. 17.
- IDOT L., « Assurance maladie », *Revue Europe*, juillet 2003, commentaire n° 244, pp. 15 - 16.
- IDOT L., « Cabotage et contournement de la loi de l'État d'accueil », *Revue Europe*, juin 2006, commentaire n° 196, pp. 18 – 19.
- JAILLAIS L., « Abus de droit : les enseignements de l'arrêt "Janfin" », *Option Finance*, 16 octobre 2006, n° 902, pp. 28 – 31.
- JONGEN F., « La législation audiovisuelle néerlandaise au regard du Traité CEE », *CDE*, 1992, n° 5-6, pp. 644 – 652.
- JONET J. – M., « Sociétés commerciales. La théorie du siège réel à l'épreuve de la liberté d'établissement. Autour de l'arrêt Überseering », *JTDE*, février 2003, n° 96, pp. 33 – 37.
- KARAYANNIS V., « L'abus des droits découlant de l'ordre juridique communautaire à propos de l'arrêt C-367/96 Alexandros Kefalas e.a. / Elliniko Dimosio (État hellénique) », *CDE*, 1999, n° 5-6, pp. 521 – 535
- KAUFF-GAZIN F., « Droit de séjour de l'ascendant à charge, membre de la famille du ressortissant communautaire », *Revue Europe*, mars 2007, commentaire n° 86, pp. 14 – 15.
- LAGARDE P., « Du 5 novembre 2002. – Cour de Justice des Communautés européennes (aff. C-208/00). – MM. Rodriguez Iglesias, prés. ; Wathelet, rapp. ; Colomer, av. gén. – MM. Wagenführ et Kösters, av », *RcrDIPr*, juillet – septembre 2003, pp. 524 – 536.
- LAGONDET F., « Ordre juridique communautaire. – Primauté. – Procédure nationale. – Abus de droit. », *Revue Europe*, mai 1996, commentaire n° 189, p. 12.
- LAGONDET F., « Abus de droit », *Revue Europe*, juillet 1998, commentaire n° 225, p. 9.
- LAPORTE P., « Affaire Vereniging Veronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media », *LPA*, 1994, n° 70, pp. 8 – 10.
- LASSERIE M., « Note sur l'arrêt Karella », *Revue des Sociétés*, 1992, n° 3, pp. 533 – 535.
- LHERNOULD J. – P., « Sécurité sociale des travailleurs migrants. Détermination de la législation applicable. Travailleurs détachés dans un autre État membre », *DS*, n° 3, mars 2001, pp. 335 – 336.
- LHERNOULD J. Ph., « Quelles règles nationales un État membre est-il autorisé à appliquer à un travailleur détaché sur son territoire dans le cadre d'une prestation de services ? », *Revue de Jurisprudence Sociale*, 2005, n° 3, pp. 189 – 192.
- LHERNOULD J. – Ph., « Détachement transfrontalier de ressortissants d'États tiers : une nouvelle condamnation pour entrave à la libre prestation de services », *RJS*, 2006, n° 5, pp. 361 – 364.
- LHERNOULD J. – P., « La prise en charge de soins transfrontaliers dispensés dans un hôpital privé britannique », *RDSS*, 2007, n° 4, pp. 633 – 638.
- LHERNOULD J. – P., « Le régime du détachement transnational après l'arrêt Laval du 18 décembre 2007 », *Jurisprudence Sociale Lamy*, 25 février 2008, chronique n° 228-1.
- LOUSSOUARN Y., « Droit d'établissement », *RTDE*, 1975, pp. 518 – 531.
- LOUSSOUARN Y., « Du 3 décembre 1974. – Cour de Justice des Communautés européennes (aff. 33/74). – MM. Lecourt, prés. ; Pescatore, rapp. ; Mayras, av. gén. », *RcrDIPr*, 1975, n° 2, pp. 696 – 708.
- LUBY M., « Libre prestations des services », *JDI*, 1997, pp. 569 – 571.
- LUBY M., « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de Justice des Communautés européennes. Libre circulation des personnes et des services », *JDI*, 1998, pp. 526 – 528.

- LUBY M., « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de Justice des Communautés Européennes. Libre circulation des personnes et des services », *JDI*, 1998, pp. 522 – 524.
- LUBY M., « Libre prestation de services. – Directive n° 89/550 du 3 octobre 1989. – Article 59 du Traité. – Publicité télévisée diffusée à partir d'un État membre. – Interdiction de la publicité trompeuse. – Interdiction de la publicité visant les enfants », *JDI*, 1998, pp. 525 – 526.
- LUBY M., « Sociétés (harmonisation) », *RTDCDE*, 1998, n° 4, pp. 1000 – 1001.
- LUBY M., « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de Justice des Communautés européennes », *JDI*, n° 2, 2003, pp. 608 – 611.
- LUBY M., « Entrée et séjour dans l'Union », *JDI*, 2004, n° 2, pp. 580 – 581.
- LYNKEY O., « Arrêt Commission contre République fédérale d'Allemagne », *RDUE*, 2006, n° 1, pp. 188 – 192.
- MAC GILLAVRY O. E., « Après l'arrêt Reyners, l'arrêt Van Binsbergen. Conséquences », *JT*, 1975, pp. 100 – 103.
- MAGNIER V., « Une société régulièrement immatriculée selon le droit d'un État membre ne peut se voir imposer les exigences requises par la loi de l'État membre où s'exerce l'essentiel de son activité », *JCP ed. E*, 12 mars 2004, n° 7, pp. 251 et s.
- MALHERBE J., CASIMIR L., « Fiscalité internationale française et mise en œuvre du droit communautaire », *JTDE*, 2005, n° 122, pp. 228 – 229.
- MARIATTE F., « Responsabilité de la Communauté. Conditions de mise en œuvre », *Revue Europe*, décembre 2001, commentaire n° 360, pp. 14 – 15.
- MARIATTE F., « Responsabilité extracontractuelle. Conditions », *Revue Europe*, février 2003, commentaire n° 49, p. 14.
- MARIATTE F., « Impôts directs », *Revue Europe*, février 2006, commentaire n° 48, pp. 21 – 23.
- MARIATTE F., « Taxe sur la valeur ajoutée et abus de droit », *Revue Europe*, avril 2006, commentaire n° 128, pp. 27 – 28.
- MARIATTE F., « Fiscalité directe des entreprises et liberté d'établissement », *Revue Europe*, novembre 2006, commentaire n° 314, pp. 18 – 20.
- MAUBLANC J. –P., « Liberté d'établissement – incompatibilité avec les Traités communautaires de la taxation à la sortie par l'article 167 bis du CGI », *RMCUE*, 2004, n° 483, pp. 684 – 689.
- P. MAVRIDIS, « Libéralisation des soins de santé en Europe : un premier diagnostic », *RMCUE*, 1998, n° 3, pp. 145 – 196 ;
- P. MAVRIDIS, « Une libéralisation des soins de santé ? Un premier diagnostic après les arrêts CJCE Kohll et Decker », *DS*, 1999, n° 2, p. 173.
- MEIER E., « Requalification d'un contrat constitutif d'une fraude à la convention fiscale franco-britannique », *JCP ed. E*, 3 mai 2007, commentaire n° 18-1590.
- MEIER E., « Chronique. Fiscalité », *JCP ed. E*, 20 décembre 2007, commentaire n° 51-52-2605.
- MEISSE É., « Le système commun de TVA nullement désarçonné par les fraudes carrousel », *Revue Europe*, mars 2006, commentaire n° 94, pp. 25 – 26.
- MEISSE É., « Conditions de détachement de travailleurs », *Revue Europe*, novembre, 2006, pp. 21 – 22.
- MENJUCQ M., « Société. – Liberté d'établissement. – Entrave. – Traité CE. – Articles 43 et 48. – Société constituée en Grande-Bretagne mais ayant une activité exclusive aux Pays-Bas. – Loi néerlandaise sur les sociétés 'pseudo-étrangères' », *JDI*, 2004, n° 3, pp. 917 – 929.

- MEZGER E., « Du 4 juillet 1985. – Cour de Justice des Communautés européennes (2^e Ch.) (aff. 220/84). – MM. Due, prés. de ch. ; Pescatore et Bahlmann, juges ; Lenz, av. gén. – Me Rassek (du barreau de Karlsruhe), av. », *RcrDIPr*, 1986, n° 1, pp. 147 – 153.
- MICHAUD H., « Une législation nationale qui prévoit l'exclusion absolue du remboursement des frais d'hospitalisation à l'étranger est contraire au droit communautaire », *RJS*, 2007, n° 10, pp. 789 – 791.
- MOURRE A., « Liberté d'établissement », *JDI*, 2007, n° 2, pp. 653 – 659.
- MUIR WATT H., « Injonction anti-suit. – Comportement procédural abusif. – Compatibilité avec la Convention de Bruxelles. – Question préjudicielle. », *RcrDIPr*, 2003, n° 1 pp. 116 – 126.
- MUIR WATT H., « Du 9 décembre 2003. – Cour de justice des Communautés européennes. – MM. Skouris, prés. ; Schintgen, rapp. ; Léger, av. gén. – Me Shefling et Walter, av. », *RcrDIPr*, 2004, n° 2, pp. 459 – 464.
- PATAUT E., « Liberté d'établissement et droit international privé des sociétés : un pas de plus », *Recueil Le Dalloz Juridique*, 2004, n° 7, pp. 491 – 494.
- F. PERROTIN, « Un élargissement inattendu de la notion communautaire d'abus de droit », *LPA*, 2 avril 2007, n° 66, pp. 3 et s.
- PERROTIN F., « TVA : fraude carrousel, les règles du jeu sont précisées », *LPA*, 14 janvier 2008, n° 10, pp. 3 et s..
- PHILIP C., « À propos des arrêts Leclerc : la France découvre-t-elle la Cour de Justice ? », *Revue d'Intégration Européenne*, 1986, vol. 10, pp. 5 – 22.
- PLENDER R., « Quo vadis ? Nouvelle orientation des règles sur la libre circulation des personnes suivant l'affaire Akrich », *CDE*, 2004, n° 1-2, pp. 261 – 288.
- PLESSIX B., « Chronique. Droit administratif », *JCP ed. G*, 20 décembre 2006, commentaire n° 51-51-201.
- POCHE P., « L'inconditionnalité de la liberté de prestation de services au regard des limites imposées à la liberté de circulation des travailleurs », *LPA*, 31 juillet 1992, n° 92, pp. 25 – 37.
- POILLOT PERUZZETTO S., « L'ordre public international en droit communautaire. À propos de l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés du 1^{er} juin 1999 (affaire *Eco Swiss China Time Ltd*) », *JDI*, 2000, n° 2, pp. 299 – 307.
- POILVACHE F., « Compétence préjudicielle et dispositions nationales inspirées du droit communautaire », *JTDE*, 1998, n° 50, pp. 121 – 125.
- POUCHARD D., « Une réglementation nationale qui prohibe la commercialisation d'un fromage dépourvu de croûte sous la dénomination "emmental" est une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative », *JCP Ed. G*, n° 25, 20 juin 2001, II, p. 10551 et s.
- RITLENG D., « Responsabilité de la Communauté. Conditions de mise en œuvre », *Revue Europe*, octobre 2001, commentaire n° 299, p. 15.
- D. RITLENG, « Responsabilité de la Communauté. Conditions de mise en œuvre », *Revue Europe*, février 2002, commentaire n° 44, pp. 14 – 15.
- RITLENG D., « Responsabilité extracontractuelle. Conditions de mise en œuvre », *Revue Europe*, mai 2003, commentaire n° 159, pp. 12 – 13.
- ROBERT P., « 19 octobre 2004, Aff. N1 C-200/02, Chen et autres c/ Secretary of State for the Home department », *RDE*, 2004, n° 130, pp. 645 – 653.
- RODIÈRE P., « Arrêt du 27 mars 1990. Société Rush Portuguesa Lda et Office national d'immigration », *RTDE*, 1990, n° 3, pp. 635 – 640.
- RODIÈRE P., « Droit social. Coordination des droits nationaux, loi applicable, compétence juridictionnelle », *RTDE*, 2003, pp. 540 – 542.
- RODIÈRE P., « Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective », *RTDE*, 2008, n° 1, pp. 47 – 66.

- ROGER F., « Vrai et faux détachement : incidence sur le régime de protection sociale », *RJS*, n° 6, 2001, pp. 491 – 493.
- SÉRANDOUR Y., « L’abus de droit selon la CJCE. À propos de l’arrêt Halifax (CJCE, 21 févr. 2006, aff. C-255/02) », *DF*, 20 avril 2006, n° 16, pp. 16 et s.
- SIMON D., « Renvoi préjudiciel en interprétation. – Recevabilité des questions préjudicielles. – Appréciation de la pertinence de la question. – Questions matériellement identiques à des questions déjà tranchées par la Cour », *JDI*, 1993, n° 2, pp. 402 – 404.
- SIMON D., « Droit de séjour : les tribulations d’une chinoise et de sa fille au Royaume-Uni », *Revue Europe*, décembre 2004, commentaire n° 401, pp. 14 – 16.
- STEENBERGEN J., « La libre prestation des services dans le secteur de l’assurance », *CDE*, 1987, pp. 542 – 557.
- STINJS S., VAN GERVEN D., WERY P., « Chronique de jurisprudence », *JT*, 1996, n° 5817, pp. 689 – 752.
- TICHADOU E., « Du 6 décembre 1994. – Cour de Justice des Communautés européennes. – MM. Rodriguez Iglesias, prés. ; Joliet, Schockweiler, Kapteyn, Mancini, Kakouris, Murray, juges ; Tesauro, av. gén. – MM. Shaff, Priday, Persey, av. », *RcrDIPr*, 1995, n° 3, pp. 601 – 609.
- THIERY P., « Heurs et malheurs des injonctions in personam », *RTDC*, juillet-septembre 2004, pp. 549 – 552.
- THOMAS S., « Liberté d’établissement et droit de recourir à l’action collective », *RDUE*, 2008, n° 1, pp. 193 – 200.
- TRONNET J., « La décision CJCE Test Claimants in the Thin Group Cap Litigation (13 mars 2007, aff. C-524/04) : un plaidoyer ‘indirect’ en faveur de l’euro-compatibilité de l’article 57 du CGI ? », *DF*, 22 mai 2008, n° 21, pp. 327 et s.
- TUROT J., « L’article 209 B est-il soluble dans le droit communautaire ? à propos de l’arrêt CJCE 16 juillet 1998, Imperial Chemical Industries (ICI) », *Revue de Jurisprudence Fiscale*, 1998, n° 12, pp. 940 – 945.
- VAN RAEPENBUSCH S., « Tendances récentes de la jurisprudence sociale de la Cour de Justice des Communautés européennes (1998-2003) », *DS*, 2003, n° 9-10, pp. 859 – 867.
- VERBAN M., « Un outil du fisc contre l’abus de droit », *Les Echos*, 12 octobre 2006, n° 19771, p. 12.
- VERHOEVEN J., « Abus, fraude ou habileté ? À propos de l’arrêt Poulsen (CJCE) », in VERHOEVEN J. (sous la direction de), *La loyauté. Mélanges offerts à Étienne Cerexhe, op. cit.*, pp. 407 – 425.
- VERSCHUEREN H., « Sécurité sociale et détachement au sein de l’Union Européenne. L’affaire Herbosch Kiere : ne occasion manquée de la lutte contre le dumping social transfrontalier et la fraude sociale », *RBSS*, 2006, n° 3, pp. 402 – 451.
- WATHELET M., « L’abus de droit en droit communautaire : application à la TVA et à la fiscalité directe », *Bulletin Fiscal Francis Lefebvre*, 2006, n° 12, p. 1119 – 1129.
- Anonyme, « CJCE 10 février 2000, aff. C-202/97, Fitzwilliam Executive Search Ltd c. Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen », *RJS*, 2000, n° 5, pp. 415 – 416.
- Anonyme, « CJCE, 11 décembre 2007, C-438/05, International Transport Workers’ Federation et Finnish Seamen’s Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti », *RJCom.*, 2008, n° 2, pp. 125 – 127.

Notes de jurisprudence en anglais.

- ANAGNOSTOPOULOU D., « Do Francovitch and the principle of proportionality weaken Simmenthal (II) and confirm abuse of rights? », *CMLR*, 2001, vol. 38, pp. 767 – 780.

- BARNARD C., « Case C-209/03 R (on the application of Dany Bidar) v. London Borough of Ealing, Secretary of State for Education and Skills, judgement of the Court (Grand Chamber) 15 march 2005 », *CMLR*, 2005, vol. 42, pp. 1465-1489.
- BARNARD C., « Of students and babies », *The Cambridge Law Journal*, 2005, vol. 64, n° 3, pp. 560 – 563.
- BARNARD C., « Case C-209/03 R (on the application of Dany Bidar) v. London Borough of Ealing, Secretary of State for Education and Skills, judgement of the Court (Grand Chamber) 15 march 2005 », *CMLR*, 2005, vol. 42, pp. 1479 – 1480.
- BARRETT G., « Family matters : European Community law and third-country family members », *CMLR*, 2003, vol. 40, pp. 369 – 421.
- BERCUSSON B., « The trade union movement and the European Union : judgment day », *ELJ*, 2007, n° 3, pp. 279 – 308.
- BRINKMANN G., « Case reports of the European Court of Justice », *EJML*, 1999, vol. 1, pp. 131 – 137.
- CABRAL P., CUNHA P., « Presumed innocent : companies and the exercise of the right of establishment under Community law », *ELR*, 2000, vol. 25, pp. 157 – 164.
- CARLIER J.-Y., « Case C-200/02, Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department, Judgement of the Court of Justice (Full Court) of 19 October 2004 », *CMLR*, 2005, vol. 42, pp. 1121 - 1131
- CORDEWENER A., « Company taxation, cross-border financing and thin capitalization in the EU internal market : some comments on *Lankhorst-Hoborst GmbH* », *European Taxation*, avril 2003, vol. 43, n° 4, pp. 102 – 113.
- CORDEWENER A., DÖRR I., « Case C-446/03, Marks & Spencer plc v. David Halsey (HM Inspector of Taxes), Judgement of the Court of Justice (Grand Chamber) of 13 December 2005 », *CMLR*, 2006, vol. 43, pp. 855 – 884.
- CRISCUOLO A., « The ‘TV without frontiers’ Directive and the legal regulation of publicity in the European Community », *ELR*, 1998, pp. 357 – 363.
- CHURCHILL R. R., « Case 221/89, R v. Secretary of State for Transport ex p. Factortame, Judgement of 25 July 1991, [1991] 3 All ER 769 ; Case 246/89, Commission v. United Kingdom, Judgement of 4 October 1991, not yet reported ; Case 93/89, Commission v. Ireland, Judgment of 4 October 1991, not yet reported », *CMLR*, 1992, vol. 29, pp. 405 – 414.
- DAVIES P., « The posted workers and the EC Treaty », *ILJ*, 2002, n° 3, pp. 298 – 306.
- DAVIES A. C. L., « One step forward, two steps back ? The Viking and Laval cases in the ECJ », *ILJ*, 2008, n° 2, pp. 126 – 148.
- DEININGER R., « Case comment on *Inspire Art* », *The European Legal Forum*, 2004, n° 1, pp. 17 – 19.
- EDWARD D., « Establishment and Services : an analysis of the Insurance Cases », *ELR*, 1987, pp. 231 – 256.
- ELSMORE M., STARUP P., « Case C-1/05, *Yunying Jia v. Migrationsverket*, Judgement of the Court (Grand Chamber), 9 January 2007 », *CMLR*, 2007, vol. 44, pp. 787 – 801.
- FEENSTRA J., « Case C-288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda and others v. Commissariaat voor de Media, Judgement of 25 July 1991, [1991] ECR, I-4007 ; Case C-353/89, Commission of the European Communities v. Kingdom of the Netherlands, Judgement of 25 July 1991, [1991] ECR, I-4069 », *CMLR*, 1993, vol. 30, pp. 424 – 432.
- FLEAR M., « Case C-385/99 *V.G. Müller-Fauré v. Onderlinge Waarborgmaatschappij O.Z.Zorgverzekeringen U.A. and E.E.M. van Riet v. Onderlinge Waarborgmaatschappij Z.A.O. Zorgverzekeringen*, Judgment of the Court of 13 May 2003 », *CMLR*, vol. 41, 2003, pp. 209 – 233.

- GIESEN R., « Case C120/95, *Nicolas Decker v. Caisse de maladie des employés privés*, Judgment of 28 April 1998, [1998] ECR I1831; Case C158/96, *Raymond Kohll v. Union des caisses de maladie*, Judgment of 28 April 1998, [1998] ECR I1935 », *CMLR*, 1999, vol. 36, pp. 841 – 850.
- GRAF KERSSENBROCK O. F., « In the wake of Lankhorst-Hohorst », *Intertax*, 2004, vol. 32, pp. 306 – 319.
- GUTMANN D., HINNEKENS L., « The Lankhorst-Hohorst case. The ECJ finds German thin capitalization rules incompatible with freedom of establishment », *EC Tax Review*, 2003, n° 2, pp. 90 -97.
- HARTLEY T. C., « Antisuit injunctions and the Brussels jurisdiction and judgements Convention », *ICLQ*, 2000, vol. 49, pp. 166 – 171.
- HATSPOULOS V. G., « Killing national health and insurance systems but healing patients? The european market for health care services after the judgments of the ECJ in Vanbraekel and Peerbooms », *CMLR*, 2002, vol. 39, pp. 683 – 729.
- HINS W., « Case C-148/91, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie v. Commissariaat voor de Media*, Judgement of 3 February 1993 », *CMLR*, 1994, vol. 31, pp. 901 – 911.
- HODGIN W., « Case 220/83, *Commission v. France* ; Case 252/83, *Commission v. Denmark* ; Case 205/84, *Commission v. Federal Republic of Germany* and Case 206/84, *Commission v. Ireland*, Judgements of the Court of Justice of 4 December 1986. An analysis of the insurance cases from a United Kingdom perspective », *CMLR*, 1987, vol. 24, pp. 273 – 289.
- HOENJET F., « The Leur-Bloem judgement : the jurisdiction of the European Court of Justice and the interpretation of the anti-abuse clause in the Merger Directive », *EC Tax Review*, 1997, n° 4, pp. 206 – 215.
- HOFSTÖTTER B., « A cascade of rights, or who shall care for little Catherine? Some reflections on the *Chen* case », *ELR*, 2005, vol. 30, n° 4, pp. 548 – 558.
- HOYLES N. W., « *Allen v. Flood* », *The Canadian Law Times*, 1899, n° 18, pp. 121 – 133.
- KOTANIDIS S., « French exit tax incompatible with the freedom of establishment », *European Taxation*, août 2004, pp. 375 – 383.
- KÖRNER A., « The ECJ's Lankhorst-Hohorst judgment – incompatibility of thin capitalization rules with european law and further consequences », *Intertax*, 2003, vol. 31, pp. 162 – 168.
- KUYPER P. J., « Case 229/83, *Association des Centres Distributeurs Edouard Leclerc, Paris and Thouars Distribution & Autres S.A., Sainte Verge, v. "Au Blé Vert" S.à.r.l., Thouars et al.* Preliminary ruling of 10 January 1985 requested by the Court of Appeal (Cour d'Appel) Poitiers », *CMLR*, 1985, vol. 22, pp. 787 – 811.
- MACDONALD A., « *Hollywood Silver Fox Farm Ltd. v. Emmett* », *The Alberta Law Quarterly*, 1936-1938, n° 2, pp. 99 – 106.
- NEVILLE M. H., « Nationality discrimination », *The Journal of Business Law*, 1975, pp. 168 – 169.
- OOSTEROM – STAPLES H., « Case C-138/02, *Brian Francis Collins v. Secretary of State for work and Pensions*, Judgement of 23 March 2004 », *CMLR*, 2005, vol. 42, pp. 205 – 223).
- O'SHEA T., « *Marks and Spencer v Halsey* (HM Inspector of Taxes) : restriction, justification and proportionality », *EC Tax Review*, 2006, n° 2, pp. 66 – 82.
- PAULUS A., EVERS S., FECHER F., VAN DER MADE J., BOONEN A., « Cross border health care : an analysis of recent ECJ rulings », *EJLE*, 2002, n° 14, pp. 61 – 73.
- POLLOCK F., « *Allen v. Flood* », *The Law Quarterly Review*, 1898, n° 14, pp. 129 – 132.
- PULLEN M., « Advocate General reinforces the principles of country of origin control under the Television without frontiers Directive », *European Competition Law Review*, 1996, pp. 453 – 461.

- REHBERG M., « *Inspire Art – Freedom of establishment for companies in Europe between abuse and national regulatory concerns* », *The European Legal Forum*, 2004, n° 1, pp. 1 – 9.
- ROTH W.-H., « Case C-19/92, Dieter Kraus v. Land Baden-Württemberg, Judgement of 31 March 1993 », *CMLR*, 1993, vol. 30, pp. 1251 – 1258.
- ROTH W. – H., « Case C-212/97, Centros Ltd v. Erhvervs – og Selskabsstyrelsen, Judgement of 9 March 1999. Full Court », *CMLR*, 2000, vol. 37, pp. 147 – 155.
- SAMARA – KRISPIS A., STEINDORFF E., « Joined cases C-19/90 and 20/90, M. Karella and N. Karellas v. Ypourgos viomichanias, energias kai technologias, Organismos Anasygkrotiseos Epicheiriseon AE, Preliminary ruling of 30 January 1991, requested by the Greek Council of State on the interpretation of articles 25, 41 and 42 of the Second Directive on company law, not yet reported », *CMLR*, 1992, vol. 29, pp. 615 – 624.
- SCHILTZ C., « Akrich : a clear delimitation without limits », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2005, vol. 12, n° 3, pp. 241 – 252.
- SLOT P. J., « Case C-286/90, *Anklagemyndigheden (Public Prosecutor) v. P. M. Poulsen et Diva Navigation*, Judgement of 4 November 1992, (Full Court), not yet reported », *CMLR*, 1994, vol. 31, pp. 147 – 153.
- SNELL J., « De Agostini and the Regulation of Television Broadcasting », *EBLR*, October 1997, pp. 222 – 227.
- SPAVENTA E., « Case C-109/01, *Secretary of State for the Home Department v. H. Akrich*, judgment of the Full Court of 23 September 2003, [2003] ECR I-9607 », *CMLR*, 2005, vol. 42, pp. 225 – 239.
- STRAEMANS G., GOEMANS C., « TV10 », *CJEL*, 1995, n° 2, pp. 319 – 331.
- STÜRMER U., « Freedom of insurance business in the EEC », *Journal of Business law*, 1988, pp. 92 – 98.
- STUYCK J., « Case C-192/94, *El Corte Inglés SA v. Cristina Blázquez Rivero*, judgement of the Court of Justice of 7 March 1996, nyr ; Case C-129/94, *Rafael Ruiz Bernáldez*, judgement of the Court of Justice of 28 March 1996, nyr ; Case C-441/93, *Panagis Pafitis and others v. Trapeza Kentrikis Ellados AE and others*, judgement of the Court of Justice of 12 March 1996, nyr », *CMLR*, 1996, vol. 33, pp. 1267 – 1272.
- STUYCK J., « Joined Cases C-34/95, C-35/95 and C-36/95, *Konsumentombudsmannen (KO) v. De Agostini (Svenska) Färlog AB and Konsumentombudsmannen (KO) v. TV-Shop i Sverige AB*, Judgement of 9 July 1997 », *CMLR*, 1997, vol. 34, pp. 1445 – 1468.
- THOEMMES O., « French Exit Taxation for Individuals Violates EC Treaty », *Intertax*, vol. 32, 2004, pp. 343 – 344.
- TRIDIMAS T., « Direct effect and the Second Company Law Directive », *ELR*, 1992, n° 2, pp. 158 – 163.
- TRIDIMAS T., « Company law and trade in securities », *ICLQ*, 1993, vol. 42, pp. 726 – 728.
- TRYFONIDOU A., « Case C-200/02, *Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department : futher cracks in the ‘great wall’ of the European Union ?* », *EPL*, 2005, vol. 11, n° 4, pp. 527 – 541.
- VAN DER MEI A.P., « Union Citizenship and the ‘de-nationalisation’ of the territorial welfare state », *EJML*, 2005, n° 7, pp. 203 – 211.
- VERHOEVEN A., « De Agostini & TV-Shop », *CJEL*, 1997/1998, n° 3, pp. 479 - 491.
- VINTHER N., WERLAUFF E., « The need for fresh thinking about tax rules on thin capitalization: the consequences of the judgment of the ECJ in Lankhorst-Hohorst », *EC Tax Review*, 2003, n° 2, pp. 97 – 106.
- WATSON P., « Free movement of workers : a one way ticket ? », *ILJ*, 1993, vol. 22, no. 1, pp. 68 – 77.

- WATTEL P., « Case C-23/93, *TV10 SA v. Commissariaat voor de Media*, Judgement of 5 October 1994 ; Circumvention of national law ; Abuse of Community law ? », *CMLR*, 1995, vol. 32, pp. 1257 – 1270.
- WEBER D. M., « The first steps of the ECJ concerning an abuse-doctrine in the field of harmonized direct taxes », *EC Tax Review*, 1997, n° 1, pp. 22 – 31.
- WEBER D., « Abuse of Law. European Court of Justice, 14 December 2000, Case C-110/99, *Emsland-Stärke* », *LIEI*, 2004, n° 31, pp. 43 – 55.
- WHITE R. C. A., « Conflicting competences : free movement rules and immigration laws », *ELR*, 2004, vol. 29, n° 3, pp. 385 – 396.
- WOOLDRIDGE F., « The Advocate General's submission in *Kamer van Koophandel* : futher emphasis on the right of establishment », *EBLR*, 2003, vol. 14, n° 5, pp. 497 – 505.

Notes de jurisprudence en espagnol.

- BORRÁS A., « Sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 1988, asunto 189/87 », *RJC*, 1989, n° 1-2, pp. 538 – 540.
- CONESA HERNANDEZ A., « Los derechos de la junta general de accionistas frente a las normas de saneamiento bancario », *La Ley*, 1996, n° 4085, pp. 1310 – 1312.
- CRESPO HERNÁNDEZ A., « Delimitación entre materia contractual y extracontractual en el Convenio de Bruselas : implicaciones en orden a la determinación de la competencia judicial internacional », *La Ley. Unión Europea*, 27 noviembre 1998, n° 4681, pp. 1 – 3.
- DE DIOS J.M., « Sentencia de 27 de septiembre de 1989, asunto 130/88, M. C. C. Van de Bijl c. Staatssecretaris van Economische Zaken », *RJC*, 1990, pp. 537 – 539.
- DE DIOS J. M., « Sentencia de 7 de julio de 1992, asunto C-370/90. The Queen v. Immigration Appeal Tribunal y Surinder Singh », *RJC*, 1993, n° 1, pp. 587 – 589.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ F. J., « El Tratado CE y la Sitztheorie : el TJCE considera – por fin – que son incompatibles », *REDI*, 1999, vol. LI, pp. 295 – 298.
- GARCIMARTÍN F. G., « La sentencia Centros : el status quaestionis un año después », *Noticias de la Unión Europea*, abril 2001, n° 195, pp. 79 - 95.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ F. J., « La sentencia "Überseering" y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro », *RDM*, 2003, pp. 663 – 682.
- GARDEÑES SANTIAGO M., « Aplicabilidad de las leyes de policía laboral y libre prestación de servicios en la Unión Europea », *La Ley*, 2001, pp. 4 – 7.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ A., « La sumisión del derecho de huelga a la libertad de establecimiento comunitaria : el caso Viking Line », *Aranzadi Social*, 2007, n° 21, point 79.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ A., « Desplazamiento transnacional de trabajadores y convenios colectivos (Parte tercera) : el caso Rüffert », *Aranzadi Social*, 2008, n° 5, point 20.
- PELLISÉ C., « Sentencia 30 de mayo de 1991 (prejudicial), asunto C-19/90 y 20/90. M. Karellas c/ Ypourgos viomichanias, energias kai technologies, Organismos Anasygkrotiseos Epicheiriseon AE (OAE) », *RJC*, 1992, n° 1, pp. 268 – 270.
- QUIÑONES ESCÁMEZ A., « Libre prestación de servicios y normas de policía sobre salario mínimo : ¿es oportuno el control de proporcionalidad? », *La Ley*, 2002, n° 4, commentaire n° D-174.
- RODRÍGUEZ BENOT A., « Sentencia TJCE de 16 de marzo de 1999, Asunto C-159/97 », *REDI*, 1999, pp. 701 – 706.
- SÁNCHEZ LORENZO S., « Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de noviembre de 2002 (As. C-208/00) », *REDI*, 2002, vol. LIV, pp. 925 – 932.
- SÁNCHEZ RODRIGUEZ L. I., « Derecho comunitario y derecho del mar », *RIE*, 1993, n° 1, pp. 141 – 153.

- VILÀ COSTA B., « Sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 1991, Regina c. Ministro de Transportes, ex parte : Factortame Ltd. y otros, Asunto C-221/89 (Factortame II), de 4 de octubre de 1991, Comisión c. Reino Unido, Asunto C-246/89 y Comisión c. República de Irlanda, As. C-93/89 », *RJC*, 1992, pp. 579 – 583.
- VILÀ COSTA B., « Libre circulación de personas », *RJC*, 1989, pp. 246 – 248.

Notes de jurisprudence en italien.

- ADOBATI E., « I lavoratori sospettati di fingersi malati possono essere sottoposti a controllo », *Dir.Com.Scamb.Int.*, 1996, n° 3, pp. 581 – 583.
- GIORDANO M., « Corte di Giustizia delle Comunità Europee : sentenza 12 marzo 1996, causa C-441/93 », *Il Foro Italiano*, 1997, Partie IV, pp. 132 – 148.
- GIUPPONI T. F., « In (simulato) medio stat virtus; l'abuso del diritto comunitario tra giudice nazionale e Corte di Giustizia », *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2000, n° III, pp. 1295 – 1300.
- GNES M., « Il 'turismo sociale' tra scelta ed abuso del diritto europeo », *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, n° 10, pp. 1082 – 1085.
- GRATANI A., ADOBATI E., « Mantenimento di un sistema radiotelevisivo pluralistico e non commerciale », *Dir.Com.Scamb.Int.*, 1995, pp. 334 – 336.
- GIANONCELLI S., « Commentaire sur l'arrêt Lasteyrie du Saillant », *Giurisprudenza Italiana*, 2004, p. 1758.
- LANG A., « Ingresso e soggiorno nell'Unione europea del coniuge non comunitario del lavoratore migrante », *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2004, n° 1, pp. 241 – 246.
- NIZZO C., « L'abuso dei "diritti comunitari": un quesito non risolto », *Dir.Com.Int.*, 1997, n° 11.3, pp. 766 – 773.
- PERRONE A., « Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul "caso Centros" », *Rivista delle società*, septembre – octobre 2001, fascicule 5, pp. 1292 - 1307.
- Anonyme, « Corte di Giustizia delle Comunità Europee ; sentenza 3 giugno 1992 (causa C-45/90) », *Il Foro Italiano*, 1993, IV, pp. 306 – 307.

Notes de jurisprudence en roumain.

- MOISE (IONESCU) R., « Libertatea de stabilire si fiscalitatea directa in dreptul comunitar », *RRDC*, 2005, n° 3, pp. 59 – 70.

Mémoires. Thèses.

- CALS S., *La discrimination à rebours et le droit communautaire*, Thèse, Université de Toulouse I Sciences Sociales, 2001.
- CARON C., *Abus de droit et droit d'auteur. Contribution à l'étude de la théorie de l'abus de droit en droit français*, Thèse pour le Doctorat en Droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1997.
- DRAPIER S., *Les palliatifs du défaut d'harmonisation fiscale communautaire*, Thèse, Université de Toulouse I – Sciences Sociales, 2005.
- NOBLET A., *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire*, Thèse, Université de Rouen, 2004.

Textes légaux et documents officiels

Règlements.

- Règlement (CEE) n° 19/62 portant établissement graduel d'une organisation commune des marchés dans le secteur des céréales, JOCE n° 30, 20.4.1962, pp. 933 – 943.
- Règlement (CEE) n° 166/64 du Conseil du 30 octobre 1964 relatif au régime applicable à certaines catégories d'aliments composés pour animaux, JOCE n° 173, 31.10.1964, pp. 2747 – 2752.
- Règlement (CEE) n° 1041/67/CEE de la Commission, du 21 décembre 1967, portant modalités d'application des restitutions à l'exportation dans le secteur des produits soumis à un régime de prix unique, JOCE n° L 314, 23.12.1967, pp. 9–16.
- Règlement (CEE) n° 876/68 du Conseil, du 28 juin 1968, établissant dans le secteur du lait et des produits laitiers, les règles générales relatives à l'octroi des restitutions à l'exportation et aux critères de fixation de leur montant, JOCE n° L 155, 3.7.1968, p. 1–3.
- Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, JOCE L n° 257, 19.10.1968, pp. 2–12.
- Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, JOCE n° L 149, 5.7.1971, pp. 2 – 50.
- Règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, JOCE n° L 74, 27.3.1972, pp. 1 – 83.
- Règlement (CEE) n° 269/73 de la Commission, du 31 janvier 1973, portant modalités d'application du régime de montants compensatoires 'adhésion', JOCE n° L 30, 1.2.1973, pp. 73–76.
- Règlement (CEE) n° 1466/73 de la Commission, du 30 mai 1973, modifiant le règlement (CEE) n° 269/73 portant modalités d'application du régime de montants compensatoires adhésion, JOCE n° L 146, 4.6.1973, pp. 13–14.
- Règlement (CEE) n° 1234/77 de la Commission, du 9 juin 1977, modifiant divers règlements de politique agricole commune suite à la codification des dispositions relatives au régime du transit communautaire, JOCE n° L 143, 10.6.1977, pp. 9–12.
- Règlement (CEE) n° 2730/79 portant modalités communes d'application du régime des restitutions à l'exportation pour les produits agricoles, JOCE n° L 317, 12.12.1979, pp. 1–16.
- Règlement (CEE) n° 1371/81 de la Commission, du 19 mai 1981, portant modalités d'application administrative des montants compensatoires monétaires, JOCE n° L 138, 25.05.1981, pp. 1 – 13..
- Règlement (CEE) n° 1245/83 de la Commission, du 20 mai 1983, fixant les montants compensatoires monétaires ainsi que certains coefficients et taux nécessaires à leur application, JOCE n° L 135, 23.05.1983, pp. 3-36.
- Règlement (CEE) n° 3281/83 de la Commission du 18 novembre 1983 modifiant le règlement (CEE) n° 1245/83 en ce qui concerne les montants monétaires compensatoires applicables aux croûtes ou déchets de fromages, JOCE n° L 322, 19.11.1983, pp. 36 – 37.
- Règlement (CEE) n° 900/84 de la Commission, du 31 mars 1984, fixant les montants compensatoires monétaires ainsi que certains coefficients et taux nécessaires à leur application, JOCE n° L 92, 2.04.1984, pp. 2 – 33.

- Règlement (CEE) n° 2137/85 du Conseil du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE), JOCE n° L 199, 31.07.1985, pp. 1 – 9.
- Règlement (CEE) n° 3665/87 de la Commission du 27 novembre 1987 portant modalités communes d'application du régime des restitutions à l'exportation pour les produits agricoles, JOCE n° L 351, 14.12.1987, pp. 1–31.
- Règlement (CE) n° 2988/95 du Conseil du 18 décembre 1995 relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, JOCE n° L 312, 23.12.1995, pp. 1 – 4.
- Règlement (Euratom, CE) n° 2185/96 du Conseil du 11 novembre 1996 relatif aux contrôles et vérifications sur place effectués par la Commission pour la protection des intérêts financiers des Communautés européennes contre les fraudes et autres irrégularités, JOCE n° L 292, 15.11.1996, pp. 2–5.
- Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, JOUE n° L 160 du 30.6.2000, p. 1–18.
- Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, JOUE n° L 160, 30.6.2000, pp. 19 – 36.
- Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOUE n° L 12, 16.1.2001, pp. 1 – 23.
- Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), JOUE n° L 294, 10.11.2001, pp. 1 – 21.
- Règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil du 25 juin 2002 portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes, JOUE n° L 248, 16.09.2002, p. 1 – 48.
- Règlement n° 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC), JOUE n° L 207, 18.08.2003, pp. 1 – 24.
- Règlement (CE) n° 1798/2003 du Conseil du 7 octobre 2003 concernant la coopération administrative dans le domaine de la taxe sur la valeur ajoutée et abrogeant le règlement (CEE) n° 218/92, JOUE n° L 264, 15.10.2003, pp. 1–11.
- Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JOUE n° L 166, 30.04.2004, pp. 1–123.
- Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Règlement Rome II), JOUE n° L 199, 31.7.2007, pp. 40–49.
- Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JOUE n° L 177, 4.07.2008, pp. 6–16.

Directives.

- Première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, JO n° L 65, 14.3.1968, pp. 8–12.
- Directive n° 69/335/CEE du Conseil, du 17 juillet 1969, concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux, JOCE n° L 249, 3.10.1969, pp. 25–29.
- Directive 73/148/CEE du Conseil, du 21 mai 1973, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des États membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestation de services, JOCE n° L 172, 28.6.1973, pp. 14–16.
- Directive n° 77/91 du Conseil, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de

l'article 44 (2) CE, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital JOCE n° L 26, 31.01.1977, pp. 1 – 13.

- Deuxième directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, JO n° L 26, 31.1.1977, pp. 1–13.
- Sixième directive n° 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires - Système commun de taxe sur la valeur ajoutée: assiette uniforme, JOCE n° L 145, 13.6.1977, pp. 1–40.
- Directive n° 77/799/CEE du Conseil, du 19 décembre 1977, concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs, JOCE n° L 336, 27.12.1977, pp. 15–20.
- Troisième directive 78/855/CEE du Conseil, du 9 octobre 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les fusions des sociétés anonymes, JO n° L 295, 20.10.1978, pp. 36–43.
- Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JO n° L 298, 17.10.1989, pp. 23 – 30.
- Onzième directive 89/666/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, concernant la publicité des succursales créées dans un État membre par certaines formes de société relevant du droit d'un autre État, JOCE n° L 395, 30.12.1989, pp. 36–39.
- Directive 90/364/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour, JOCE n° L 180, 13.7.1990, pp. 26–27.
- Directive n° 90/434/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, JOCE n° L 225 du 20.8.1990, p. 1-5 modifiée par la Directive 2005/19/CE du Conseil du 17 février 2005, JOUE n° L 58, 4.03.2005, pp. 164 – 172.
- Directive n° 90/435/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, JOCE n° L 225, 20.8.1990, pp. 6–9.
- Directive n° 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE n° L 95, 21.04.1993, pp. 29–34.
- Directive 93/22/CEE du Conseil, du 10 mai 1993, concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières, JO n° L 141, 11.06.1993, pp. 27–46.
- Directive n° 95/26/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 juin 1995, visant à renforcer la surveillance prudentielle, JO n° L 168, 18.07.1995, pp. 7–13.
- Directive n° 96/71/CE du Parlement Européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JO n° L 18, 21.01.1997, pp. 1–6.
- Directive 97/36/CE du Parlement Européen et du Conseil du 30 juin 1997 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JO n° L 202, 30.07.1997, pp. 60 – 70.
- Directive n° 2001/107/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 janvier 2002 modifiant la directive 85/611/CEE du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) en vue d'introduire une réglementation relative aux sociétés de gestion et aux prospectus simplifiés, JOUE n° L 41, 13.02.2002, pp. 20–34.

- Directive n° 2002/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur la vie, JOUE n° L 345, 19.12.2002, pp. 1–51.
- Directive n° 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché), JOUE n° L 96, 12.04.2003, pp. 16–25.
- Directive n° 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, JOUE n° L 157, 26.06.2003, pp. 38 – 48.
- Directive n° 2003/49/CE du Conseil du 3 juin 2003 concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents, JOUE n° L 157, 26.06.2003, pp. 1 – 2.
- Directive n° 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial JOUE n° L 251, 3.10.2003, pp. 12-18.
- Directive n° 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, JOUE n° L 145, 30.4.2004, pp. 1–44.
- Directive n° 2004/56/CE du Conseil du 21 avril 2004 modifiant la directive 77/799/CEE concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs, de certains droits d'accises et des taxes sur les primes d'assurance, JOUE n° L 127, 29.4.2004, pp. 70–72.
- Directive n° 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JOUE n° L 158, 30.04.2004, pp. 77–123.
- Directive n° 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (refonte), JOUE n° L 177, 30.06.2006, pp. 1–200.
- Directive n° 2006/69/CE du Conseil du 24 juillet 2006 modifiant la directive 77/388/CEE en ce qui concerne certaines mesures visant à simplifier la perception de la taxe sur la valeur ajoutée et à lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, et abrogeant certaines décisions accordant des dérogations, JOUE n° L 221, 12.08.2006, pp. 9 – 14.
- Directive n° 2006/123/CE du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JOUE n° L 376, 27.12.2006, pp. 36 – 68.
- Directive n° 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JOUE n° L 332, 8.12.2007, pp. 27 – 45.
- Directive n° 2008/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2008 modifiant la directive n° 2005/60/CE relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, en ce qui concerne les compétences d'exécution conférées à la Commission, JOUE n° L 76, 19.03.2008, pp. 46–47.

Documents émanant de la Commission européenne.

- Proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives,

réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, COM/95/86 final.

- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux conditions de détachement des travailleurs salariés ressortissants d'un Etat tiers dans le cadre d'une prestation de services transfrontaliers (COM/99/0003 final). La proposition a été abandonnée en 2004 [COM (2004) 542 final].
- Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur, COM (2004) 2 final.
- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la Directive 89/552/CE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, COM/2005/646 final.
- Proposition de règlement du Conseil, du 17 juillet 2006, modifiant le règlement (CE) n° [2201/2003](#) en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale, [COM\(2006\) 399](#) final.
- Communication de 2 février 2000 sur le recours au principe de précaution, COM (2000)1.
- Communication de la Commission - Orientations concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, COM/2006/159 final.
- La Communication de la Commission du 31 mai 2006 sur la nécessité de développer une stratégie coordonnée en vue d'améliorer la lutte contre la fraude fiscale, COM (2006) 254 final.
- Communication de 10 décembre 2007 intitulée « *L'application des mesures de lutte contre les abus dans le domaine de la fiscalité directe au sein de l'Union européenne et dans les rapports avec les pays tiers* », COM/2007/785 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions - Détachement de travailleurs dans le cadre de la prestation de services: en tirer les avantages et les potentialités maximum tout en garantissant la protection des travailleurs, COM/2007/0304 final.
- Rapport du 16 avril 2004 sur le recours aux mécanismes de la coopération administrative dans la lutte contre la fraude à la TVA, COM/2004/260 final.

Autres documents.

- Résolution du Conseil, du 10 février 1975, relative aux mesures à prendre par la Communauté dans le domaine de la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales internationales, JOCE n° C 035, 14.02.1975, pp. 1 – 2.
- P. SCHLOSSER, Informe sobre el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como el Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia, JOCE n° C 59, 5.03.1979, p. 93.
- Position Commune (CE) n° 49/96 arrêtée par le Conseil le 8 juillet 1996 en vue de l'adoption de la directive 96/ .../CE du Parlement européen et du Conseil, du ..., modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JO n° C 264, 11.09.1996, p. 52.
- Résolution du Conseil de l'Union Européenne du 4 décembre 1997 sur les mesures à adopter en matière de lutte contre les mariages de complaisance, JOCE n° C 382, 16.12.1997, pp. 1-2.

- BORRÁS A., *Rapport explicatif relatif à la convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale (Texte approuvé par le Conseil le 28 mai 1998)*, JOCE n° C 221, 16.07.1998, pp. 27- 64.
- Décision 1999/352/CE, CECA, Euratom de la Commission, du 28 avril 1999, instituant l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), JOCE n° L 136, 31.05.1999, pp. 20–22
Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, JOCE n° C 316, 27.11.1995, pp. 49–57.
- Recommandation du 31 mars 2008 relative à l'amélioration de la coopération administrative dans le contexte du détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JOUE n° C 85, 4.04.2008, pp. 1 – 4.

Table de Jurisprudence

- 1956 -

- CJCE, *Fédération Charbonnière de Belgique contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, 29 novembre 1956, Aff. 8/55, Rec., p. 291.

- 1957-

- CJCE, *Mlle Dineke Algera, M. Giacomo Cicconardi, Mme Simone Couturaud, M. Ignazio Genuardi, Mme Félicie Steichen contre Assemblée Commune de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, 12 juillet 1957, Aff. Jtes. 7/56, 3/57 à 7/57, Rec., p. 81.

- 1960 -

- CJCE, *Eva von Lachmüller, Bernard Peuvrier, Roger Ebrhardt contre Commission de la Communauté économique européenne*, 15 juillet 1960, Aff. Jtes. 43/59, 45/59 et 48/59, Rec., p. 933.
- CJCE, *Rudolf Pieter Marie Fiddelaar contre Commission de la Communauté économique européenne*, 16 décembre 1960, Aff. 44/59, Rec., p. 1077.

-1964 -

- CJCE, *M. Th. Nonnenmacher, veuve H.E. Moebis contre Bestuur der Sociale Verzekeringsbank*, 9 juin 1964, aff. 92/63, Rec., p. 557.

-1967 -

- CJCE, *Jules Guissart contre Etat belge*, 13 décembre 1967, aff. 12/67, Rec., p. 551.

- 1970 -

- CJCE, *ACF Chemiefarma NV contre Commission des Communautés européennes*, 15 juillet 1970, Aff. 41/69, Rec., p. 661.
- CJCE, *S.A.R.L. Manpower c. Caisse primaire d'assurance maladie de Strasbourg*, 17 décembre 1970, Aff. 35/70, Rec., p. 1251.
- CJCE, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 17 décembre 1970, Aff. 11-70, Rec., p. 1125.

- 1971 -

- CJCE, *Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt contre Conseil des Communautés européennes*, Aff. 5/71, Rec., p. 975.
- CJCE, *Alfons Lütticke GmbH contre Commission des Communautés européennes*, 28 avril 1971, Aff. 4/69, Rec., p. 325.

- 1972 -

- CJCE, *Compagnie d'approvisionnement, de transport et de crédit SA et Grands Moulins de Paris SA c. Commission des Communautés européennes*, Aff. Jtes. 9 et 11/71, Rec., p. 391.

- 1973 -

- CJCE, *Wilhelm Werhahn Hansamühle et autres contre Conseil des Communautés européennes*, Aff. Jtes. 63 à 69/72, Rec., p. 1229.

- 1974 -

- CJCE, *Giovanni Maria Sotgiu contre Deutsche Bundespost*, 12 février 1974, Aff. 152/73, Rec., p. 153.
- CJCE, *Van Binsbergen*, 3 décembre 1974, Aff. 33/74, Rec., p. 1299.

- 1975 -

- CJCE, *Teresa et Silvana Petroni contre Office national des pensions pour travailleurs salariés (ONPTS), Bruxelles*, 21 octobre 1975, aff. 24/75, Rec., p. 1149.
- CJCE, *Robert-Gerardus Coenen et autres c. Sociaal-Economische Raad*, 26 novembre 1975, Aff. 39/75, Rec., p. 1547.

- 1977 -

- CJCE, *Jean Thieffry contre Conseil de l'ordre des avocats à la cour de Paris*, 28 avril 1977, Aff. 71/76, Rec., p. 765.
- CJCE, *Balkan-Import-Export GmbH contre Hauptzollamt Berlin-Packhof*, 28 juin 1977, Aff. 118/76, Rec., p. 1177.
- CJCE, *Carlo Tedeschi contre Denkavit Commerciale s.r.l.*, 5 octobre 1977, Aff. 5/77, Rec., p. 1555.
- CJCE, *Entreprise Peter Cremer contre Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, 11 octobre 1977, Aff. 125/76, Rec., p. 1593.
- CJCE, *Fonds national de retraite des ouvriers mineurs contre Giovanni Mura*, 13 octobre 1977, aff. 22/77, Rec., p.1699.
- CJCE, *Régina contre Pierre Bouchereau*, 27 octobre 1977, Aff. 30/77, Rec., p. 1997.

- 1978 -

- CJCE, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes (Bananes Chiquita)*, 14 février 1978, Aff. 27/76, Rec., p. 207.
- CJCE, *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*, 9 mars 1978, Aff. 106/77, Rec., p. 609.
- CJCE, *Giovanni Naselli contre Caisse auxiliaire d'assurance maladie-invalidité en présence de l'Institut national d'assurance maladie-invalidité*, 14 mars 1978, aff. 83/77, Rec., p. 683.
- CJCE, *Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH & Co. KG et autres c. Conseil et Commission des Communautés européennes*, 25 mai 1978, Aff. Jtes. 83 et 94/76, 4, 15 et 40/77, Rec., p. 1209.

- 1979 -

- CJCE, *J. Knoors contre Staatssecretaris van Economische Zaken*, 7 février 1979, Aff. 115/78, Rec., 1979, p. 399.
- CJCE, *Reve-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 20 février 1979, Aff. 120/78, Rec., p. 649.
- CJCE, *SpA Eridania - Zuccherifici nazionali et SpA Società italiana per l'industria degli zuccheri contre Ministre de l'agriculture et des forêts, Ministre de l'industrie, du commerce et de l'artisanat et SpA Zuccherifici meridionali*, 27 septembre 1979, Aff. 230/78, Rec., p. 2749.

- 1980 -

- CJCE, *Siegfried Zelger contre Sebastiano Salinitri*, 17 janvier 1980, Aff. 56/79, Rec., p. 89,

- 1981 -

- CJCE, *Kurt Beeck contre Bundesanstalt für Arbeit*, 19 février 1981, aff. 104/80, Rec., p. 503.
- CJCE, *Anklagemyndigheden contre Hans Ulrich Schumacher, Peter Hans Gerth, Johannes Heinrich Gotbmann et Alfred C. Töpfer*, 27 octobre 1981, Aff. 250/80, Rec., p. 2465.
- CJCE, *Procédure pénale contre Alfred John Webb*, 17 décembre 1981, Aff. 279/80, Rec., p. 3305,

- 1982 -

- CJCE, *Société anonyme de droit français Seco et Société anonyme de droit français Desquenne & Giral contre Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité*, 3 février 1982, Aff. Jtes. 62 et 63/81, Re., p. 223.

- CJCE, *D. M. Levin c. Secrétaire d'État à la justice*, 23 mars 1982, aff. 53/81, Rec., p. 1035.
- CJCE, *SA Oleifici Mediterranei contre Communauté économique européenne*, 29 septembre 1982, Aff. 26/81, Rec., p. 3057.

- 1983 -

- CJCE, *DEKA Getreideprodukte GmbH & Co. KG, i.L. (anciennement Firma Contifex Getreideprodukte GmbH & Co. KG) contre Communauté économique européenne*, 1er mars 1983, Aff. 250/78, Rec., p. 421.
- CJCE, *Amministrazione delle finanze dello Stato contre San Giorgio*, 9 novembre 1983, Aff. 199/82, Rec., p. 3595.

- 1984 -

- CJCE, *Walzstahl-Vereinigung et Thyssen Aktiengesellschaft contre Commission des Communautés européennes*, 21 février 1984, Aff. Jtes. 140 et 221/82 et 146 et 226/82, Rec., p. 951.
- CJCE, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique*, 10 avril 1984, Aff. 324/82, Rec., p. 1861.
- CJCE, *Charles Lux contre Cour des comptes des Communautés européennes*, 21 juin 1984, Aff. 69/83, Rec., p. 2447.

- 1985 -

- CJCE, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc et autres contre SARL "Au blé vert" et autres*, 10 janvier 1985, Aff. 229/83, Rec., p. 1.
- CJCE, *AS-Autoteile Service GmbH contre Pierre Malbé*, 4 juillet 1985, Aff. 220/84, Rec., p. 2267.
- CJCE, *Vonk's Kaas Inkoop en Productie Holland BV contre Minister van Landbouw en Visserij et Produktschap voor Zuivel*, 12 décembre 1985, Aff. 208/84, Rec., p. 4025.

- 1986 -

- CJCE, *Parti écologiste "Les Verts" contre Parlement européen*, 23 avril 1986, Aff. 294/83, Rec., p. 1339.
- CJCE, *Marguerite Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, 15 mai 1986, Aff. 222/84, Rec., p. 1651.
- CJCE, *Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, 3 juillet 1986, aff. 66/85, Rec., p. 2121.
- CJCE, *D.H.M. Segers contre Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank – en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, 10 juillet 1986, Aff. 79/85, Rec., p. 2375.
- CJCE, *M. Driancourt, commissaire de police de Thonars, remplissant les fonctions de ministère public, contre Michel Cognet*, 23 octobre 1986, Aff. 355/85, Rec., p. 3231.
- CJCE, *Firma Karl-Heinz Neumann contre Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, 14 novembre 1985, Aff. 299/84, Rec., p. 3663.
- CJCE, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne (connu comme l'arrêt « Pétillant de raisins »)*, 4 décembre 1986, Aff. 179/85, Rec., p. 3879.
- CJCE, *« Coassurances », Commission des Communautés européennes contre République française*, 4 décembre 1986, Aff. 220/83, Rec., p. 3663.
- CJCE, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Danemark*, 4 décembre 1986, Aff. 252/83, Rec., p. 3713.
- CJCE, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, 4 décembre 1986, Aff. 205/84, Rec., p. 3755.
- CJCE, *Commission des Communautés européennes contre Irlande*, 4 décembre 1986, Aff. 206/84, Rec., p. 3817.

- 1987 -

- CJCE, *Ioannis Theodorakis Viomichania Elaïou AE contre État grec*, 27 octobre 1987, Aff. 109/86, Rec., p. 4319.
- CJCE, *Gubisch Maschinenfabrik KG contre Giulio Palumbo*, 8 décembre 1987, Aff. 144/86, Rec., p. 4861.

- 1988 -

- CJCE, *Horst Ludwig Martin Hoffmann contre Adelheid Krieg*, 4 février 1988, Aff. 145/86, Rec., p. 645.
- CJCE, *Sylvie Lair c. Universität Hannover*, 21 juin 1988, Aff. 39/86, Rec., p. 3161.
- CJCE, *Vereniging Happy Family Rustenburgerstraat contre Inspecteur der Omzetbelasting*, 5 juillet 1988, Aff. 289/86, Rec., p. 3655.
- CJCE, *The Queen contre H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, 27 septembre 1988, aff. 81/87, Rec., p. 5483.
- CJCE, *Athanasios Kalfelis contre Banque Schröder, Münchmeyer, Hengst et Cie, et autres*, 27 septembre 1988, Aff. 189/87, Rec., p. 5565.

- 1989 -

- CJCE, *Ian William Cowan contre Trésor public*, 2 février 1989, aff. 186/87, Rec., p. 195.
- CJCE, *Commission des Communautés européennes contre République française et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, 22 février 1989, Aff. Jtes. 92 et 93/87, Rec., p. 405.
- CJCE, *C.C. van de Bijl contre Staatssecretaris van Economische Zaken*, 27 septembre 1989, Aff. 130/88, Rec., p. 3039.

- 1990 -

- CJCE, *Rush Portuguesa Lda contre Office national d'immigration*, 27 mars 1990, Aff. C-113/89, Rec., p. I-1417.
- CJCE, *S. Z. Sevince contre Staatssecretaris van Justitie*, 20 septembre 1990, aff. C-192/89, Rec., p. I-3461
- CJCE, *Procédure pénale contre Marc Gaston Bouchoucha*, 3 octobre 1990, Aff. C-61/89, Rec. I, p. 3551.
- CJCE, *Massam Dzodzi contre État belge*, 18 octobre 1990, Aff. Jtes. C-297/88 et C-197/89, Rec., p. I-3763,
- CJCE, *Marleasing SA contre La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, 13 novembre 1990, Aff. C-106/89, Rec., p. I-4135

- 1991 -

- CJCE, *Irène Vlassopoulou contre Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, 7 mai 1991, Aff. C-340/89, Rec., p. I-2357.
- CJCE, *Marina Karella et Nicolas Karellas contre Ypourgio Viomichanias, Energeias & Technologias*, 30 mai 1991, Aff. Jtes. C-19/90 et C-20/90, Rec., p. I-2691.
- CJCE, *Overseas Union Insurance Ltd et Deutsche Ruck UK Reinsurance Ltd et Pine Top Insurance Company Ltd contre New Hampshire Insurance Company*, 27 juin 1991, Aff. C-351/89, Rec., p. I-3317
- CJCE, *The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd et autres*, 25 juillet 1991, Aff. C-221/89, Rec., p. I-3905.
- CJCE, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda et autres contre Commissariaat voor de Media*, 25 juillet 1991, Aff. C-288/89, Rec., p. I-4007.
- CJCE, *Manfred Säger contre Dennemeyer & Co. Ltd*, 25 juillet 1991, Aff. C-76/90, Rec., p. I-4221.

- CJCE, *Commission c. Pays-Bas*, 25 juillet 1991, Aff. C-353/89, Rec., p. I-4069.

- 1992 -

- CJCE, *Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekkliisias et autres contre État hellénique et autres*, 24 mars 1992, Aff. C-381/89, Rec., p. I-2111.
- CJCE, *Alberto Paletta e.a. c. Brennet AG*, 3 juin 1992, Aff. C-45/90, Rec., p. I-3423.
- CJCE, *The Queen contre Immigration Appeal Tribunal et Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department*, 7 juillet 1992, C-370/90, Rec., p. I – 4265.
- CJCE, *Mario Vicente Micheletti et autres contre Delegación del Gobierno en Cantabria*, 7 juillet 1992, Aff. C-369/90, Rec., p. I-04239.
- CJCE, *Wienand Meilicke contre ADV/ORGA F. A. Meyer AG*, 16 juillet 1992, Aff. C-83/91, Rec., p. I-4871.
- CJCE, *Camille Petit contre Office national des pensions*, 22 septembre 1992, Aff. C-153/91, Rec., p. I-4973.
- CJCE, *Parlement européen contre Conseil des Communautés européennes*, 4 octobre 1991, Aff. C-70/88, Rec., p. I-4529.
- CJCE, *Kerafina-Keramische-und Finanz Holding AG et Vioktimatiki AEVERE contre République hellénique et Organismos Oikonomikis Anasygkrotissis Epicheirisseon AE*, 12 novembre 1992, Aff. Jtes. C-134/91 et C-135/91, Rec., p. I – 5699.
- CJCE, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci e.a. contre République Italienne*, 19 novembre 1991, Aff. Jtes.C-6/90 et C-9/90, Rec., p. I-5357.
- CJCE, *Anklagemyndigheden contre Peter Michael Poulsen et Diva Navigation Corp*, 24 novembre 1992, Aff. C-286/90, Rec., p. I-6019.
- CJCE, *Commission des Communautés Européennes c. Royaume de Belgique*, 16 décembre 1992, Aff. C-211/91, Rec., p. I-6757.

- 1993 -

- CJCE, *General Milk Products*, 3 mars 1993, Aff. C-8/92, Rec., p. I-779.
- CJCE, *Dieter Kraus contre Land Baden-Württemberg*, 31 mars 1993, Aff. C-19/92, Rec., p. I-1663.
- CJCE, *Wilfried Lange contre Finanzamt Fürstfeldbruck*, 2 août 1993, Aff. C-111/92, Rec., p. I-4677.

- 1994 -

- CJCE, *Solo Kleinmotoren GmbH contre Emilio Boch*, 2 juin 1994, Aff. C-414/92, Rec., p. I-2237.
- CJCE, *Custom Made Commercial Ltd contre Stawa Metallbau GmbH*, 29 juin 1994, Aff. C-288/92, Rec., p. I-2913.
- CJCE, *Raymond Vander Elst contre Office des migrations internationales*, 9 août 1994, Aff. C-43/93, Rec., p. I-3803.
- CJCE, *État belge contre Boterlux SPRL*, 9 août 1994, Aff. C-347/93, Rec., p. I-3933.
- CJCE, *TV10*, 5 octobre 1994, Aff. C-23/93, Rec., p. I-4795.
- CJCE, *The owners of the cargo lately laden on board the ship 'Tatry' contre the owners of the ship 'Maciej Rataj'*, 6 décembre 1994, Aff. C-406/92, Rec., p. I-5439.

- 1995 -

- CJCE, *Finanzamt Köln-Altstadt contre Roland Schumacker*, 14 février 1995, Aff. C-279/1993, Rec., p. I-225.
- TPICE, *Ferriere Nord SpA contre Commission des Communautés européennes*, 6 avril 1995, Aff. T-143/89, Rec., p. II-917.

- 1996 -

- CJCE, *Brasserie du Pêcheur SA contre Bundesrepublik Deutschland et The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd et autres*, 5 mars 1996, Aff. Jtes. C-46/93 et C-48/93, Rec., p. I-1029.
- CJCE, *Panagis Pafitis et autres contre Trapeza Kentrikis Ellados A.E. et autres*, 12 mars 1996, Aff. C-441/93, Rec., p. I-1347.
- CJCE, *Brennet AG c. Vittorio Paletta*, 2 mai 1996, Aff. C-206/94, Rec., p. I-2357.
- CJCE, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique*, 10 septembre 1996, Aff. C-11/95, Rec., p. I-4115.
- CJCE, *Denkavit International BV, VITIC Amsterdam BV et Voormeer BV c. Bundesamt für Finanzen*, 17 octobre 1996, Aff. Jtes. C-283, 291 et 292/94, Rec., p. I-5063.
- CJCE, *Commission c. Belgique*, 10 novembre 1996, Aff. C-11/95, Rec., p. I-4115.

- 1997 -

- TPICE, *Opel Austria GmbH contre Conseil de l'Union européenne*, 22 janvier 1997, Aff. T-115/94, Rec., p. II-39.
- CJCE, *Mainschiffahrts-Genossenschaft eG (MSG) contre Les Gravières Rhénanes SARL*, 20 février 1997, Aff. C-106/95, Rec., p. I-911.
- CJCE, *Procédures pénales contre Pistre e.a.*, 7 mai 1997, Aff. Jtes. C-321/94 à C-324/94, Rec., 1997, p. I-2343.
- CJCE, *Finanzamt Bergisch Gladbach contre Werner Skripalle*, 29 mai 1997, Aff. C-63/96, Rec., p. I-2847.
- CJCE, *Suat Kol contre Land Berlin*, 5 juin 1997, Aff. C-285/95, Rec., p. I-3069.
- CJCE, *VT4 Ltd c. Vlaamse Gemeenschap*, 5 juin 1997, Aff. C-56/96, Rec., p. I-3143.
- CJCE, *Francesco Benincasa contre Dentalkit Srl*, 3 juillet 1997, Aff. C-269/95, Rec., p. I-3767.
- CJCE, *Goldsmiths (Jewellers) Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, 3 juillet 1997, Aff. C-330/95, Rec., p. I-3801.
- CJCE, *Konsumentombudsmannen (KO) c. De Agostini (Svenska) Färlog AB et TV-Shop i Sverige AB*, 9 juillet 1997, Aff. Jtes. C-34/95, C-35/95, C-36/95, Rec., p. I-3843.
- CJCE, *Leur-Bloem c. Inspecteur des Blastingsdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, 17 septembre 1997, Aff. C-28/95, Rec., p. I-4161.
- CJCE, *Faik Günaydin, Hatice Günaydin, Günes Günaydin et Seda Günaydin c. Freistaat Bayern*, 30 septembre 1997, Aff. C-36/96, Rec., p. I-5143.

- 1998 -

- CJCE, *Raymond Kohll contre Union des caisses de maladie*, 28 avril 1998, aff. C-158/96, Rec., p. I-1931.
- CJCE, *Nicolas Decker contre Caisse de maladie des employés privés*, 28 avril 1998, aff. C-120/95, Rec., p. I-1831.
- CJCE, *Jessica Safir contre Skattemyndigheten i Dalarnas län, anciennement Skattemyndigheten i Kopparbergs län*, 28 avril 1998, Aff. C-118/96, Rec., p. I-1897.
- CJCE, *The Queen contre Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs & Excise, ex parte National Farmers' Union, David Burnett and Sons Ltd, R. S. and E. Wright Ltd, Anglo Beef Processors Ltd, United Kingdom Genetics, Wyyac Calves Ltd, International Traders Ferry Ltd, MFP International Ltd, Interstate Truck Rental Ltd et Vian Exports Ltd.*, 5 mai 1998, Aff. C-157/96, Rec., p. I-2211.
- CJCE, *Alexandros Kefalas e.a. contre Elliniko Dimosio et Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE*, 12 mai 1998, Aff. C-367/96, Rec., p. I-2843.
- CJCE, *María Martínez Sala c. Freistaat Bayern*, 12 mai 1998, C-85/96, Rec., p. I-2691.

- CJCE, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) c. Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, 16 juillet 1998, Aff. C-264/96, Rec., p. I-4695.
- TPICE, *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA et Jean-Jacques Goupil c. Commission des Communautés européennes*, 16 juillet 1998, Aff. T-199/96, Rec., p. II-2805.
- CJCE, *Ministero delle Finanze contre IN.CO.GE.'90 Srl, Idelgard Srl, Iris'90 Srl, Camed Srl, Pomezia Progetti Appalti Srl (PPA), Edilcam Srl, A. Cecchini & C. Srl, EMO Srl, Emoda Srl, Sappesi Srl, Ing. Luigi Martini Srl, Giacomo Srl et Mafar Srl*, 22 octobre 1998, Aff. Jtes. C-10/97 à C-22/97, Rec., p. I-6307.
- CJCE, *Réunion européenne SA e.a. contre Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV et Capitaine commandant le navire "Alblasgracht V002"*, 27 octobre 1998, Aff. C-51/97, Rec., p. I-6511

- 1999 -

- CJCE, *Robin Swaddling et Adjudication Officer*, 25 février 1999, C-90/97, Rec., p. I-1075.
- CJCE, *Centros Ltd contre Erhvervs – og Selskabsstyrelsen*, 9 mars 1999, Aff. C-212/97, Rec. I, p. 1459.
- CJCE, *GIE Groupe Concorde e.a. contre Capitaine commandant le navire 'Subadivarno Panjan' e.a.*, 16 mars 1999, aff. C-440/97, Rec., p. I-6307.
- CJCE, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA contre Hugo Trumpy SpA*, 16 mars 1999, Aff. C-159/97, Rec., p. I-1597.
- CJCE, *Arnaldo Lucaccioni contre Commission des Communautés européennes*, 9 septembre 1999, Aff. C-257/98 P, Rec., p. I-5251.
- CJCE, *Metalmeccanica Fracasso SpA et Leitschutz Handels- und Montage GmbH contre Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten*, 16 septembre 1999, Aff. C-27/98, Rec., p. I-5697.
- CJCE, *Procédures pénales contre Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL (C-369/96) et Bernard Leloup, Serge Leloup et Sofrage SARL (C-376/96)*, 23 novembre 1999, Aff. Jtes. C-369/96 et C-376/96, Rec., p. I-8453.

- 2000 -

- Arrêt CJCE, *Fitzwilliam Executive Search Ltd (FIS) c. Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen*, 10 février 2000, Aff. C-202/97, Rec., p. I-883.
- CJCE, *Association Greenpeace France e.a. c. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche e.a.*, 21 mars 2000, Aff. C-6/99, Rec., p. I-1651.
- CJCE, *Dionysios Diamantis contre Elliniko Dimosio et OAE*, 23 mars 2000, Aff. C-373/97, Rec., p. I-1705.
- CJCE, *Dieter Krombach contre André Bamberski*, 28 mars 2000, Aff. C-7/98, Rec., 2000, p. I-1935.
- CJCE, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, 15 juin 2000, Aff. C-237/98 P, Rec., p. I-4549.
- CJCE, *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA et Jean-Jacques Goupil contre Commission des Communautés européennes*, 4 juillet 2000, Aff. C-352/98 P, Rec., p. I-5291.
- CJCE, *Hugo Fernando Hoesman contre Ministre de l'Emploi et de la Solidarité*, 14 septembre 2000, Aff. C-238/98, Rec. I, p. 6623.
- CJCE, *Roquette Frères SA et Office national interprofessionnel des céréales (ONIC)*, 17 octobre 2000, Aff. C-114/99, Rec., p. I-8823.
- CJCE, *Josef Plum c. Allgemeine Ortskrankenkasse Rheinland, Regionaldirektion Köln*, 9 novembre 2000, Aff. C-404/98, Rec., p. I-9379.
- CJCE, *Procédure pénale contre Jean-Pierre Guimont*, 5 décembre 2000, Aff. 448/98, Rec., 2000, p. I-10663.

- CJCE, *Emsland-Stärke GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, 14 décembre 2000, Aff. C-110/99, Rec., p. I-11569.

- 2001 -

- CJCE, *Procédure pénale contre André Mazzoleni et Inter Surveillance Assistance SARL, civilement responsable, en présence de Eric Guillaume et autres*, 15 mars 2001, Aff. C-165/98, Rec., p. I-2189.
- CJCE, *Abdon Vanbraekel et autres contre Alliance nationale des mutualités chrétiennes (ANMC)*, Aff. C-368/98, 12 juillet 2001, Rec., 2001, p. I-5363.
- TPICE, *Comafrika SpA et Dole Fresh Fruit Europa Ltd & Co. contre Commission des Communautés européennes*, 12 juillet 2001, Aff. Jtes. T-198/95, T-171/96, T-230/97, T-174/98 et T-225/99, Rec., p. II-1975.
- CJCE, *B.S.M. Smits, épouse Geraets, contre Stichting Ziekenfonds VGZ et H.T.M. Peerbooms contre Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, 12 juillet 2001, aff. C-157/99, Rec., p. I-5473.
- CJCE, *Courage Ltd contre Bernard Crehan et Bernard Crehan contre Courage Ltd et autres*, 20 septembre 2001, Aff. C-453/99, Rec., p. I-629.
- CJCE, *The Queen contre Secretary of State for the Home Department, ex parte Wieslaw Gloszczuk et Elzbieta Gloszczuk*, 27 septembre 2001, aff. C-63/99, Rec., p. I-6369
- TPICE, *Dieckmann & Hansen GmbH contre Commission des Communautés européennes*, 23 octobre 2001, Aff. T-155/99, Rec., p. II-3143.

- 2002 -

- CJCE, *Portugaia Construções Lda*, 24 janvier 2002, Aff. C-164/99, Rec., p. I-787.
- TPICE, *Förde-Reederei GmbH contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, 20 février 2002, Aff. T-170/00, Rec., p. II-515.
- CJCE, *Caterina Insalaca contre Office national des pensions (ONP)*, 7 mars 2002, aff. C-107/00, Rec., p. I-2403.
- CJCE, *Marie-Nathalie D'Hoop et Office national de l'emploi*, 11 juillet 2002, C-224/98, Rec., p. I-6191.
- CJCE, *Überseering BV contre Nordic Construction Company Baymanagement GmbH (NCC)*, 5 novembre 2002, Aff. C-208/00, Rec. I, p. 9919.
- CJCE, *X et Y*, Aff. C-436/00, 21 novembre 2002, Rec., p. I-10829.
- TPICE, *Artgodan GmbH et autres contre Commission des Communautés européennes*, 26 novembre 2002, Aff. Jtes. T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, Rec., p. II-4945.
- CJCE, *Commission des Communautés européennes contre Camar Srl et Tico Srl*, 10 décembre 2002, Aff. C-312/00 P, Rec., p. I-11355.
- TPICE, *Area Cova, SA et autres contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, 6 décembre 2001, Aff. T-196/99, Rec., p. II-3597.
- CJCE, *Lankhorst-Hoborst GmbH c. Finanzamt Steinfurt*, C-324/00, 12 décembre 2002, Rec., p. I-11779.

- 2003 -

- TPICE, *Les Laboratoires Servier contre Commission des Communautés européennes*, 28 janvier 2003, Aff. T-147/00, Rec., p. II-85.
- TPICE, *Dole Fresh Fruit International Ltd contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, 6 mars 2003, Aff. T-56/00, Rec., p. II-577.
- TPICE, *Travelex Global and Financial Services Ltd, anciennement Thomas Cook Group Ltd et Interpayment Services Ltd c. Commission des Communautés européennes*, 10 avril 2003, Aff. T-195/00, Rec., p. II-1677.

- CJCE, *V.G. Müller-Fauré contre Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA et E.E.M. van Riet contre Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen*, 13 mai 2003, aff. C-385/99, Rec., p. I-4509.
- CJCE, *Secretary of State for the Home Department et Hacene Akrich*, 23 septembre 2003, Aff. C-109/01, Rec., p. I-9607.
- CJCE, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd*, 30 septembre 2003, Aff. C-167/2003, Rec. I, p. 10155.
- CJCE, *Carlos Garcia Avello et État belge*, 2 octobre 2003, Aff. C-148/02, Rec., p. I-11613.
- CJCE, *Héritiers de M. H. Barbier/Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen*, 11 décembre 2003, Aff. C-364/01, Rec., p. I-15013.
- CJCE, *Erich Gasser GmbH contre MISAT Srl*, 9 décembre 2003, Aff. C-116/02, Rec., p. I-14693.
- CJCE, *Commission des Communautés Européennes contre République Italienne*, 9 décembre 2003, Aff. C-129/00, Rec., p. I-14637.
- CJCE, *Héritiers de M. H. Barbier contre Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen*, 11 décembre 2003, Aff. C-364/01, Rec., p. I-5013.

- 2004 -

- TPICE, *Malagutti-Vezinbet SA contre Commission des Communautés européennes*, 10 mars 2004, Aff. T-177/02, Rec., p. II-827.
- CJCE, *Hughes de Lasteyrie du Saillant c. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, Aff. C-9/02, 11 mars 2004, Rec., p. I-2409.
- CJCE, *Brian Francis Collins et Secretary of State for Work and Pensions*, 23 mars 2004, aff. C-138/02, Rec., p. I-2703.
- CJCE, *Gregory Paul Turner contre Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd et Changepoint SA*, 27 avril 2004, Aff. C-159/02, Rec., p. I-3565.
- CJCE, *Commission des Communautés européennes contre République portugaise*, 29 avril 2004, Aff. C-171/02, Rec., p. I-5645.
- CJCE, *Gemeente Leusden et Holin Groep BV cs c. Staatssecretaris van Financiën*, 29 avril 2004, Aff. Jtes C-487/01 et C-7/02, Rec., p. I-5337.
- CJCE, *Wolff & Müller GmbH & Co. KG contre José Filipe Pereira Félix*, 12 octobre 2004, Aff. C-60/03, Rec., p. I-9553.
- CJCE, *Kunqian Catherine Zhu et Man Lavette Chen contre Secretary of State for the Home Department*, 19 octobre 2004, Aff. C-200/02, Rec., p. I-9925.
- CJCE, *Commission des Communautés européennes contre Grand-duché de Luxembourg*, 21 octobre 2004, Aff. C-445/03, Rec., p. I-10191.

- 2005 -

- CJCE, *Dany Bidar c. London Borough of Ealing, Secretary of State for Education and Skills*, 15 mars 2005, aff. C-209/03, Rec. p. I-2119.
- CJCE, *Finanzamt Bergisch Gladbach c. HE*, 21 avril 2005, Aff. C-25/03, Rec., p. I-3123.
- CJCE, *RAL (Channel Islands) Ltd, RAL ltd, RAL Services Ltd, RAL Machines Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, 12 mai 2005, Aff. C-452/03, Rec., p. I-3947.
- CJCE, *Royaume des Pays-Bas contre Commission des Communautés européennes*, 14 juillet 2005, Aff. C-452/00, Rec., p. I-6645.
- CJCE, *Eichsfelder Schlachtbetrieb GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, 21 juillet 2005, Aff. C-515/03, Rec., p. I-7355.
- CJCE, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Danemark*, 15 septembre 2005, Aff. C-464/02, Rec., p. I-7929.

- CJCE, *Office national de l'emploi c. Ioannis Ioannidis*, 15 septembre 2005, aff. C-258/04, Rec., p. I-8275.
- CJCE, *Marks & Spencer plc c. David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, 13 décembre 2005, Aff. C-446/03, Rec., p. I-10837.
- CJCE, *Procédures pénales contre Claude Nadin, Nadin-Lux SA (C-151/04) et Jean-Pascal Durré (C-152/04)*, 15 décembre 2005, Aff. Jtes. C-151/04 et C-152/04, Rec., p. I-11203.

- 2006 -

- CJCE, *Optigen Ltd, Fulcrum Electronics Ltd, Bond House Systems Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, 12 janvier 2006, Aff. Jtes. C-354/03, C-355/03 et C-484/03, Rec., p. I-483.
- CJCE, *Rijksdienst voor Sociale Zekerheid contre Herbosch Kiere NV*, 26 janvier 2006, Aff. C-2/05, Rec., p. I-1079.
- CJCE, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd et County Wide Property Investments Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, 21 février 2006, Aff. C-255/02, Rec., p. I-1609.
- CJCE, *University of Huddersfield Higher Education Corporation c. Commissioners of Customs & Excise*, 21 février 2006, Aff. C-223/03, Rec., p. I-1751.
- CJCE, *BUPA Hospitals Ltd, Goldsborough Developments Ltd, contre Commissioners of Customs & Excise*, 21 février 2006, Aff. C-419/02, Rec., p. I-1685.
- CJCE, *Agip Petroli SA c. Capitaneria di porto di Siracusa e.a.*, 6 avril 2006, Aff. C-456/04, Rec., p. I-3395.
- CJCE, *Tragbetti del Mediterraneo SpA contre Repubblica italiana*, 13 juin 2006, Aff. C-173/03, Rec., p. I-5177.
- CJCE, *Konstantinos Adeneler et autres contre Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, 4 juillet 2006, Aff. C-212/04, Rec., p. I-6057.
- CJCE, *Axel Kittel c. État belge et État belge c. Recolta Recycling SPRL*, 6 juillet 2006, Aff. Jtes. C-439/04 et C-440/04.
- CJCE, *Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co. KG contre Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG*, 13 juillet 2006, Aff. C-4/03, Rec., p. I-6509.
- CJCE, *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, 12 septembre 2006, Aff. C-196/04, Rec., p. I-7995.
- CJCE, *Commission des Communautés européennes contre République d'Autriche*, 21 septembre 2006, Aff. C-168/04, Rec., p. I-9041.
- CJCE, *Denkavit Internationaal BV et Denkavit France SARL contre Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, 14 décembre 2006, Aff. C-170/05, Rec., p. I-11949.

-2007 -

- CJCE, *Yunying Jia contre Migrationsverket*, 9 janvier 2007, Aff. C-1/05, Rec., p. I-1.
- TPICE, *République hellénique c. Commission des Communautés européennes*, 17 janvier 2007, Aff. T-231/04, Rec., p. II-63.
- CJCE, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation contre Commissioners of Inland Revenue*, 13 mars 2007, Aff. C-524/04, Rec., p. I-2107
- CJCE, *Aikaterini Stamatelaki contre NPDD Organismos Asfaliseos Eleftheron Epangelmaton (OAEI)*, 19 avril 2007, aff. C-444/05, Rec., p. I-3185.
- TPICE, *Citymo SA c. Commission des Communautés européennes*, 8 mai 2007, Aff. T-271/04, Rec., p. II-1375.
- CJCE, *Commission des Communautés européennes contre République hellénique*, 7 juin 2007, Aff. C-178/05, Rec., p. I-4185.
- CJCE, *Hans Markus Kofoed contre Skatteministeriet*, 5 juillet 2007, Aff. C-321/05, Rec., p. I-5795.

- CJCE, *The Queen, à la demande de Teleos plc et autres contre Commissioners of Customs & Excise*, 27 septembre 2007, Aff. C-409/04, Rec., p. I-7797.
- CJCE, *Freeport plc contre Olle Arnoldsson*, 11 octobre 2007, Aff. C-98/06, Rec., p. I-8319.
- TPICE, *Athanasios Pitsiorlas contre Conseil de l'Union européenne et Banque centrale européenne (BCE)*, 27 novembre 2007, Aff. Jtes. T-3/00 et T-337/04, non encore publié.
- CJCE, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, 11 décembre 2007, Aff. C-438/05, non encore publié.
- CJCE, *Laval un Partneri Ltd contre Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan et Svenska Elektrikerförbundet*, 18 décembre 2007, Aff. C-341/05, non encore publié.

- 2008 -

- CJCE, *Ministero dell'Economia e delle Finanze contre Part Service Srl*, 21 février 2008, Aff. C-425/06, non encore publié.
- CJCE, *Netto Supermarkt GmbH & Co. OHG contre Finanzamt Malchin*, 21 février 2008, Aff. C-271/06, non encore publié.
- CJCE, *Dirk Ruffert contre Land Niedersachsen*, 3 avril 2008, Aff. C-346/06, non encore publié.
- CJCE, *Impact contre Minister for Agriculture and Food et autres*, 15 avril 2008, Aff. C-268/06, non encore publié.
- CJCE, *Amplificientifica Srl et Amplifin SpA contre Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate*, 22 mai 2008, Aff. C-162/07, non encore publié.
- CJCE, *Commission des Communautés européennes contre Grand-Duché de Luxembourg*, 19 juin 2008, Aff. C-319/06, non encore publié.
- CJCE, *Arthur Wiedemann contre Land Baden-Württemberg et Peter Funk contre Stadt Chemnitz*, 26 juin 2008, Aff. Jes. C-329/06 et C-343/06, non publié.
- CJCE, *Blaise Babeten Metock et autres contre Minister for Justice, Equality and Law Reform*, 25 juillet 2008, Aff. C-127/08, non encore publié.

Conclusions de l'Avocat Général

- Conclusions de l'Avocat Général Poiares Maduro présentées le 28 février 2008 sur l'affaire CJCE, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri c. Ministero della Giustizia, Marco Cavallera*, Aff. C-311/06, non encore publiées.
- Conclusions de l'Avocat Général Y. BOT présentées le 17 juillet 2008 sur l'affaire *Staatsanwaltschaft Siegen contre Frank Weber*, Aff. C-1/07, non encore publiées.
- Conclusions de l'Avocat Général D. Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 4 septembre 2008 sur l'affaire *Mirja Juuri c. Fazer Amica Oy*, Aff. C-396/07, non encore publiées.

Autres juridictions

CEDH

- CEDH, *Groppera Radio Ag et autres c. Suisse*, 28 mars 1990, Requête n°10890/84.

La Cour AELE

- AELE, *Forbrukerombudet v. Mattel Scandinavia A/S and Lego Norge A/S*, de la Cour AELE, de 16 juin 1995, Aff. Jtes. E-8/94 et E-9/94.

Juridictions françaises.

- Conseil d'État, 18 mai 2005, n° 267087, *Min. v. Sté Sagal*, Recueil Lebon, pp. 203-206.
- Conseil d'État, 27 septembre 2006, n° 260050, *Sté Janfin*, Recueil Lebon, pp. 401-403.
- Conseil d'État, 29 décembre 2006, n° 283314, *Sté Bank of Scotland*, Recueil Lebon, pp. 578-581.

- Conseil d'État, 28 février 2007, n° 284565, *Persicot*, non encore publié.
- Conseil d'État, 5 mars 2007, n° 284457, *Pharmacie des Challonges*, non encore publié.
- Cass.com., 20 mars 2007, n° 05-20.599, *Sté Distribution Casino France*, non encore publié.
- Cour administrative d'appel de Paris, 5^e ch. A, 29 mars 2007, n° 04PA01833, *Sté Prodis International*, non encore publié.

Juridictions italiennes.

- Cour de Cassation italienne, Cassazione Civile, 7 mars 1952, n° 607
- Cour de Cassation italienne, Cassazione Civile, Sezioni Uniti, 15 novembre 1960.
- Cour de Cassation italienne, Cassazione Civile, 20 mai 1963, n° 1305
- Cour de Cassation italienne, Cassazione Civile, 29 juillet 1963, n° 2130.
- Cour de Cassation italienne, Cassazione Civile, 6 février 1982, n° 688.
- Cour de Cassation italienne, Cassazione Civile, 25 mars 1995, n° 3558.

Juridictions belges.

- Cour de Cassation belge, 1^{re} chambre, *S.A. AG 1830, c. Magotiaux*, 30 janvier 1992.
- Cour de Cassation belge, 1^{re} chambre, *S.C. De Ideale Woning, c. V.S. et Crts*, 8 février 2001.
- Cour de Cassation belge, 1^{re} chambre, *S.A. Axa – Royale Belge, c.w.*, 16 mai 2002.

Juridictions espagnoles.

- Cour Suprême du 6 février 1999, STS n° 63/1999.
- Cour Suprême du 14 mai 2002, STS n° 439/2002.
- Cour Suprême du 5 mars 2004, STS n° 156/2004.
- Cour Suprême du 25 mars 2004, STS n° 236/2004.
- Cour Suprême du 25 janvier 2006, STS n° 44/2006.
- Audiencia Nacional, Sala de Contencioso – Administrativo, n° 741/2004, 1.06.2006.
- Audiencia Nacional, Sala de Contencioso – Administrativo, n° 793/2004, 18.12.2007.
- Audiencia Nacional, Sala de Contencioso – Administrativo, n° 217/2005, 24.01.2008.
- Audiencia Nacional, Sala de Contencioso – Administrativo, n° 955/2004, 31.01.2008.

Juridictions britanniques.

- House of Lords, *Soutwark London Borough Council v Tanner and others*, 21 octobre 1999, Law Reports, Appeal Cases, 2001, pp. 1 – 26.
- House of Lords, *MacNiven (HM Inspector of Taxes) v Westmoreland Investments Ltd*, 8 février 2001, Law Reports, Appeal Cases, 2003, pp. 311 -346.

INDEX ALPHABÉTIQUE

A

abus de droit
auteurs, **373**
conception objective, **318**
conception subjective, **301**
conception subjective tempérée, **308**
critères, 43, 109, 138, 178, 183, 192, 194, 245, 247, 350, 351, **353, 361, 370**
dédoublément, **368**
droit coutumier, **299**
droit romain, **297**
exercice effectif, 107, 165, 183, **236**, 249, 271
ignorance, **330**
invocabilité, **386**
preuve, 113, 140, 208, **387**
principe général du droit communautaire, 50, 51, 111, 125, 241, 342, 345, **346, 366**
sanction, **389**
action dénégatoire, **224**
anti-suit injunctions, **227**
avantages sociaux, 134

B

bonne foi, 142, 190, 194, 207, 298, 349, 377, **381**
business purpose test, 203, **271, 362**

C

citoyenneté de l'Union européenne, **151**
compétence en matière contractuelle, **215**
compétences dérivées, **213**
compétences exclusives, **216**
concurrence entre systèmes réglementaires, **24**, 51, 100
courants commerciaux artificiels, 186
cumuls abusifs, **143**

D

détachement des travailleurs, **51**
détournement de pouvoir, **385**
directive « Télévision sans frontière », **35**, 238
discrimination à rebours, **31**, 82, 85, 88
droit d'établissement, **78**
droits des sociétés, **168**
dumping social, **54, 60**, 67, 251

E

émissions de radiotélévision, **35**
évasion fiscale, **115**, 127, 128, 130, 131, 202, 269

F

fiscalité directe, **115**
forum shopping, **210**
forum shopping malus, **223**
fraude à la compétence, **213**

fraude à la loi, **36, 46, 48**, 81, 111, 178, **255**
fraude de type «*carrousel*», **207**
fraude fiscale, **115**, 129, 200
fraus omnia corrumpit, 84, 141
fusions, **119**

L

law shopping, 108, 109
litispendance internationale, **225**
lois de police, 55, 56, **254**, 262

M

mariages de complaisance, **151**
mesures nationales anti-abus, **264**
montages purement artificiels, **125**
montants compensatoires monétaires, **180**

N

neutralité fiscale, 205
non-discrimination, **27**

O

ordre public, **252**

P

planification fiscale, **115**
politique agricole commune, **180**
pratique abusive, 132, **201**
primauté du droit communautaire, 173, 175, 338, 345
principes généraux du droit communautaire, **278**, 291
prorogation de compétence, **217**
protection juridictionnelle effective, 337, 348, 409

R

raisons impérieuses d'intérêt général, 54, 58, 64, 68, 89, 95, 110, 112, 128, 131, 158, 246, **258**
reconnaissance et l'exécution des décisions, **220**
reconnaissance mutuelle, **24**, 59, 82, 85, 90, 93, 98, 139
restitutions à l'exportation/importation, **187**

S

sécurité sociale, **70**
situation purement interne, **29, 31**, 80, 85, 123, 240, 408
sociétés «*boîtes aux lettres*», 105

T

tourisme médical, **146**
transports maritimes, **75**
TVA, 199

Résumé de la thèse

La structure de la thèse a suivi les deux aspects importants de l'abus de droit en droit communautaire : l'approche analytique des manifestations de ce phénomène et la recherche des techniques juridiques de lutte contre celui-ci. Si, au début de l'intégration européenne, l'abus de droit n'était pas perçu comme une menace, c'est récemment que la Cour de Justice s'est rendue compte de l'impact que l'abus de droit peut avoir sur le fonctionnement correct du marché intérieur. La problématique concerne ce qu'il faut comprendre par abus, pourquoi il doit être sanctionné et quels seraient les moyens juridiques pour le sanctionner.

La variété des manifestations de l'abus de droit en droit communautaire est une caractéristique importante de ce principe. L'abus peut prendre deux formes essentielles, en fonction du degré d'harmonisation dont fait preuve le domaine touché. Mais, à partir de ces deux formes, nous retrouvons une grande diversité de techniques utilisées par les particuliers pour abuser du droit communautaire. Si parfois les situations en cause se rapprochent plutôt à une fraude à la loi, la Cour de Justice met cependant l'accent sur l'usage abusif d'un droit tiré du droit communautaire, et non sur le fait qu'un droit national a été éludé.

Avant de commencer l'approche analytique sur la notion d'abus de droit dans les domaines régis par la reconnaissance mutuelle, nous avons considéré opportun de présenter de manière succincte son contexte. Celui-ci est marqué par deux aspects principaux : la concurrence entre les systèmes réglementaires et l'application du principe de non-discrimination. Les deux peuvent expliquer la tentation des particuliers à la délocalisation artificielle en vue de bénéficier d'une législation nationale qui serait plus favorable à leurs intérêts, en échappant ainsi à la loi nationale qui leur serait normalement applicable et qui impose des exigences supplémentaires ou plus lourdes. L'absence d'harmonisation et la mise en jeu de la reconnaissance mutuelle sont les moyens utilisés par les particuliers pour éluder la législation d'un certain État membre.

Une fois établi le contexte, nous avons commencé l'analyse sectorielle des différentes manifestations de l'abus de droit. Dans la libre prestation de services, l'abus de droit est apparu très vite. Après l'arrêt *Van Binsbergen*, le pionnier dans la jurisprudence communautaire, l'abus de droit a touché trois sous-domaines principaux: la libre prestation des émissions de radiotélévision, le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation transnationale de services et les transports maritimes. Il s'agit principalement de choisir à s'établir dans un pays autre que celui vers lequel les prestations de services sont dirigées, pour échapper à des contraintes en matière de politique culturelle, sociale ou d'immigration. Il faut comprendre que les particuliers ont le droit de choisir l'ordre juridique qui leur paraît le plus favorable. La libre circulation, sans entraves, est le principal progrès du marché intérieur. La Cour de Justice ne condamne pas le choix parmi les législations nationales des États membres, mais les conditions dans lesquelles ce choix se réalise.

Le deuxième secteur analysé est celui du droit d'établissement. L'étude s'est dédoublée selon les deux principales formes d'exercice de cette liberté : la reconnaissance mutuelle des diplômes et qualifications professionnelles et l'établissement des personnes morales. Dans le premier cas, un particulier a le droit de choisir le pays où il veut acquérir sa formation professionnelle, mais le fait d'avoir exercé la libre circulation seulement pour échapper à la législation, plus contraignante, de son pays d'origine, met en évidence que le droit d'établissement n'a pas été utilisé pour l'objectif pour lequel il a été octroyé au particulier. La même logique s'applique au droit d'établissement des personnes morales. Dans l'affaire *Centros*, la Cour a expressément souligné que le choix parmi les différentes législations nationales de celle plus favorable à la constitution de la société est inhérent au droit d'établissement. Cependant, si le choix est motivé par une fraude aux créanciers, le droit d'établissement pourra être limité.

Dans le domaine de la fiscalité directe, l'accent a été mis sur l'abus de droit tel que manifesté, d'une part, dans le cadre de la directive n° 90/434 (fusions) et de la directive n° 90/435 (sociétés-mères et filiales), et, d'autre part, dans le contexte de l'exercice du droit d'établissement. Le degré différent d'harmonisation, dans le premier cas plus poussée, et dans le deuxième cas, inexistante, justifie le traitement différent de l'abus de droit. Dans le cadre des directives, il s'agit de vérifier si l'abus de droit remplit les conditions prescrites par la législation communautaire, tandis que dans le second cas la marge de manœuvre de la Cour est plus ample et lui permet de développer la notion d'abus de droit. La spécificité de l'abus de droit dans ce domaine est donnée par le fait que les États sont plus soucieux de lutter contre ce type de comportement. L'abus de droit se superpose à l'évasion fiscale, notion qui bénéficie d'une ample réglementation tant au niveau national comme communautaire, ce qui fait que l'abus de droit voit son rôle diminué.

Le quatrième domaine régi par la reconnaissance mutuelle et ayant fait l'objet de l'abus de droit concerne la protection sociale et l'accès aux soins de santé. Dans ce cadre, nous avons analysé l'invocation abusive des avantages sociaux, les cumuls abusifs de prestations de sécurité sociale et le « *tourisme* » médical, c'est-à-dire, le fait de bénéficier des soins, dans un pays membre autre que celui où on est affilié, et à des prix éventuellement supérieurs, et par la suite demander leur remboursement. Dans ce cas, comme dans celui de l'utilisation de la citoyenneté de l'Union Européenne pour échapper à la législation nationale sur l'immigration, le cinquième secteur que nous avons analysé, la Cour de Justice est plus réticente à constater l'existence d'un abus de droit.

En ce qui concerne les domaines harmonisés, l'abus de droit suppose parfois un abus de droit *stricto sensu* et d'autres fois l'artificialité d'une opération économique. Dans le premier cas, la jurisprudence *Pafitis – Kefalas – Diamantis* a mis en exergue qu'il y a abus dès lors que le droit tiré d'une directive communautaire est invoqué de manière disproportionnée, en vue de produire des dommages à des tiers. Au contraire, dans le cadre de la politique agricole commune, l'abus de droit suppose des opérations d'importation-exportation réalisées de manière artificielle, dans le but de profiter des bénéfices que le droit communautaire offre. Dans ces cas, il ne s'agit pas d'échapper à une législation nationale mais de frauder directement le droit communautaire. De la même façon, dans le secteur de la TVA, l'affaire *Halifax* a mis en évidence que le droit communautaire s'oppose à des montages artificiels qui ont pour but essentiel d'obtenir un avantage fiscal. Finalement, la fraude aux compétences prévues par les instruments communautaires de coopération judiciaire civile et l'abus dans le choix du for sont les principales formes de l'abus de droit dans le domaine du droit international privé communautaire.

La Deuxième Partie est dédiée à la recherche des instruments juridiques envisagés pour lutter contre l'abus de droit. La première étape de l'analyse concerne la mise en évidence des premières techniques utilisées par la Cour de Justice. On a examiné l'effectivité de l'interdiction de l'abus de droit en tant que critère de délimitation du champ d'application des libertés communautaires et en tant que raison impérieuse d'intérêt général. Dans le premier cas, nous avons mis en évidence l'utilisation ponctuelle et inefficace de la réduction de l'interdiction de l'abus de droit à une simple question d'interprétation du droit communautaire ou à un critère de délimitation du champ d'application propre à chaque liberté communautaire. Une fois démontré l'inopportunité de ce critère, nous avons cherché des instruments nationaux qui pourraient s'avérer utiles pour lutter contre l'abus de droit. Cependant, le recours à l'ordre public, à des lois de police ou à la fraude à la loi, ne présente un certain intérêt que dans le cadre des domaines non harmonisés, mais il n'a aucune relevance dans les autres domaines.

Les États membres ont été déjà confrontés à la question des comportements abusifs des particuliers car ils mettaient en échec leurs politiques nationales dans des domaines sensibles comme celui de la fiscalité ou de la sécurité sociale. Ainsi, ils se sont dotés assez tôt

des mesures nationales anti-abus. À mesure que l'intégration s'est développée, certains aspects, une fois laissés à la compétence nationale, sont passés à la Communauté Européenne ou ont influencé l'exercice par la dernière de ses compétences. Dans ce cadre, il était envisageable que ces mesures nationales soient soumises, d'une certaine manière, au contrôle communautaire, et la théorie des raisons impérieuses d'intérêt général semblait le moyen adéquat. Ainsi, la mesure nationale doit, souligne la Cour, remplir certaines conditions : elle doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.

Le recours à des lois de police pour lutter contre l'abus de droit, invoquées en tant qu'expression des raisons impérieuses d'intérêt général, n'a été utilisé que dans un nombre limité des cas. Parmi les lois de police invoquées se trouvent celles visant la protection sociale de travailleurs ou la politique culturelle.

L'appel à la théorie des raisons impérieuses d'intérêt général pour lutter contre l'abus de droit n'est pas approprié dès lors qu'il ne correspond pas à l'exigence que l'analyse se fasse au cas par cas et non de façon générale. Le raisonnement basé sur les raisons impérieuses d'intérêt général met l'accent sur une mesure nationale, analysée globalement, et non sur le comportement abusif qui n'est pas analysé, ou il fait l'objet d'un examen superficiel.

La lutte contre l'évasion fiscale a atteint en droit communautaire une importance spéciale dans le contexte de la création d'un marché intérieur qui n'a pas été accompagné par l'harmonisation législative correspondante. Le fait qu'il s'agit d'un domaine sensible pour les États membres a permis le développement d'un encadrement jurisprudentiel important, avec la difficile tâche de superposer le principe d'interdiction de l'abus de droit au phénomène de l'évasion fiscale. Cependant, en dehors de ce domaine, la nécessité de lutter contre l'abus de droit en droit communautaire n'est pas satisfaite par le recours au régime des raisons impérieuses d'intérêt général. Cela expliquerait le fait que la Cour de Justice s'est montrée ouverte à la recherche d'un instrument juridique supérieur : les principes généraux du droit communautaire.

Les avantages de la consécration d'un principe communautaire d'interdiction de l'abus de droit sont multiples. Au-delà de la position privilégiée dans l'ordre juridique communautaire, un tel principe permet la lutte généralisée contre l'abus de droit. Il devra être appliqué aussi par les juges nationaux dans les États où il n'existent pas des règles spécifiques de lutte contre l'abus.

La dernière partie de la thèse est consacrée à l'étude de la consécration du principe communautaire d'interdiction de l'abus de droit. En expliquant le processus de consécration des principes généraux, D. Simon mettait en exergue deux principales étapes : l'étape inductive et l'étape déductive. Dans l'étape inductive le juge communautaire cherche les éléments constitutifs du principe en jeu. Dans ce processus, la position du juge peut présenter des fluctuations, entre hésitations ou positions plus normatives. La perspective déductive souligne les effets et la portée de ce principe.

Dans ce contexte, l'étape inductive consiste, dans un premier temps, à analyser l'abus de droit et son régime juridique dans les systèmes légaux nationaux. Après un court parcours historique de la notion, nous avons mis en évidence les différentes conceptions nationales. La conception subjective met l'accent sur l'intention de nuire, tandis que la conception objective s'intéresse moins au comportement vexatoire ou déraisonnable du titulaire du droit et plus à l'acte lui-même et surtout à son résultat. La conception subjective tempérée se trouverait au milieu : elle utiliserait des critères objectifs, mais cependant elle n'exclurait pas l'intention de nuire. À l'extrême opposé se trouvent les pays du *common law*, qui ignorent la notion d'abus de droit.

Une fois inspirée des ordres juridiques nationaux, la Cour de Justice a commencé le processus de consécration du principe communautaire d'interdiction de l'abus de droit. Après une position plutôt réticente à la fin des années 1990, le pas majeur a été réalisé par deux arrêts de 2000 : *Diamantis* et *Emsland*. Ces arrêts ont offert à la Cour l'occasion d'avancer dans

la consécration substantielle du principe d'interdiction de l'abus de droit. La jurisprudence qui a suivi, surtout en matière fiscale, a permis de compléter la définition de l'abus de droit en droit communautaire. La consécration formelle s'est réalisée en 2007 avec l'arrêt *Kofoed*.

L'étape déductive de la consécration du principe communautaire d'interdiction de l'abus de droit a permis de définir son régime juridique. Nous avons mis en évidence les possibles auteurs de l'abus de droit, qui, principalement, sont des particuliers, et la récente extension, par l'arrêt *Citymo*, à des institutions communautaires. Dans ce dernier contexte, il faut distinguer l'abus de droit des notions apparentées, comme le détournement de pouvoir ou la bonne foi.

Par la suite, l'analyse a eu comme objet l'invocabilité de l'abus de droit, sa preuve et la sanction, pour finalement nous pencher sur les effets que, par ricochet, la consécration du principe communautaire d'interdiction de l'abus de droit aura sur les droits nationaux. Le caractère transversal du principe pourrait déterminer aussi des transformations importantes pour le droit international privé communautaire, par une réinterprétation des instruments utilisés dans ce domaine, réinterprétation qu'à notre avis permettrait de combattre plus efficacement les comportements abusifs.

Resumen de la tesis

La tesis se estructura en función de los dos aspectos importantes del abuso de derecho en Derecho comunitario: el enfoque analítico de las manifestaciones de este fenómeno y la búsqueda de las técnicas jurídicas que permitan combatirlo. Si, al principio de la integración europea, el abuso de derecho no se percibía como una amenaza, recientemente el Tribunal de Justicia se ha dado cuenta del impacto que el abuso de derecho puede tener sobre el correcto funcionamiento del mercado interior. El problema radica en determinar lo que deba considerarse como abuso, por qué debe sancionarse y cuáles son los medios jurídicos para hacerlo.

La variedad de manifestaciones del abuso de derecho en Derecho comunitario es la característica más importante de este principio. El abuso puede revestir dos formas esenciales, en función del grado de armonización del ámbito de que se trate. Pero, dentro de estas dos formas, hay una gran variedad de técnicas utilizadas por los particulares para abusar del Derecho comunitario. Si a veces las situaciones en cuestión se parecen más bien a un fraude de ley, el Tribunal de Justicia, sin embargo, insiste en el uso abusivo de un derecho otorgado por el ordenamiento comunitario, y no en el hecho de que se haya eludido un Derecho nacional.

Antes de adentrarnos en el enfoque analítico de la noción de abuso de derecho en los ámbitos sometidos al principio de reconocimiento mutuo, hemos considerado conveniente presentar brevemente su contexto. Éste se caracteriza por dos aspectos principales: la competencia entre ordenamientos jurídicos y la aplicación del principio de no discriminación. Los dos pueden explicar la tentación para los particulares de proceder a deslocalizaciones artificiales con el fin de beneficiarse de una legislación nacional más favorable a sus intereses, escapando de este modo a la ley nacional que les sería normalmente aplicable y que impondría exigencias más estrictas. La falta de armonización y la aplicación del principio de reconocimiento mutuo serían los medios utilizados por los particulares para eludir la legislación de un determinado Estado miembro.

Una vez examinado el contexto, nos hemos adentrado en el análisis sectorial de las diferentes manifestaciones del abuso de derecho. En el marco de la libre prestación de servicios, el abuso de derecho apareció muy temprano. Después de la sentencia *Van Binsbergen*, pionero en la jurisprudencia comunitaria, el abuso de derecho ha afectado principalmente a tres materias: la libre prestación de emisiones de radiotelevisión, el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional y los transportes marítimos. El problema radicaría en la elección de establecerse en un país distinto de aquel hacia el que se dirigen las prestaciones de servicios, para así escapar a las obligaciones en materia de política cultural, social o de inmigración impuestas por este último Estado. Es necesario subrayar que, en principio, los particulares tienen derecho a elegir el ordenamiento jurídico que les parezca más favorable. La libre circulación, sin obstáculos, es el principal objetivo del mercado interior. Por ello, el Tribunal de Justicia no condena la elección entre las diferentes legislaciones nacionales, sino las condiciones en las que dicha elección se realiza.

El segundo sector analizado es el del derecho de establecimiento. Concretamente, se examinan el reconocimiento mutuo de diplomas y cualificaciones profesionales, y el establecimiento de personas jurídicas. En el primer caso, un particular tiene derecho a elegir el país donde quiera adquirir su formación profesional, pero el hecho de haber ejercitado la libre circulación sólo para escapar de la legislación más rigurosa de su país de origen pone de relieve que el derecho de establecimiento no habría sido utilizado para el objetivo para el cual se dispuso. La misma lógica se aplica al derecho de establecimiento de las personas jurídicas. En el asunto *Centros*, el Tribunal ha destacado expresamente que la elección, entre las diferentes legislaciones nacionales, de la más favorable a la constitución de la sociedad, es

inherente al derecho de establecimiento. Sin embargo, si dicha elección tuviera por finalidad defraudar los intereses de los acreedores, el derecho de establecimiento podría verse limitado.

En el ámbito de la fiscalidad directa, hemos destacado las manifestaciones del abuso de derecho en el marco, por una parte, de la directiva 90/434 (fusiones) y de la directiva 90/435 (sociedades matrices y filiales) y, por otra, del ejercicio del derecho de establecimiento. El distinto grado de armonización, más avanzada en el primer caso, e inexistente en el segundo, justifica el tratamiento diferente del abuso de derecho. En el marco de las citadas directivas, se trata de averiguar si el abuso de derecho cumple las condiciones fijadas por la legislación comunitaria, mientras que, en el segundo caso, el margen de maniobra del Tribunal de Justicia es más amplio y ello le permite desarrollar la noción del abuso de derecho. El hecho de que los Estados miembros estén más interesados en luchar contra este tipo de comportamiento determina la especificidad del abuso de derecho en el ámbito de la fiscalidad directa. El abuso de derecho se superpone a la evasión fiscal, noción que disfruta de una amplia regulación tanto a nivel nacional como comunitario, lo que conlleva que el papel del abuso de derecho sea más reducido.

El cuarto ámbito sometido al principio de reconocimiento mutuo y en el que el abuso de derecho puede manifestarse es el de la protección social y la asistencia sanitaria. En este marco, hemos analizado la invocación abusiva de las ventajas sociales, los cúmulos abusivos de prestaciones de seguridad social y el “turismo” médico, es decir, el hecho de disfrutar de asistencia médica en un país diferente del país donde se cotiza, y a precios eventualmente más altos, para pedir, más tarde, su reembolso en este último país. En este caso, y también en los de utilización de la ciudadanía de la Unión Europea para eludir la legislación nacional en materia de inmigración, el quinto sector que hemos analizado, el Tribunal de Justicia es mucho más reactivo a la hora de constatar la existencia de un abuso de derecho.

Por lo que se refiere a los ámbitos armonizados, el abuso de derecho supone, a veces, un abuso *stricto sensu* y, otras veces, una artificialidad de la operación económica. En el primer caso, la jurisprudencia *Pafitis-Kefalas-Diamantis* ha destacado que hay abuso cuando el derecho fundado en una directiva comunitaria se alega de manera desproporcionada, con el fin de producir daños a terceros. Por el contrario, en el marco de la política agrícola común, el abuso de derecho supone llevar a cabo operaciones de importación-exportación de manera artificial, con el fin de aprovecharse de los beneficios que el Derecho comunitario ofrece. En estos casos, no se trata de eludir una legislación nacional, sino de una defraudación directa del Derecho comunitario. De la misma manera, en el sector del IVA, el asunto *Halifax* ha puesto de relieve que el Derecho comunitario se opone a los montajes artificiales que tengan por objetivo esencial la obtención de una ventaja fiscal. Por último, el fraude a las competencias previstas por los instrumentos comunitarios de cooperación judicial civil y el abuso en la elección del foro son las principales formas de abuso de derecho en el ámbito del Derecho internacional privado comunitario.

La Segunda Parte de la tesis se dedica a la búsqueda de los instrumentos jurídicos de lucha contra el abuso de derecho. La primera etapa de nuestro análisis se refiere a las técnicas inicialmente utilizadas por el Tribunal de Justicia, cuando la problemática del abuso de derecho se trataba, bien como criterio de delimitación del ámbito de aplicación de las libertades comunitarias, bien como razón imperiosa de interés general. En el primer caso, hemos tenido ocasión de poner de relieve la ineficacia de la reducción de la prohibición del abuso de derecho a una simple cuestión de interpretación del Derecho comunitario o a un criterio de delimitación del ámbito de aplicación propio de las libertades de circulación. Una vez demostrada la inoportunidad de este criterio, nos hemos adentrado en los instrumentos nacionales que podrían resultar útiles para luchar contra el abuso de derecho. Sin embargo, el recurso al orden público, a las leyes de policía y al fraude de ley sólo presenta un cierto interés en el marco de los ámbitos armonizados, y no tiene ninguna relevancia en los otros sectores.

Los Estados miembros ya habían tenido ocasión de enfrentarse a la cuestión de los comportamientos abusivos de los particulares, ya que estos últimos ponían en peligro sus políticas nacionales en ámbitos sensibles como la fiscalidad o la seguridad social. A medida que la integración se ha ido desarrollando, algunos aspectos, que antes eran responsabilidad de los Estados, han pasado a ser competencia de la Comunidad Europea o han tenido influencia en el ejercicio de sus competencias por esta última. En este contexto, las medidas nacionales tenían que someterse a un cierto control comunitario, y la teoría de las razones imperiosas de interés general parecía el medio más adecuado para llevarlo a cabo. Así pues, la medida nacional debe cumplir las condiciones siguientes, según destaca el Tribunal de Justicia: no debe ser discriminatoria, debe ser susceptible de garantizar la realización del objetivo perseguido, y no debe ir más allá de lo que es necesario para lograr dicho objetivo.

El recurso a las leyes de policía, invocadas como expresión de una razón imperiosa de interés general en el contexto de la lucha contra el abuso de derecho, no ha sido utilizado más que en un número limitado de casos. Entre las leyes de policía invocadas, encontramos las relativas a la protección social de los trabajadores y a la política cultural.

El recurso a la teoría de las razones imperiosas de interés general no es conveniente para combatir el abuso de derecho porque no respeta la exigencia de que el análisis tiene que hacerse caso por caso y no de manera general. Es decir, el razonamiento basado en razones imperiosas de interés general se centra en la medida nacional, analizada globalmente, y no en el comportamiento abusivo, que no es analizado o es objeto de un estudio superficial.

La lucha contra la evasión fiscal ha alcanzado en Derecho comunitario una importancia especial en el contexto de la creación de un mercado interior no acompañado por la armonización legislativa correspondiente. El hecho de que se trata de un ámbito muy sensible para los Estados miembros ha permitido el desarrollo de un marco jurisprudencial importante, que se ha enfrentado al difícil reto de superponer el principio de prohibición del abuso de derecho al fenómeno de la evasión fiscal. Sin embargo, fuera de este sector, la necesidad de luchar contra el abuso de derecho no se puede reducir al recurso a la teoría de las razones imperiosas de interés general. Por ello, el Tribunal de Justicia se ha mostrado predispuesto a la búsqueda de un instrumento jurídico superior: los principios generales del Derecho comunitario.

Las ventajas de la consagración de un principio comunitario de prohibición del abuso de derecho son varias. Más allá de su posición privilegiada en el ordenamiento jurídico comunitario, este principio permitiría una aplicación generalizada, lo que supondría combatir más eficazmente el abuso de derecho. Además, el principio también debería ser aplicado por los jueces en los Estados que no posean la figura del abuso de derecho en su ordenamiento interno.

La última parte de la tesis examina la consagración del principio comunitario de prohibición del abuso de derecho. Al explicar el proceso de consagración de los principios generales, D. Simon ponía de relieve sus dos principales fases: la inductiva y la deductiva. La primera se refiere a la búsqueda de los elementos constituyentes del principio. En este proceso, la posición del juez puede ser fluctuante, entre las dudas y las posiciones más afirmativas. La fase deductiva subraya los efectos y las consecuencias del principio.

En el caso concreto de nuestro objeto de estudio, la fase inductiva supone, en primer lugar, el análisis de la noción del abuso de derecho y su régimen jurídico en los sistemas jurídicos nacionales. Después de una breve presentación histórica de la noción, hemos destacado las diferentes concepciones presentes en los ordenamientos nacionales. La concepción subjetiva se centra en la intención de dañar, mientras que la concepción objetiva se interesa menos por el comportamiento malicioso o irrazonable del titular del derecho y más por el acto en sí mismo y sobre todo por su resultado. A medio camino se encuentra la concepción subjetiva moderada, que utiliza los criterios objetivos, aunque sin excluir la toma en consideración de la intención de dañar. En el extremo opuesto se encuentran los países del *common law*, que ignoran la noción de abuso de derecho.

Inspirado en los ordenamientos jurídicos nacionales, el Tribunal de Justicia ha emprendido el camino conducente a la cristalización del principio comunitario objeto de nuestro trabajo. Después de una posición más bien reticente a finales de los años 90, el paso principal se ha dado con las dos sentencias de 2000: *Diamantis* y *Emsland*. La jurisprudencia que ha seguido, sobre todo en materia fiscal, ha permitido completar la definición del abuso de derecho en Derecho comunitario. La consagración definitiva se ha realizado en 2007 con la sentencia *Kofoed*.

La fase deductiva de la cristalización del principio ha definido su régimen jurídico. Hemos identificado los autores del abuso de derecho que, principalmente, son los particulares, aunque recientemente la sentencia *Citymo* amplía el ámbito de posibles sujetos activos a las instituciones comunitarias. En este contexto, hay que distinguir el abuso de derecho de otros conceptos emparentados, como la desviación de poder o la buena fe.

Por último, el análisis se ha centrado en la invocabilidad del abuso de derecho, en su prueba y en la sanción que corresponda aplicarle. También hemos destacado los efectos indirectos que la consagración del principio comunitario objeto de estudio tiene sobre los Derechos nacionales. El carácter transversal del principio podría determinar también transformaciones importantes en el ámbito del Derecho internacional privado comunitario, transformaciones que podrían derivar de una reinterpretación de los instrumentos utilizados en este ámbito, para combatir más eficazmente los comportamientos abusivos.

Table des matières

| | |
|--|----|
| SOMMAIRE | 1 |
| ABRÉVIATIONS | 3 |
| INTRODUCTION | 7 |
| PREMIERE PARTIE. LES MANIFESTATIONS DE L'ABUS DE DROIT EN DROIT COMMUNAUTAIRE | 19 |
| Premier Titre. L'abus de droit dans les domaines régis par la reconnaissance mutuelle (ou la fraude au droit national)..... | 23 |
| Chapitre I. <i>Le contexte de la manifestation de l'abus de droit</i> | 25 |
| <i>Section I. La concurrence entre les systèmes réglementaires : un cadre favorable à la manifestation de l'abus de droit</i> | 25 |
| <i>Section II. L'abus de droit et le principe de non-discrimination</i> | 28 |
| Chapitre II. <i>L'abus de droit et la libre prestation des services</i> | 35 |
| <i>Section I. L'arrêt Van Binsbergen : première manifestation de l'abus de droit en droit communautaire</i> | 35 |
| <i>Section II. Le développement de la notion d'abus de droit en matière de libre prestation des émissions de radiotélévision</i> | 37 |
| & I. La directive « Télévision sans frontière » et l'abus du droit..... | 37 |
| & II. L'arrêt Veronica | 41 |
| & III. L'arrêt TV10 | 44 |
| & IV. L'arrêt VT4..... | 48 |
| & V. Les conclusions de l'Avocat Général Jacobs sur l'affaire De Agostini | 51 |
| <i>Section III. Le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services transnationale</i> | 53 |
| & I. La libre prestation de services contre la libre circulation des travailleurs : où se trouve l'abus ? | 54 |
| & II. La mise en cause des lois nationales de police et le risque de « dumping social »..... | 56 |
| A) <i>La directive n° 96/71 sur le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services</i> | 57 |
| B) <i>L'arrêt Arblade</i> | 58 |
| C) <i>Une porte ouverte au dumping social dans l'Union européenne ?</i> | 62 |
| 1) <i>L'arrêt Laval</i> | 62 |
| 2) <i>L'arrêt Rüffert</i> | 66 |
| & III. Le détachement de salariés ressortissants d'États tiers à l'Union et la lutte contre le travail clandestin | 67 |
| & IV. Le détachement des travailleurs et les contraintes des régimes de sécurité sociale..... | 72 |
| A) <i>La législation communautaire pertinente</i> | 73 |
| B) <i>La position du juge communautaire</i> | 73 |
| 1) <i>L'arrêt FTS</i> | 74 |

| | |
|--|-----|
| 2) L'arrêt <i>Plum</i> | 75 |
| Section V. <i>L'abus de droit et les transports maritimes</i> | 77 |
| Chapitre III. <i>L'abus de droit et le droit d'établissement</i> | 81 |
| Section I. <i>L'abus de droit et la reconnaissance mutuelle des diplômes et qualifications professionnelles</i> | 82 |
| & I. L'arrêt <i>Knoors</i> | 82 |
| & II. L'arrêt <i>Van Bijl</i> | 86 |
| & III. L'arrêt <i>Bouchoucha</i> | 88 |
| & IV. L'arrêt <i>Kraus</i> | 90 |
| & V. Les conclusions de l'Avocat Général Poiares Maduro dans l'affaire <i>Consiglio Nazionale degli Ingegneri</i> ⁹³ | |
| Section II. <i>L'abus de droit et le droit d'établissement des personnes morales</i> | 96 |
| & I. La reconnaissance mutuelle des sociétés sur le plan législatif..... | 96 |
| & II. La reconnaissance mutuelle des sociétés et la mise en cause des normes nationales de conflit : un cadre favorable à la manifestation de l'abus de droit..... | 97 |
| A) <i>Le préalable : l'arrêt Segers</i> | 97 |
| B) L'arrêt <i>Centros</i> | 99 |
| C) L'arrêt <i>Überseering</i> | 104 |
| D) L'arrêt <i>Inspire Art</i> | 108 |
| & III. Le traitement de la question de l'abus de droit dans la jurisprudence <i>Centros – Überseering – Inspire Art</i> | 110 |
| Chapitre IV. <i>L'abus de droit et la fiscalité directe</i> | 119 |
| Section I. <i>L'abus de droit dans le cadre de la directive n° 90/434 (fusions) et de la directive n° 90/435 (sociétés-mères et filiales)</i> | 123 |
| & I. L'arrêt <i>Denkavit-VTTIC-Voormeer</i> | 124 |
| & II. L'arrêt <i>Leur-Bloem</i> | 126 |
| & III. L'arrêt <i>Kofoed</i> | 128 |
| Section II. <i>Les montages purement artificiels</i> | 129 |
| & I. L'arrêt <i>Lankhorst – Hoborst GmbH</i> | 130 |
| & II. L'arrêt <i>Lasteyrie du Saillant</i> | 132 |
| & III. L'arrêt <i>Cadbury Schweppes</i> | 134 |
| Chapitre V. <i>L'abus de droit en matière de la protection sociale et de l'accès aux soins de santé</i> | 137 |
| Section I. <i>La libre circulation des travailleurs, l'accès à des avantages sociaux et le risque d'abus de droit</i> | 137 |
| & I. L'arrêt <i>Lair</i> | 138 |
| & II. Les arrêts <i>Paletta I</i> et <i>Paletta II</i> | 141 |
| & III. L'arrêt <i>Günaydin</i> | 144 |
| Section II. <i>Les cumuls abusifs de prestations de sécurité sociale</i> | 147 |

| | |
|---|-----|
| <i>Section III. Le « tourisme » médical</i> | 149 |
| Chapitre VI. L'abus de droit et la citoyenneté de l'Union européenne | 155 |
| <i>Section I. Les mariages de complaisance, instrument pour échapper aux législations nationales en matière d'immigration.</i> .. | 155 |
| & I. La lutte contre les mariages de complaisance au niveau du droit communautaire et dans les droits nationaux | 156 |
| & II. Les mariages de complaisance dans la jurisprudence de la Cour : l'arrêt <i>Akrich</i> | 160 |
| <i>Section II. L'invocation de la qualité de citoyen de l'Union européenne : moyen pour échapper aux législations nationales sur l'immigration ?</i> | 166 |
| Conclusion du Premier Titre | 171 |
| Titre Second. L'abus de droit dans les domaines harmonisés (ou l'abus du droit communautaire) | 173 |
| Chapitre I. L'abus de droit et le droit des sociétés | 173 |
| <i>Section I. L'arrêt Pafitis: première manifestation de la notion d'abus de droit en droit des sociétés</i> | 175 |
| <i>Section II. L'arrêt Kefalas</i> | 179 |
| <i>Section III. L'affaire Diamantis</i> | 181 |
| Chapitre II. L'abus de droit et la politique agricole commune | 185 |
| <i>Section I. Manifestation de l'abus de droit dans le cadre des opérations d'importation/exportation entre États membres : l'invocation abusive des montants compensatoires</i> | 185 |
| & I. L'exportation « intermédiaire » vers un État membre autre que celui de destination..... | 186 |
| & II. La manipulation des montants compensatoires négatifs et positifs : l'exemple de l'arrêt <i>Vonk's Kaas</i> | 189 |
| <i>Section II. Manifestation de l'abus de droit dans le cadre des opérations d'importation/exportation entre les États membres et les États tiers : l'invocation abusive des restitutions à l'importation/exportation</i> | 191 |
| & I. L'arrêt <i>Cremer</i> : premier prise en compte du phénomène..... | 192 |
| & II. L'arrêt <i>Boterlux</i> | 193 |
| & III. L'arrêt <i>Emsland-Starke</i> | 196 |
| & IV. L'arrêt <i>Eichsfelder</i> | 201 |
| Chapitre III. L'abus de droit et la fiscalité indirecte | 205 |
| <i>Section I. Les pratiques abusives</i> | 207 |
| & I. Les conclusions de l'Avocat Général Poiares Maduro | 207 |
| & II. Les arrêts <i>Halifax</i> et <i>University of Huddersfield</i> | 209 |
| <i>Section II. Les fraudes de type « carousel »</i> | 213 |
| Chapitre IV. L'abus de droit et le droit international privé communautaire | 215 |
| <i>Section I. La licéité de principe du forum shopping</i> | 216 |

| | |
|---|------------|
| <i>Section II. La fraude à la compétence</i> | 218 |
| & I. La fraude à la compétence et les compétences dérivées (art. 6 de la Convention de Bruxelles ; art. 6 du règlement Bruxelles I) | 219 |
| & II. La fraude à la compétence et la compétence en matière contractuelle (art. 5 (1) de la Convention de Bruxelles ; art. 5 (1) du règlement Bruxelles I) | 221 |
| & III. La fraude à la compétence et les compétences exclusives (art. 16 de la Convention de Bruxelles ; art. 22 du règlement Bruxelles I) | 222 |
| & IV. La fraude à la compétence et la prorogation de compétence (art. 17 de la Convention de Bruxelles ; art. 23 du règlement Bruxelles I) | 224 |
| & V. La reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères dans le cadre de la Convention de Bruxelles et du règlement Bruxelles I | 226 |
| & VI. La fraude à la compétence dans le cadre des règlements Bruxelles II et Bruxelles II bis | 228 |
| <i>Section II. L'abus de droit en tant que limite du forum shopping ou le forum shopping malus</i> | 229 |
| & I. L'abus de droit et les actions dénégatoires | 230 |
| & II. L'abus du choix du for et les autres cas de mise en jeu de la litispendance internationale | 231 |
| & III. L'abus du choix du for et les « <i>antisuit injunctions</i> » | 233 |
| Conclusion du Titre Second | 237 |
| Conclusion de la Première Partie | 239 |
| | |
| DEUXIEME PARTIE. LES TECHNIQUES JURIDIQUES DE LUTTE CONTRE L'ABUS DE DROIT EN DROIT COMMUNAUTAIRE | 240 |
| | |
| Premier Titre. L'interdiction de l'abus de droit : délimitation du champ d'application du droit communautaire ou exception à son application ? | 245 |
| | |
| <i>Chapitre I. La réduction de l'interdiction de l'abus de droit à un simple critère de délimitation du champ d'application des libertés communautaires</i> | 247 |
| <i>Section I L'interdiction de l'abus de droit en tant qu'une « question d'interprétation » du droit communautaire</i> | 247 |
| & I. L'opérativité de l'interdiction de l'abus de droit | 247 |
| & II. L'absence d'efficacité de l'interdiction de l'abus de droit en tant que critère de délimitation du champ d'application du droit communautaire | 254 |
| <i>Section II. L'interdiction de l'abus de droit en tant que critère de délimitation du champ d'application propre à chaque liberté communautaire</i> | 257 |
| & I. Le régime proposé par la jurisprudence <i>Van Binsbergen</i> et les ajustements postérieurs | 257 |
| & II. La mise en cause de l'opérativité du critère | 262 |
| | |
| <i>Chapitre II. La recherche des substituts nationaux</i> | 265 |
| <i>Section I. L'inadaptation du recours à des instruments spécifiques du droit international privé</i> | 265 |
| & I. L'ordre public | 265 |
| & II. Les lois de police | 267 |

| | |
|--|-----|
| & III. La fraude à la loi | 268 |
| <i>Section II. La solution provisoire : le recours à la théorie des raisons impérieuses d'intérêt général</i> | 270 |
| & I. La lutte contre le comportement abusif ou frauduleux des particuliers en tant que raison impérieuse d'intérêt général | 271 |
| <i>A) Le régime pré-Centros</i> | 271 |
| <i>B) Le régime Centros</i> | 274 |
| & II. L'application des lois de police nationales en tant que raison impérieuse d'intérêt général..... | 276 |
| & III. Le contrôle des mesures nationales anti-abus en matière fiscale | 278 |
| <i>A) Les critères traditionnels</i> | 278 |
| <i>B) L'ajout de nouveaux critères</i> | 283 |
| <i>C) L'encadrement des mesures fiscales nationales par la Commission européenne</i> | 287 |
| | |
| Chapitre III. <i>La recherche d'un instrument juridique supérieur</i> | 291 |
| <i>Section I. L'intérêt du recours à l'instrument des principes généraux</i> | 291 |
| & I. Les caractéristiques des principes généraux du droit communautaire..... | 291 |
| & II. Les méthodes d'interprétation de la Cour de Justice | 298 |
| & III. Consécration des principes généraux du droit communautaire : exemples..... | 299 |
| <i>A) La responsabilité extracontractuelle de la Communauté</i> | 299 |
| <i>B) Le principe de précaution</i> | 302 |
| <i>Section II. L'utilité d'un principe général d'interdiction de l'abus de droit</i> | 304 |
| Conclusion du Premier Titre | 307 |
| | |
| Titre Second. La construction progressive d'un principe général d'interdiction de l'abus de droit..... | 309 |
| | |
| Chapitre I. <i>L'étape inductive</i> | 309 |
| <i>Section I. La notion d'abus de droit dans les ordres juridiques des États membres</i> | 309 |
| & I. Du droit romain aux codifications de la fin du XVIIIème siècle et du début du XIXème siècle | 310 |
| & II. L'abus de droit dans les systèmes juridiques des États membres | 313 |
| <i>A) La conception subjective</i> | 314 |
| 1) <i>Le cas de l'Italie</i> | 314 |
| 2) <i>Les cas de l'Autriche</i> | 319 |
| <i>B) La conception subjective tempérée</i> | 321 |
| 1) <i>Le cas de la France</i> | 321 |
| 2) <i>Le cas de la Belgique</i> | 327 |
| 3) <i>Le cas des Pays-Bas</i> | 329 |
| 4) <i>Le cas de la Roumanie</i> | 330 |
| <i>C) La conception objective</i> | 331 |
| 1) <i>Le cas de l'Allemagne</i> | 331 |
| 2) <i>Le cas de l'Espagne</i> | 336 |

| | |
|--|------------|
| D) Ignorance de la notion d'abus de droit..... | 343 |
| Section II. La position réticente du juge communautaire | 348 |
| & I. L'affaire <i>Pafitis</i> | 348 |
| & II. L'affaire <i>Kefalas</i> | 352 |
| Section III. La construction de la théorie de l'abus de droit en droit communautaire..... | 358 |
| & I. Les premiers indices : l'affaire <i>Diamantis</i> | 359 |
| & II. L'étape fondamentale : l'arrêt <i>Emsland – Starke</i> | 362 |
| & III. Le choix entre la conception subjective et la conception objective | 367 |
| & IV. Un principe dédoublé ? | 379 |
| Chapitre II. L'étape déductive | 383 |
| Section I. Le champ d'application du principe communautaire d'interdiction de l'abus de droit..... | 383 |
| & I. Considérations générales | 384 |
| & II. L'extension de la sphère des auteurs de l'abus : l'apport de l'arrêt <i>Citymo</i> | 385 |
| A) La responsabilité de la Communauté européenne pour rupture abusive des négociations précontractuelles | 386 |
| B) La violation du principe d'interdiction de l'abus de droit engage la responsabilité de la Communauté..... | 390 |
| 1) Les conditions d'invocation du principe d'interdiction de l'abus de droit..... | 391 |
| 2) Principe de bonne foi et principe d'interdiction de l'abus de droit : double facette d'un seul principe ?..... | 393 |
| 3) Abus de pouvoir, détournement de pouvoir ou abus de droit ? | 395 |
| i) L'abus de droit dans le domaine du droit public..... | 395 |
| ii) Le détournement de pouvoir dans la jurisprudence communautaire | 396 |
| Section II. L'invocabilité et la preuve de l'abus de droit..... | 398 |
| Section III. La sanction de l'abus de droit | 401 |
| Section IV. Les conséquences de la consécration du principe communautaire d'interdiction de l'abus de droit..... | 404 |
| & I. La réévaluation des conceptions nationales sur l'abus de droit suite à la jurisprudence communautaire | 405 |
| A) Le cas de la France..... | 406 |
| B) Le cas de l'Espagne..... | 413 |
| & II. L'application du principe communautaire d'interdiction de l'abus de droit au domaine du droit international privé communautaire..... | 416 |
| Conclusion du Titre Second | 421 |
| Conclusion de la Deuxième Partie..... | 423 |
| CONCLUSION GENERALE..... | 424 |
| BIBLIOGRAPHIE..... | 428 |
| TABLE DE JURISPRUDENCE..... | 438 |

| | |
|----------------------------------|------------|
| INDEX ALPHABÉTIQUE | 485 |
| RESUME DE LA THESE | 487 |
| RESUMEN DE LA TESIS | 491 |
| TABLE DES MATIERES | 495 |

