
Ghislain Londers,
Premier président de la Cour de cassation de Belgique
Co-auteurs: Sven Mosselmans et Amarylis Bossuyt,
Référendaires à la Cour de cassation de Belgique

Deux principes généraux du droit issus du droit national et du droit communautaire: l'enrichissement sans cause ou l'enrichissement injustifié et l'interdiction de l'abus de droit

Chapitre I. Introduction

1. Les principes généraux du droit sont définis comme des normes fondamentales qui sont plus ou moins implicitement présentes dans un ou plusieurs systèmes juridiques, respectivement branches du droit, que la doctrine et surtout la jurisprudence y puise et, si besoin en est, formule à nouveau eu égard aux nécessités et aux attentes de la société⁴³. Il s'agit de toute façon de normes évolutives sociétales non écrites en tant que telles et ayant une fonction d'orientation, supplétive et correctrice⁴⁴.

2. Les principes généraux du droit n'existent pas uniquement en droit interne, mais aussi en droit international e.a. dans le droit européen⁴⁵.

Au sommet de la hiérarchie des sources du droit communautaire se trouvent les normes dites de droit communautaire 'primaire', dont relèvent aussi les principes généraux du droit communautaire⁴⁶.

En vertu de l'article 220 du Traité instituant la Communauté européenne, la Cour de justice des Communautés européennes et le Tribunal de première instance (ci-après: la Cour de justice,

⁴³ R. SOETAERT, "Rechtsbeginselen en marginale toetsing in cassatie", in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Story-Scientia, 1986, 51.

Voir aussi à propos de cette invention du droit: J. GIJSELS, "Algemene rechtsbeginselen zijn nog geen recht", *R.W.* 1988-89, 1112-1114; R. SOETAERT, "Algemene rechtsbeginselen in cassatie", in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Kluwer Rechtswetenschappen, Anvers, 1991, 93-94.

⁴⁴ I. VEROUGSTRAETE, "L'application des principes généraux du droit communautaire par le juge belge", rapport fait lors des journées d'étude organisées par la Cour de cassation française les 4 et 5 décembre 2000, pouvant être consulté électroniquement sur www.courdecassation.fr/manifestations/manifestations.htm.

⁴⁵ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, "Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit", discours prononcé lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 1er septembre 1970 *Bull. et Pas.*, 1970, 46; J. MERTENS DE WILMARS, "Algemene rechtsbeginselen in het Europees recht", in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Kluwer Rechtswetenschappen, Anvers, 1991, 271-287; D. VAN EECKHOUTTE et A. VANDAELE, "Doorwerking van internationale normen in de Belgische rechtsorde", in H. VAN HOUTTE (ed.), *Themis-cahier: Internationaal en Europees recht*, Bruges, die Keure, 2002, p. 14, n° 26.

⁴⁶ K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Anvers, Maklu, 2003, p. 627-633, n° 674-681; H.G. SCHEMERS, "Algemene rechtsbeginselen als bron van gemeenschapsrecht", *S.E.W.* 1983, 514-527.

respectivement le Tribunal de première instance) «assurent le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité». La reconnaissance de ce droit sensu lato comme source du droit communautaire a permis à la Cour de justice d'appliquer les principes généraux du droit dans l'interprétation et l'application de ce droit.

La Cour applique les principes qu'elle puise, sinon de manière explicite, de manière implicite, dans les traditions juridiques des États membres⁴⁷. Ceci vaut certainement pour les principes généraux du droit privé⁴⁸.

Les principes du droit visés font partie de l'ordre juridique communautaire, de sorte que leur violation constitue «une violation du Traité ou de toute règle de droit relative à son application» au sens de l'article 230, alinéa 2, du Traité instituant la Communauté européenne⁴⁹.

3. Il convient de distinguer dans une certaine mesure les principes généraux du droit ayant une portée de droit public des principes généraux du droit en tant que source du droit privé⁵⁰.

4. Principalement en ce qui concerne les principes généraux du droit en tant que source du droit privé, se pose la question de savoir si la création du droit susvisée apparaît toujours aus-

si originale. Une jurisprudence apparemment rénovatrice dissimule en effet souvent une ancienne tradition, en ce qui concerne nos régions plus particulièrement une tradition de droit romain. Ceci amène certains auteurs à affirmer que le caractère rénovateur de la jurisprudence concernant (certains) principes généraux du droit privé est surfait⁵¹. Dans cette même optique, ils affirment qu'une modification consciente et effective des principes (les plus) traditionnels est particulièrement rare. Il s'agirait d'une réticence générale, non seulement à modifier les dispositions légales, mais aussi à toucher à des normes fondées sur une tradition extralégale⁵².

5. Cette constatation amène ensuite la question de savoir si la méthode de droit comparé que l'on applique au contenu des principes généraux du droit privé sur le *forum* international (européen, communautaire), lors de la recherche du commun dénominateur des États nationaux visés⁵³, ne ramène pas dans certains cas, de manière plus ou moins consciente, à cette même tradition d'origine.

Au fur et à mesure, le *ius commune* tel qu'il existait avant la création des États nationaux actuels ressemblerait fortement au *ius commune* que l'on obtient sur le *forum* international (euro-

⁴⁷ S. PRECHAL et T. HEUKELS, "Algemene beginselen in het Nederlandse recht en het Europese recht: een rechtsvergelijkende interactie", *S.E.W.* 1986, 287-331.

⁴⁸ Comparez: K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *o.c.*, p. 629, n° 677.

⁴⁹ C.J.C.E., 3 mai 1978, *Töpfer/Commission*, n° 112/77, *Jur.* 1978, 1019, r.o. 19.

⁵⁰ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *l.c.*, 46-47.

Voir toutefois à propos du contrôle marginal qu'impliquent ces principes généraux du droit, tant en droit public qu'en droit privé: W. VAN GERVEN, "Beginselen van behoorlijk handelen", *R.W.* 1982-83, 970-975, spécialement en ce qui concerne l'abus de droit et la condition de bonne foi.

⁵¹ M.E. STORME, "Bedenkingen bij de door het Hof van cassatie in het privaatrecht gehanteerde wijze van rechtsvinding en rechtsopvatting – tegelijk een studie van een onderschatte rechtsbron: de traditie", *T.P.R.* 1995, p. 1007-1009, n° 33.

⁵² M.E. STORME, *l.c.*, p. 1009, n° 34.

⁵³ Voir à propos de la quête du commun dénominateur: K. LENAERTS, "Le droit comparé dans le travail du juge communautaire", *R.T.D.Eur.* 2001, 487-528; J. MERTENS DE WILMARS, "Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes", *J.T.* 1991, 37-40; voir aussi: G. COHEN-JONATHAN, "Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme", in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 165-196.

péen, communautaire) lors de la recherche du commun dénominateur visé.

Dans l'évolution (1) du *ius commune* Romain d'origine vers un droit distinct des États nationaux et ensuite (2) à nouveau vers le *ius commune* européen, les États nationaux ne font office que de stade intermédiaire. Le *ius commune* d'origine et le *ius commune* finalement obtenu sont particulièrement semblables, à tout le moins en ce qui concerne certains principes généraux du droit privé. Au stade intermédiaire les États nationaux ont toutefois donné un contenu propre aux concepts de droit privé visés et en ont fait des applications répondant plus à leurs besoins concrets, fût-ce sans perdre de vue la tradition d'origine.

6. Il y a lieu maintenant, de contrôler cette hypothèse à la lumière de deux principes généraux concrets du droit privé: d'une part l'enrichissement sans cause ou sur l'enrichissement injustifié et, d'autre part, l'interdiction de l'abus de droit. Le lien évident entre ces deux principes du droit est l'équité.

Chapitre II. L'enrichissement sans cause ou l'enrichissement injustifié

7. L'enrichissement sans cause vise un état de fait qui est créé par l'enrichissement d'une personne au préjudice d'une autre personne, sans cause ou justification⁵⁴. Afin de réparer l'iniquité⁵⁵ qui en

découle, le législateur parfois, mais surtout la jurisprudence et la doctrine, ont accordé une action qui doit permettre à l'appauvri de récupérer l'enrichissement sur l'enrichi, aux conditions précisées ci-dessous et bien souvent uniquement si aucune autre action n'est possible⁵⁶.

La théorie de l'enrichissement sans cause ou de l'enrichissement injustifié émane de l'idée que les transferts de valeurs entre les patrimoines des sujets de droit supposent toujours une cause ou une justification. Il faut à tout prix éviter que l'un s'enrichisse sans cause ou justification au préjudice de l'autre. En effet, les transferts de patrimoine, pour être reconnus en droit, supposent en principe précisément une cause, un motif, à tout le moins une justification. A défaut, l'action précitée tend à réparer le déséquilibre ainsi créé. Il s'agit donc essentiellement d'une action tendant à restaurer un équilibre en vue d'obtenir une réparation par la restitution du montant le plus bas de l'enrichissement ou de l'appauvrissement par l'enrichi à l'appauvri, de sorte que le transfert de patrimoine soit annulé⁵⁷.

A. Tradition de droit romain

8. Il est incontestable que l'origine de la théorie de l'enrichissement sans cause (ou de l'enrichissement injustifié) se trouve dans le droit romain.

Déjà en droit romain on estimait que celui qui s'est enrichi sans cause ou de manière injustifiée

⁵⁴ A. VAN OEVELEN, "Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht", in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Kluwer Rechtswetenschappen, Anvers, 1991, p. 139-140, n° 36.

⁵⁵ R. KRUIHOF et W. VAN GERVEN, *Naar een Gouvernement des juges in het Belgische verbintenissenrecht en andere opstellen: hulde aan prof. dr. R. Kruihof*, Anvers, Maklu, 1992, p. 46, n° 12-13.

⁵⁶ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, *Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 31-32, n° 26, A; R. KRUIHOF, R. MOONS et C. PAULUS, "Overzicht van rechtspraak (1965-1973): Verbintenissen", *T.P.R.* 1975, p. 725-726, n° 118.

⁵⁷ E. DIRIX, "Ongerechtvaardigde verrijking in driepartijen-verhoudingen", *T.P.R.* 1981, p. 1023-1024, n° 1-2.

au préjudice d'un autre, est tenu de réparer l'iniquité qui en découle. L'action ou *actio* par laquelle la personne lésée pouvait répéter l'enrichissement, était ladite *condictio*⁵⁸. Toutefois, le droit romain n'a pas élaboré une théorie générale de l'enrichissement sans cause (ou l'enrichissement injustifié): en droit romain, cette théorie ne s'appliquait que dans certaines hypothèses très concrètes⁵⁹. Ces principes se sont développés à travers une certaine casuistique.

9. Les cas d'application qui ont donné lieu à la *condictio* dans la tradition du droit romain étaient principalement les suivants⁶⁰.

La source principale de l'enrichissement était bien le paiement indu⁶¹. Celui qui, consciemment ou pas, avait reçu quelque chose par erreur, alors que cela ne lui était pas dû, était tenu de le restituer à celui dont il l'avait reçu. Le fait même du paiement indu faisait naître l'obligation de restitution par l'*accipiens* au *solvens*⁶². Le *solvens* pouvait réclamer l'objet du paiement indu (*sensu lato*) en introduisant l'action fondée sur le paiement indu ou la *condictio indebiti*.

Outre la *condictio indebiti* fondée sur le paiement indu qui avait eu lieu par erreur, les Romains re-

connaissaient aussi la *condictio causa data causa non secuta*⁶³. Dans le cas des contrats synallagmatiques, cette *condictio* était à la disposition de la partie contractante qui avait déjà exécuté sa prestation alors que l'autre partie contractante n'a pas respecté sa contre-prestation.

Celui qui avait reçu quelque chose en vertu d'un acte juridique immoral est tout autant tenu de le restituer à celui dont il l'a reçu, eu égard à la cause immorale. L'immoralité devait toutefois être due à celui qui reçoit le paiement, cas dans lequel le *solvens* disposait de la *condictio ob turpem causam*. S'il apparaissait que l'immoralité était aussi due à la manière d'agir du *solvens*, celui-ci ne disposait plus alors de cette *condictio*, ce en vertu du principe *nemo turpitudinem suam allegans auditur*.

Une *condictio* très particulière était la *condictio furtiva*: l'action dont disposait la victime d'un vol à l'encontre du voleur. La particularité en était que cette action était à la disposition du propriétaire, alors que la règle générale était que le propriétaire ne disposait pas d'une *condictio* tant qu'il bénéficiait de la *revendicatio*, l'action de droit réel en restitution d'une chose en propriété (ce qui supposait naturellement que la chose ne se trouvait pas entre les mains du demandeur exerçant la *condictio*).

Enfin, il existait encore une *condictio* pouvant regrouper les cas restants: la *condictio sine causa (sensu stricto)*⁶⁴. Cette *condictio* ne reflétait toutefois pas davantage une théorie générale de l'enri-

⁵⁸ P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Parijs, Arthur Rousseau, 1911, 610 et s.; H. STAEDTLER, *Cours de droit romain*, Leuven, Uystpruyt, 1903, 284.

⁵⁹ C. MARR, "L'enrichissement sans cause – Un fondement d'équité sous une apparente rigueur", in S. STIJNS et P. WÉRY (eds.), *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen – Les sources d'obligations extracontractuelles*, Bruges, die keure, 2007, p. 211-212, n° 2-4.

⁶⁰ Voir notamment: J.H.A. LOKIN, *Prota – Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten*, p. 331-335, n° 61.

⁶¹ P.F. GIRARD, *o.c.*, 617-620; M.P. NOËL, "Le paiement indu", in S. STIJNS et P. WÉRY (eds.), *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen – Les sources d'obligations extracontractuelles*, Bruges, die keure, 2007, p. 103-105, n° 7-12; H. STAEDTLER, *o.c.*, 284-286.

⁶² H. DE PAGE, *o.c.*, III, p. 7, n° 2.

⁶³ P.F. GIRARD, *o.c.*, 622.

⁶⁴ P.F. GIRARD, *o.c.*, 623.

chissement sans cause (ou de l'enrichissement injustifié)⁶⁵.

La même chose valait pour l'*actio de in rem verso*, que les Romains distinguaient des *condictiones* classiques. Cette *actio de in rem verso* concernait plus particulièrement les cas dans lesquels le transfert de patrimoine ou l'enrichissement avaient lieu à la suite d'un acte juridique posé par le fait d'une personne frappée d'incapacité. En effet, au sens strict, seul le *pater familias* pouvait disposer du patrimoine familial. Si néanmoins un membre subalterne de la famille en disposait, le *pater familias* n'était pas tenu des dettes ainsi contractées, alors que par contre les créances ainsi obtenues lui appartenaient. L'*actio de in rem verso* tendait à rectifier ce déséquilibre⁶⁶.

10. Au fur et à mesure que la notion de cause a été introduite de manière plus générale dans le droit des obligations ainsi que dans le droit des contrats et que des actions plus spécifiques sont ainsi nées afin de remédier au défaut éventuel d'une cause (licite), quelques unes des *condictiones* précitées sont tombées en désuétude⁶⁷.

Ainsi, la partie contractante ayant déjà effectué sa prestation alors que l'autre partie contractante n'a pas respecté sa contre-prestation, dispose désormais d'autres possibilités⁶⁸. Dans cette mesu-

re, la *condictio causa data causa non secuta* est devenue superfétatoire. Mais, comme il apparaîtra subséquemment, elle reste présente à l'esprit, par exemple lorsque le législateur allemand traite de la *Leistungskondictiones*. Il apparaîtra aussi par la suite (à la lumière de l'arrêt réputé de la *House of Lords* de 1991 en cause de *Lipkin Gorman c./ Karpnale Ltd.*), que même les *condictio ob turpem causam* et *condictio furtiva* se maintiennent encore dans le système juridique anglo-saxon.

Surtout la *condictio indebiti*, la *condictio sine causa* (*sensu stricto*) et l'*actio de in rem verso* sont demeurées intactes.

Bien que, comme nous l'avons dit, une théorie générale n'a pas trouvé toute son application en tant que telle, l'accent a souvent été mis sur le caractère *subsidaire* de l'action en réparation des autres cas d'enrichissement sans cause (ou de l'enrichissement injustifié). Pour ces autres cas, dans lesquels le transfert de patrimoine était réellement sans cause, l'équité a donné lieu à une action (extracontractuelle) en réparation de l'équilibre.

Cette pensée traditionnelle a toujours subsisté, à travers les divers systèmes juridiques nationaux et, tel qu'il sera développé subséquemment, aussi sur le *forum* communautaire, européen.

B. Systèmes juridiques nationaux

a. Belgique et France

11. Si on examine la manière dont la théorie de l'enrichissement sans cause (ou de l'enrichissement injustifié) s'est insinuée dans les différents

⁶⁵ J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, Paris, Montchrestien, 2000, 286; C. MARR, *l.c.*, p. 211-212, n° 2.

⁶⁶ F. GORE, *L'enrichissement aux dépens d'autrui*, Paris, Dalloz, 1949, 14-19.

⁶⁷ La théorie de l'enrichissement sans cause continue toutefois à s'appliquer en vue du rétablissement de l'équilibre lors de l'annulation, de la résolution ou de la résiliation d'une convention. (Cass. 18 avril 1991, *Bull.* 1990-91, n° 431; Cass. 7 septembre 2000, *Bull.* 2001, n°447; Cass. fr. 25 mai 1992, *Bull. Civ.*, 1992, I, p. 113, n° 165; B. DE CONINCK, *l.c.*, p. 88-91, n° 44-45; C. MARR, *l.c.*, p. 226-229, n° 20-21).

⁶⁸ Voir par exemple en Belgique et en France: la possibilité de demander la résolution (en droit) de la convention moyennant dommages et intérêts, visée à l'article 1184 du C.c.

systèmes juridiques nationaux, il est clair que le droit français et le droit belge, ni davantage le droit allemand, n'ont réussi à se détacher des *actiones* du droit romain, telles que celles-ci existent de tout temps⁶⁹. Pas plus qu'en droit romain, ne se développe une théorie générale reconnue légalement. Seuls des cas d'application ponctuels ont une base légale. La théorie, ou plutôt le concept juridique de l'enrichissement sans cause, se situe entre le droit des obligations contractuelles et la figure de l'acte illicite impliquant une obligation d'indemnisation. Le concept de l'enrichissement sans cause ne peut toutefois pas compter sur un appui social aussi évident: ainsi, l'autonomie de la volonté et la notion *quid pro quo* offrent un meilleur fondement au droit des obligations contractuelles. L'obligation d'acter de manière (personnelle) responsable et la création du risque offrent un meilleur fondement à la figure de l'acte illicite. Par ailleurs, il ne semble pas tout à fait correct de considérer le concept de l'enrichissement sans cause comme un soi-disant *quasi*-contrat. Alors que le paiement indu et l'obligation de remboursement qui en résulte équivalent quant aux effets à une convention annulée ou résolue, l'enrichissement sans cause donne plutôt lieu à une demande d'indemnisation et, dès lors, à la réparation du déséquilibre qui se produit entre les patrimoines concernés.

12. En droit français et en droit belge, seule la gestion d'affaires en tant que quasi-contrat⁷⁰ et le paiement indu sont prévus par la loi et plus par-

⁶⁹ W. VAN GERVEN et S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2006, 292-296.

⁷⁰ Voir à propos de l'origine romaine du concept de la gestion d'affaires: M. J. CORNIL, *Traité élémentaire des droits réels et des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 1885, 356 et s.

ticulièrement par les articles 1372-1375, respectivement 1376-1381 du Code civil⁷¹.

Dans l'arrêt *Boudier* rendu en 1892, la Cour de cassation française a été amenée à élaborer une théorie subsidiaire de l'enrichissement sans cause outre les deux concepts précités. La Cour s'est référée à l'équité de droit romain et a utilisé les concepts encore peu précis de l'enrichissement et de l'appauvrissement⁷². En Belgique, la Cour de cassation a décidé dans le même sens dans un arrêt du 27 mai 1909: la théorie de l'enrichissement sans cause peut s'appliquer comme une théorie subsidiaire de l'équité⁷³.

Alors que, reposant sur une même base, les codes civils belge et français connaissent divers cas d'application, qui partent tous plus ou moins d'une même idée (spécialement les articles 548, 554, 555, 570, 577, 861-862, 1241, 1312, 1381, 1432-1438, 1673, 1926 en 1942⁷⁴), dans ces pays le législateur n'a pas encore instauré jusqu'à ce jour une théorie générale de l'enrichissement sans cause⁷⁵. Les concepts 'd'enrichissement sans cause' ou 'd'enrichissement injustifié' ne figurent même pas dans le code. C'est ainsi la doctrine classique qui a élaboré une théorie générale de l'enrichissement sans cause (ou de l'enrichisse-

⁷¹ Un paiement n'est indu que s'il est sans cause. Ainsi, la Cour de cassation belge a décidé qu'un paiement n'est pas indu lorsqu'il trouve sa cause dans une décision judiciaire (Cass. 16 mai 2002, *R.W.* 2002-03, 659, note signée par V. SAGAERT, "Kan een betaling in uitvoering van een rechterlijke beslissing een onverschuldigde betaling zijn?").

⁷² Cass. fr. 15 juin 1892, *D.* 1892, I, 596.

⁷³ Cass. 27 mai 1909, *Pas.* 1909, I, 272.

⁷⁴ A. VAN OEVELEN, *l.c.*, 141-142, n° 38.

⁷⁵ Il y a lieu de remarquer à cet égard que le législateur français a l'intention, dans le cadre d'une réforme globale du droit des obligations (articles 1101-1386 C.c.), de consacrer plusieurs articles à l'enrichissement sans cause: articles 1336-1339 C.c. (voir à ce propos: C. MARR, *l.c.*, p. 213, n° 6, note de bas de page 21).

ment injustifié)⁷⁶. La jurisprudence fait usage d'un principe général de droit équivalent⁷⁷. De toute façon, une (autre) partie de la doctrine faisant autorité met en garde contre le caractère délicat d'une théorie générale de l'enrichissement sans cause (ou de l'enrichissement injustifié) qui serait trop peu nuancée: l'application généralisée d'une théorie générale risque de bouleverser quelques principes de base de notre ordre juridique⁷⁸. Dans cette optique, les conditions d'application de cette théorie se sont délimitées de plus en plus concrètement⁷⁹. C'est surtout le caractère subsidiaire de la théorie, dont il a déjà été fait état ci-dessus, qui a occupé le premier plan: dès qu'une autre action peut ou a pu être exercée par l'appauvri, celui-ci ne peut plus invoquer l'enrichissement sans cause.

b. Allemagne

13. A l'époque, le législateur allemand a, par contre, tenté de reprendre les concepts de la gestion d'affaires, du paiement indu et de l'enrichissement sans cause, ainsi que les autres *condictiones* de droit romain, dans un système global qui s'étend certes sur tout le *Bürgerliches Gesetzbuch*, mais dont l'alinéa 1^{er} du § 812 résume la portée en deux phrases: quiconque obtient une chose par la prestation d'autrui sans justification léga-

le, soit par cession, soit autrement, est tenu de la restituer. Cette même obligation de restitution existe lorsque la justification légale vient à disparaître par la suite ou lorsque la cession n'a pas l'effet escompté⁸⁰.

Ainsi, deux sortes d'actions en restitution sont regroupées sous le même intitulé: d'une part, les *Leistungskondictiones*, à savoir les actions en restitution de ce qui a été donné volontairement à l'origine sur la base d'une convention existante mais annulée ou résolue par la suite, d'autre part, les *non-Leistungskondictiones* ou *Eingriffskondictiones*, soit les actions en restitution de ce qui a été obtenu à la suite d'une atteinte non autorisée et même non fautive portée au bien d'autrui.

La pratique nous indique toutefois que cette réglemmentation légale est apparue trop abstraite, dès lors la doctrine et par la suite la jurisprudence se sont vues dans l'obligation d'élaborer un système d'inspiration casuistique pour chacune de ces deux sortes d'actions⁸¹.

c. Système juridique anglo-saxon

14. Comme il est d'usage dans le système juridique anglo-saxon, il appartient à la jurisprudence de reconnaître au cas par cas la théorie de l'*unjustified enrichment*. L'arrêt réputé de la *House of Lords* de 1991 en cause de *Lipkin Gorman c./ Karpnale Ltd.*, a finalement consacré l'acceptation quasi générale de la théorie⁸². Lors du traitement

⁷⁶ AUBRY et C. RAU, revus par P. ESMEIN, *Droit civil français*, VI, Paris, L.T. Juris-Classeurs, 1951, p. 387, note de bas de page 1.

⁷⁷ Ph. CLAEYS BOUUAERT, "Algemene beginselen van recht – Vijftien jaar rechtspraak van het Hof van cassatie", *R.W.* 1986-1987, col. 991, n° 7.3; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *l.c.*, 107-111. Voir par exemple en Belgique: Cass. 18 avril 1991, *Bul.* 1990-91, n°431; Cass. 7 septembre 2001, *Bul.* 2001, n°447.

⁷⁸ H. DE PAGE, *o.c.*, III, p. 33-34, n° 26, B; J. BOULANGER, M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité de droit civil*, II, *Obligations – Droits réels*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1957, p. 482-484, n° 1269-1275; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, VII, *Obligations*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1954, p. 47-51, n° 752.

⁷⁹ P. DRAKIDIS, "La subsidiarité, caractère spécifique et international de l'action d'enrichissement sans cause", *Rev. trim. dr. civ.* 1961, 577-615.

⁸⁰ K. ZWEIFERT et H. KÖTZ, *An introduction to comparative law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 540.

⁸¹ R. ZIMMERMAN, *The law of obligations – Roman foundations of the German tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1990, 889-891.

⁸² Voir notamment à propos de ce cas: J. BEATSON et E.J.H. SCHRAGE, *Unjustified enrichment – Casebook on the common law of Europe*, Oxford, Hart, 2003, 34-35; V. SAGAERT, "Ongerechtvaardigde verrijking en gewijzigde omstandigheden", *T.P.R.* 2001, 585 et s.

de ces cas, il y avait lieu de répondre aux quatre questions suivantes: (1) savoir si le défendeur s'est enrichi, (2) savoir si cet enrichissement a eu lieu au préjudice d'autrui, (3) savoir si cet enrichissement était injuste et (4) savoir si le défendeur peut invoquer un moyen de défense sérieux. A cet égard il ne suffit pas de démontrer que le transfert de patrimoine vers le défendeur n'avait pas de base légale. Si le demandeur veut aboutir dans sa demande tendant au rétablissement de l'équilibre, il doit démontrer que son cas rejoint un des fondements admis du rétablissement de l'équilibre: ces fondements sont en général basés sur la nature involontaire ou particulière du consentement du demandeur en cas de transfert de patrimoine, sur l'attitude inconsciente du défendeur lors de la réception du transfert de patrimoine, ou sur l'une ou l'autre norme sociale fondamentale contraignant au rétablissement de l'équilibre⁸³.

En ce qui concerne la quatrième question, le défendeur peut invoquer divers moyens de défense, dont les principaux sont: *change of position*, *estoppel*, *bona fide purchase*, *receipt as agent*, *impossibility of restitutio in integrum (or counterrestitution impossible)*, *passing on*, *illegality*, *incapacity and limitation*⁸⁴. L'existence de ces moyens de défense va de pair avec une théorie assez générale de l'enrichissement sans cause ou de l'enrichissement injustifié. Ils tendent à maintenir dans des limites raisonnables le rétablissement de l'équilibre fondé sur l'équité.

d. Pays-Bas

15. Lors de la rédaction du nouveau Code civil néerlandais, le législateur néerlandais a mené

d'amples discussions quant à la formulation générale ou non de l'enrichissement sans cause ou de l'enrichissement injustifié. La question qui se posait à ce propos était de savoir si l'on maintenait les cas d'application énumérés spécifiquement dans l'ancien code, ou s'il était nécessaire d'incorporer une disposition générale dans le nouveau code⁸⁵.

Ces débats ont finalement abouti à une disposition générale dans le nouveau Code civil néerlandais: article 6:212, dont l'alinéa 1^{er} dispose que celui qui s'est enrichi de manière injustifiée au détriment d'autrui est tenu, dans la mesure du raisonnable, d'indemniser son dommage à concurrence du montant de son enrichissement⁸⁶. On dispose ainsi au Pays-Bas non seulement d'une disposition légale générale concernant la gestion d'affaires et le paiement indu, mais aussi concernant l'enrichissement sans cause ou l'enrichissement injustifié. Il est remarquable que le législateur néerlandais n'a pas reconnu un caractère subsidiaire à cette disposition.

Par ailleurs, soulignons que dans les alinéas 2 et 3 de la disposition précitée, le législateur néerlandais aborde à ce qui correspond dans le système anglo-saxon au moyen de défense basé sur la *change of position*⁸⁷, dont il a été question ci-dessus. L'alinéa 2 de l'article 2:212 du Code civil néerlandais dispose, en effet, que dans la mesure

⁸³ J. BEATSON et E.J.H. SCHRAGE, *o.c.*, 32.

⁸⁴ J. BEATSON et E.J.H. SCHRAGE, *o.c.*, 33-34.

⁸⁵ J. BEATSON et E.J.H. SCHRAGE, *o.c.*, 58-62; E.J.H. SCHRAGE, "Unjustified enrichment – Recent Dutch developments from a comparative and historical perspective", *Nederlandse International Law Review* 1999, 57-87, spécialement 58-65.

⁸⁶ Voir en outre: C. ASSER et A.S. HARTKAMP, *Verbintenissenrecht – Verbintenis uit de wet*, Deventer, Kluwer, 2006, p. 364 et s., n° 349 et s.

⁸⁷ Voir notamment: P. KEY, "Change of position", *Mod. L.R.* 1995, 505-522; R. NOLAN, "Change of position", in P. BIRKS (ed.), *Laundering and tracing*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 135-189; G. VIRGO, *The principles of the law of restitution*, Oxford, Oxford University press, 1999, 709-732.

où il est réduit à la suite d'une circonstance qui ne peut être imputée à l'enrichi, l'enrichissement n'est pas pris en considération. Le troisième alinéa poursuit en disposant que si l'enrichissement est réduit au cours de la période dans laquelle l'enrichi ne devait pas tenir compte raisonnablement d'une obligation d'indemniser le dommage, cette réduction ne lui est pas imputée. En outre, il est également tenu compte lors de la détermination de cette réduction des dépenses qui n'auraient pas été consenties en l'absence d'enrichissement.

e. Moyen de défense fondé sur des circonstances modifiées après le transfert de patrimoine ou l'enrichissement

16. Le moyen de défense précité *change of position* requiert quelques développements, fût-ce pour souligner une fois de plus le lien avec la tradition de droit romain.

Une partie de la doctrine accentue le point de vue que l'enrichissement doit être apprécié au moment du transfert de patrimoine⁸⁸. L'idée que l'enrichissement doit être envisagé au moment de l'introduction de l'action tendant au rétablissement de l'équilibre, est rejetée comme étant intenable pour plusieurs motifs. Non seulement un tel point de départ se heurterait à la nature purement personnelle de l'action fondée sur l'enrichissement sans cause ou l'enrichissement injustifié⁸⁹. En outre, une incohérence verrait le jour dans la structure de la théorie de l'enrichissement sans cause ou de l'enrichissement injustifié en comparaison notamment avec des figures simi-

laires telle que l'action fondée sur la gestion d'affaires ou sur le paiement indu: dans ces cas c'est le moment de la gestion d'affaires, respectivement du paiement indu qui prime.⁹⁰ Enfin, d'un point de vue pragmatique, il n'est pas davantage souhaitable de se fonder sur l'idée que l'enrichissement doit encore exister au moment de l'introduction de l'action: en effet, l'enrichi pourrait être amené à faire disparaître d'une manière ou d'une autre l'objet de l'enrichissement⁹¹.

Sous l'impulsion de la tradition de droit romain, une correction cruciale de ce point de départ s'impose toutefois de plus en plus: la partie enrichie peut-elle, comme moyen de défense contre une action en rétablissement de l'équilibre à l'occasion d'un enrichissement sans cause ou d'un enrichissement injustifié, invoquer des circonstances qui se sont produites après l'enrichissement et par lesquelles il s'est réduit ou a finalement même disparu? Il est évident que le cas échéant, il doit s'agir de circonstances préalables à l'action en rétablissement de l'équilibre. Toutefois, précisément parce que l'action fondée sur l'enrichissement sans cause vise un rétablissement de l'équilibre et non une simple indemnisation, il est indiqué d'apprécier l'enrichissement au moment de l'introduction de l'action.

Comme il a déjà été dit ci-dessus, le droit anglosaxon admet le moyen de défense visé, en plus d'autres moyens de défense, fût-ce sous certaines conditions. D'ailleurs, la question du moyen de défense était primordiale dans l'arrêt précité de la *House of Lords* de 1991 en cause de *Lipkin Gorman c. Karpnale Ltd*. Le nouveau Code civil néer-

⁸⁸ V. SAGAERT, *l.c.*, p. 593-594, n° 9.

⁸⁹ V. SAGAERT, *l.c.*, p. 589-590, n° 6.

⁹⁰ V. SAGAERT, *l.c.*, p. 590-592, n° 7.

⁹¹ V. SAGAERT, *l.c.*, p. 592-593, n° 8.

landais tient lui aussi compte, aux alinéas 2 et 3 de l'article 6:212 précité du moyen de défense visé. Cela vaut aussi en Allemagne, où s'applique le § 818, alinéa 3, du BGB, connu sous la dénomination *Wegfall des Bereicherung*: l'obligation de rétablir l'équilibre est exclue si l'enrichissement a disparu⁹².

Suivant les normes traditionnelles françaises, ce qui constitue une exception dans les systèmes juridiques précités serait plutôt le point de départ: en premier lieu il faut apprécier l'enrichissement au moment de l'action en rétablissement de l'équilibre et, selon certains, même au moment de la décision⁹³. Seulement si et dans la mesure où l'enrichissement est encore présent à ce moment dans le patrimoine de l'enrichi, l'action (la *condictio sine causa* et l'action de *in rem verso*) peut être accueillie: *non est verum si non durat versum*⁹⁴. Si entre-temps l'enrichi a déjà fait disparaître l'objet du transfert de patrimoine, les

conditions d'application pour accueillir la demande ne sont pas réunies. La disparition de l'objet du transfert de patrimoine avant l'introduction de cette action (ou la décision judiciaire) constituerait même un empêchement au rétablissement de l'équilibre si la disparition a eu lieu contre la volonté du demandeur⁹⁵, sauf en cas de fraude: *fraus omnia corrumpit*. Cette approche repose sur l'idée que l'enrichissement sans cause ou l'enrichissement injustifié en tant que tel ne tend pas à l'indemnisation, mais vise plutôt à rétablir le déséquilibre causé par le transfert de patrimoine⁹⁶.

17. La question précitée d'une correction en fonction du moment auquel il y a lieu d'apprécier le transfert de patrimoine, illustre le rôle indénié que continue à jouer la tradition de droit romain. La figure de l'enrichissement sans cause ou de l'enrichissement injustifié tend surtout à un rétablissement de l'équilibre. A travers les différents systèmes juridiques il apparaît que cette tradition est particulièrement tenace, même si une partie de la doctrine⁹⁷ plaide de manière très convaincante⁹⁸ en faveur du point de vue qu'il y a lieu d'apprécier l'enrichissement au moment du transfert de patrimoine, ce qui n'empêche toutefois pas que, sous certaines conditions, la jurisprudence doit permettre certaines excep-

⁹² A. FLESSNER, "Wegfall der Bereicherung – Rechtsvergleichung und Kritik", *Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht*, Berlin, de Gruyter, 1970, 4-35; K. LARENZ et C. W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, München, Beck, 1994, 294-306; B.S. MARKESINIS, W. LORENZ et G. DANNEMAN, *The German law of obligations*, I, *The law of contracts and restitution: a comparative introduction*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 762-767; O. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, Verlag C.H. Beck, 1999, 933-936; B. RENGIER, "Wegfall der Bereicherung", *AcP* 1977, 418-451. Cela vaut aussi en Suisse, où s'applique l'article 64 du Code des obligations.

⁹³ Voir notamment: A. BENABENT, *La chance et le droit*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 110, n° 143; C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, IXbis, Paris, Rousseau, 1952, p. 372-373, n) 1758; J. FLOUR et J. L. AUBERT, *Les obligations*, II, *Les faits juridiques*, Paris, Dalloz, 1999, p. 56, n) 58; F. GORE, *L'enrichissement aux dépens d'autrui*, Paris, Dalloz, 1949, p. 64, n° 63 en p. 313, n° 299; J. RENARD, "L'action de l'enrichissement sans cause dans le droit moderne français", *Rev. trim. dr. civ.* 1920, 251; A. ROUAST, "L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile", *Rev. trim. dr. civ.* 1922, p. 54, n° 11; B. STARCK, *Droit civil – Obligations*, Parijs, L.T. Cour de Cassation, 1972, p. 685, n° 2306.

Il faut préciser à cet égard que le moyen de défense visé est moins connu en droit belge (V. SAGAERT, *l.c.*, p. 601-604, n° 18-21).

⁹⁴ R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, II, Bruxelles, Standaard, 1971, p. 183, n° 371; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, I, Anvers, Standaard, 1948, p. 533, n° 360; *Pand. B.*, v° *Action de in rem verso*, Bruxelles, Larcier, 1881, col. 492, n° 32.

Voir aussi: F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, 1876, XVII, p. 527-528, n° 541.

⁹⁵ Cass. fr. 23 novembre 1908, *D.* 1912, I, 217, note signée G. RIPERT; J. RENARD, *l.c.*, 251; A. ROUAST, *l.c.*, p. 54, n° 11.

⁹⁶ M. DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Paris, Economica, 1997, p. 270, n° 120; A. ROUAST, *l.c.*, p. 54, n° 11.

⁹⁷ Voir aussi: H. DE PAGE, *o.c.*, III, 593.

⁹⁸ Notamment: la nature purement personnelle de l'action fondée sur l'enrichissement sans cause ou sur l'enrichissement injustifié; la cohérence requise entre la théorie de l'enrichissement sans cause ou de l'enrichissement injustifié notamment en comparaison avec les figures similaires relatifs à l'action fondée sur la gestion d'affaires ou fondée sur le paiement indu (où prime à chaque fois le moment de la gestion d'affaires respectivement du paiement indu); la nécessité de ne pas inciter l'enrichi à faire disparaître l'objet du transfert de patrimoine.

tions et notamment les exceptions au bénéfice de l'enrichi. Le fondement de ces exceptions peut être puisé dans la théorie de la confiance légitime et éventuellement dans l'interdiction de l'abus de droit.

De cette manière la théorie de l'enrichissement sans cause ou de l'enrichissement injustifié *sensu lato* acquiert un caractère équilibré. Tant l'intérêt de l'appauvri que l'intérêt de l'enrichi sont pris en considération: d'une part, l'intérêt de la personne injustement appauvrie qui a en principe droit à un rétablissement de l'équilibre et d'autre part, l'intérêt de l'enrichi qui avait une confiance légitime dans le maintien de l'enrichissement de son patrimoine⁹⁹ et qui a éventuellement posé d'autres actes juridiques relatifs au patrimoine ainsi enrichi, fort de cette confiance.

18. Cette «étude relative au moyen de défense fondé sur la *change of position* démontre en tout cas à quel point il est difficile de se libérer d'une conception traditionnelle de droit romain. Le droit romain n'ayant pas élaboré une théorie générale de l'enrichissement sans cause (ou de l'enrichissement injustifié), les systèmes juridiques inspirés du droit romain ont beaucoup de difficultés à élaborer par eux-mêmes une théorie générale. Les systèmes juridiques dans lesquels semble émerger une théorie générale reprennent des caractéristiques inévitables du droit romain.

C. Ordre juridique communautaire

19. Les mêmes caractéristiques de droit romain se retrouvent dans l'ordre juridique communautaire qui reconnaît l'enrichissement sans cause

(ou l'enrichissement injustifié) en tant que principe général du droit¹⁰⁰.

Suivant la jurisprudence constante du Tribunal de première instance et de la Cour de justice, le juge national peut et doit veiller à ce que la protection des droits garantis par l'ordre communautaire n'aboutisse pas à un enrichissement injustifié des ayants droits¹⁰¹.

Les cas qui entraîneraient un enrichissement injustifié des institutions communautaires sont tout aussi inadmissibles. Ainsi, le Tribunal de première instance a décidé en 2001 dans la cause *Corus UK* que, eu égard au principe général de l'enrichissement sans cause ou de l'enrichissement injustifié, les intérêts doivent également être restitués lors du remboursement par la Commission européenne d'une amende induë¹⁰².

Dans son arrêt du 16 novembre 2006, le Tribunal de première instance a décidé que, suivant les principes généraux du droit qui sont communs aux États membres, l'action fondée sur l'enrichissement injustifié ne peut être introduite lorsque l'avantage de l'enrichi ou de l'intéressé est justifié par un contrat ou par une obligation légale¹⁰³. Par ailleurs, suivant les mêmes principes, de telles actions ne peuvent être introduites que

⁹⁹ V. SAGAERT, *l.c.*, p. 611-628, n° 26-37.

¹⁰⁰ C.J.C.E. 10 juillet 1990, Grèce/Commission, C-259/87, *Jur.* 1990, I-2845, r.o. 26; Trib. 1^{ère} inst., 10 octobre 2001, *Corus UK*/Commission, T-171/99, *Jur.* 2001, II-2967, r.o. 55; Trib. 1^{ère} inst. 3 avril 2003, *Vieira en Vieira Argentinale* Commission, T-44/01, T-119/01 en T-126/01, *Jur.* 2003, II-1209, r.o. 86.

¹⁰¹ C.J.C.E. 4 octobre 1979, *Ireks-Arkady/Conseil* et Commission, 238/78, *Jur.* 1979, 2955, r.o. 14; C.J.C.E. 21 septembre 2000, *Michailidis*, C-441/98 en C-442/98, *Jur.* 2000, I-7145, r.o. 31; C.J.C.E. 20 septembre 2001, *Courage et Crehan*, C-453/99, *Jur.* 2001, I-6297 r.o. 30; C.J.C.E. 13 juillet 2006, *Manfredi*, causes jointes C-295/04 et C-298/04, *J.T.D.E.*, 2007, 19.

¹⁰² Trib. 1^{ère} Instance, 10 octobre 2001, *Corus UK*/Commission, T-171/99, *Jur.* 2001, II-2967, r.o. 55-56.

¹⁰³ Trib. 1^{ère} instance, 16 novembre 2006, *Masdar*, T-333/03, pas encore publié in *Jur.*

de manière subsidiaire, c'est-à-dire si l'appauvri ne dispose d'aucune autre action pour obtenir ce qui lui est dû. Dès lors qu'en l'espèce, l'enrichissement éventuel de la Commission ou l'appauvrissement du demandeur résulte d'un contexte contractuel, il ne peut, suivant le Tribunal, être considéré comme étant injustifié.

Le concept de l'enrichissement injustifié se retrouve aussi explicitement dans la législation communautaire, entre autre dans l'article 54 du Règlement 40/94 du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire et dans l'article 26 du Règlement 6/2002 du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires¹⁰⁴.

20. Il y a lieu de souligner à ce stade, que le Tribunal de première instance et la Cour de justice ne développent pas une théorie propre de l'enrichissement sans cause ou de l'enrichissement injustifié dans leur jurisprudence. La jurisprudence communautaire met en oeuvre le droit national à cet égard, pour autant que ce droit national réponde au commun dénominateur puisé dans le droit national des pays membres. Tel qu'il ressort de l'arrêt précité du 16 novembre 2006 du Tribunal de première instance, l'enrichissement sans cause ou l'enrichissement injustifié a un caractère subsidiaire.

A défaut de règles communautaires spécifiques dans ce domaine, les États membres doivent dé-

finir eux-mêmes les conditions d'application de l'enrichissement injustifié, avec comme conséquence possible que ces conditions divergent dans les différents systèmes juridiques pour autant qu'elles peuvent (un tant soit peu) être ramenées au commun dénominateur¹⁰⁵.

Ces conditions d'application doivent ainsi, comme nous le verrons ultérieurement, répondre aux principes d'égalité et d'efficacité.

a. Commun dénominateur

21. Le commun dénominateur du concept de l'enrichissement sans cause ou de l'enrichissement injustifié pourrait être résumé comme suit: il y a enrichissement sans cause ou enrichissement injustifié lorsque le patrimoine d'une personne s'enrichit au préjudice du patrimoine d'une autre personne sans cause ni justification. Dans un tel cas, l'équité, et plus précisément, la nécessité de s'opposer à un enrichissement inique ou injustifié, impose qu'une action en rétablissement de l'équilibre puisse être exercée.

Une cause (*causa*) ou une justification existe dès qu'une (autre) base légale se présente, à savoir une obligation contractuelle¹⁰⁶ ou une obligation naturelle¹⁰⁷. Une cause ou une justification peuvent aussi se retrouver dans la volonté propre de l'appauvri.

Comme il a été dit ci-dessus, ce concept juridique fait l'objet dans certains pays (d'une tentative) de réglementation générale abandonnant

¹⁰⁴ *J.O. L* 11 du 14 janvier 1994, respectivement *J.O. L* 3 du 5 janvier 2002. En vertu de ces dispositions et sans préjudice des dispositions nationales concernant les actions en indemnisation du dommage causé par la négligence ou la mauvaise foi du détenteur de la marque ou concernant l'enrichissement injustifié, l'effet rétroactif de la déchéance ou de la nullité de la marque ou du modèle communautaire est sans influence sur une décision rendue sur une infraction qui a acquis force de chose jugée ou qui a été exécutée avant les déchéances ou l'annulation, ni sur une convention conclue avant les déchéances ou l'annulation, pour autant qu'elle ait été exécutée avant cette déclaration.

¹⁰⁵ J. BEATSON et E.J.H. SCHRAGE, *o.c.*, 11.

¹⁰⁶ Par exemple (Belgique): Gand 24 septembre 1997, *A.J.T.* 1997, 60.

¹⁰⁷ Trib. 1ère instance 16 novembre 2006, Masdar, T-333/03, pas encore publié in *Jur.*

(ou mettant éventuellement en question¹⁰⁸) même le caractère subsidiaire traditionnel. Quoiqu'il en soit, l'action fondée sur l'enrichissement sans cause ou l'enrichissement injustifié constitue un principe général du droit¹⁰⁹, qui est appliqué dans de nombreux cas dans divers systèmes juridiques.

Les quatre conditions d'application traditionnelles¹¹⁰ sont: (1) l'enrichissement d'un des patrimoines¹¹¹, (2) l'appauvrissement de l'autre patrimoine¹¹², (3) un lien de causalité entre les deux et (4) le défaut de cause ou de justification pour l'enrichissement et pour l'appauvrissement¹¹³. Le caractère subsidiaire peut, mais ne doit pas nécessairement, constituer la cinquième condition d'application¹¹⁴.

Si les conditions d'application sont remplies, le transfert de patrimoine ou l'enrichissement doivent être annulés. L'appauvri dispose, à cette fin, d'une action en rétablissement de l'équilibre.

22. Ce commun dénominateur se fonde sur la tradition de droit romain développée ci-dessus

¹⁰⁸ B. DE CONINCK, "À titre subsidiaire, l'enrichissement sans cause", in P. WÉRY, *La théorie générale des obligations – suite*, Formation C.U.P., Liège, 2002, p. 81-86, n° 36-42; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Anvers, Kluwer, 1984, n° 314.

¹⁰⁹ Voir par exemple (Belgique): Cass. 17 novembre 1983, Bull. et Pas. 1983-1984, n° 149.

¹¹⁰ B. DE CONINCK, *L.c.*, p. 57-86, n° 3-42; C. MARR, *L.c.*, p. 214-240, n° 7-32; A. VAN OEVELEN, *L.c.*, p. 140, n° 37.

¹¹¹ Cet enrichissement peut consister dans un accroissement du patrimoine, mais aussi dans la disparition ou la réduction d'une obligation; il peut aussi s'agir d'un enrichissement immatériel.

¹¹² L'appauvrissement peut consister dans un appauvrissement patrimonial, mais peut tout aussi bien consister en un effort qui est fait (obligation).

¹¹³ H. DE PAGE, *o.c.*, III, p. 45-54, n° 36-40; R. DEKKERS, *o.c.*, II, p. 179-182, n° 314-315; R. KRUITHOFF, R. MOONS et C. PAULUS, *L.c.*, p. 726-728, n° 119-122.

¹¹⁴ H. DE PAGE, *o.c.*, III, p. 41-44, n° 33; R. DEKKERS, *o.c.*, II, p. 182, n° 316; R. KRUITHOFF, R. MOONS et C. PAULUS, *L.c.*, p. 728-730, n° 123; C. MARR, *L.c.*, p. 232-240, n° 24-32.

et trouve, dans une certaine mesure, une reconnaissance sur le *forum* communautaire, européen.

La jurisprudence communautaire s'est concentrée plus particulièrement sur trois applications de l'enrichissement sans cause ou de l'enrichissement injustifié qui seront successivement précisées ci-dessous:

- (1) l'enrichissement injustifié à la suite de la demande de restitution d'un impôt ou d'une taxe payée en violation du droit communautaire,
- (2) l'enrichissement injustifié à la suite d'une aide communautaire accordée de manière induue,
- (3) l'enrichissement injustifié d'une institution communautaire, par exemple à la suite de la perception d'une amende induue.

b. Impôt ou taxe payée en violation du droit communautaire

23. Lorsqu'un État membre impose et perçoit, en violation du droit communautaire, un impôt ou une taxe, un droit subjectif à la restitution naît dans le chef du redevable. Le justiciable européen puise ce droit à la restitution directement dans le droit communautaire. Toutefois, ce droit à la restitution ne peut pas lui procurer un enrichissement injustifié suivant la jurisprudence constante du Tribunal de première instance et de la Cour de justice¹¹⁵.

¹¹⁵ C.J.C.E., 21 septembre 2000, *Michailidis*, C-441/98 et C-442/98, *Jur.* 2000, I-7145, r.o. 31; Conclusions de l'avocat général L.A. Geelhoed (C.J.C.E. 9 décembre 2003, Italie/Commission, C-129/00, *Jur.* 2003, I-1637), r.o. 68.

Tout État membre est en principe tenu de restituer immédiatement tout impôt ou taxe perçus en violation du droit communautaire¹¹⁶. L'obligation de restitution découle notamment de la nécessité économique de remédier à la perturbation des rapports de concurrence occasionnée par la perception d'un impôt ou d'une taxe irréguliers¹¹⁷.

Toutefois, une exception s'impose: un État membre peut rejeter une action en restitution lorsqu'il constate que l'impôt ou la taxe n'était finalement pas payé par le demandeur, mais (fût-ce partiellement¹¹⁸) par un autre justiciable européen et que le remboursement au demandeur constituerait ainsi un enrichissement injustifié. En effet, il est inadmissible qu'à la suite de son action en remboursement, le demandeur s'enrichisse à son tour de manière injustifiée.

Comme il a été dit ci-dessus, les États membres déterminent eux-mêmes les conditions d'application de l'enrichissement injustifié. La Cour de justice a toutefois précisé que ces conditions d'application ne peuvent être moins favorables que celles sur la base desquelles un État membre pourrait rejeter une action en remboursement d'impôts et de taxes perçus en violation du droit national (**principe d'égalité**).

¹¹⁶ C.J.C.E. 14 janvier 1997, *Comateb* et autres, causes jointes C-192/95 jusques et y compris C-218/95, *Jur.* 1997, I-165, r.o. 20; C.J.C.E. 8 mars 2001, *Metallgesellschaft* et autres, C-397/98 et C-410/98, *Jur.* 2001, I-1727, r.o. 84; C.J.C.E. 11 juillet 2002, *Marks & Spencer*, C-62/00, *Jur.* p. I-6325, r.o. 30; C.J.C.E. 2 octobre 2003, *Weber's Wine World*, C-147/01, *Jur.* 2003, I-11365, r.o. 93 (et les conclusions de l'avocat général F. Jacobs).

¹¹⁷ Conclusions de l'avocat général L.A. Geelhoed (C.J.C.E. 9 décembre 2003, Italie/Commission, C-129/00, *Jur.* 2003, I-1637), r.o. 70.

¹¹⁸ C.J.C.E. 14 janvier 1997, *Comateb* et autres, causes jointes C-192/95 jusques et y compris C-218/95, *Jur.* 1997, I-165, r.o. 27-28; C.J.C.E. 21 septembre 2000, *Michailidis*, C-441/98 et C-442/98, *Jur.* 2000, I-7145, r.o. 33; C.J.C.E. 2 octobre 2003, *Weber's Wine World*, C-147/01, *Jur.* 2003, I-11365, r.o. 94.

La Cour de justice a précisé par ailleurs que ces conditions d'application ne peuvent rendre excessivement difficile ou impossible l'exercice du droit subjectif au remboursement accordé par le droit communautaire (**principe d'efficacité**)¹¹⁹.

Cette jurisprudence a pour objectif d'assurer aux justiciables européens, en l'absence de dispositions communautaires spécifiques en la matière, une protection juridique effective contre l'administration nationale dans le cadre de l'exercice des droits qui leur sont conférés par le droit communautaire et, plus généralement, de garantir l'effet utile du droit communautaire. Les États membre doivent dès lors éliminer les obstacles de nature procédurale pouvant entraver cette finalité¹²⁰.

La question se pose évidemment de savoir dans quelles conditions il y a lieu de considérer que la personne ayant finalement supporté l'impôt ou la taxe n'est pas le demandeur réclamant le remboursement mais un autre justiciable européen et, en d'autres termes, quand le remboursement fait au demandeur impliquerait un enrichissement injustifié.

Une interprétation restrictive semble s'imposer lorsqu'il s'agit d'une limitation d'un droit subjectif (de droit communautaire). La Cour de justice a précisé en l'espèce que la répercussion d'un impôt ou d'une taxe sur le consommateur (final) ne neutralise pas nécessairement les effets économiques de l'impôt ou de la taxe pour l'assujetti¹²¹. Il convient de relever à cet égard que, même si les

¹¹⁹ C.J.C.E. 9 février 1999, C-343/96, *Dilexport*, *Jur.* 1999, I-579.

¹²⁰ Conclusions de l'avocat général L.A. Geelhoed (C.J.C.E. 9 décembre 2003, Italie/Commission C-129/00, *Jur.* 2003, I-1637), r.o. 87.

¹²¹ C.J.C.E. 2 octobre 2003, *Weber's Wine World*, C-147/01, *Jur.* 2003, I-11365, r.o. 95.

taxes indirectes sont, dans la législation nationale, conçues pour être répercutées sur le consommateur final et même si, habituellement, dans le commerce, ces taxes indirectes sont partiellement ou totalement répercutées, on ne peut pas affirmer d'une manière générale que dans tous les cas la taxe est effectivement à charge du tiers. En effet, la répercussion dépend de plusieurs facteurs qui entourent chaque transaction commerciale et la différencient d'autres cas situés dans d'autres contextes. En conséquence, la question de la répercussion constitue une question de fait qui relève de la compétence du juge national qui est libre dans l'appréciation des preuves¹²². Dans cette même optique, la Cour de justice poursuit que même dans l'hypothèse où il est établi que la charge de l'impôt ou de la taxe levée à tort a été répercutée, en tout ou en partie, sur l'acheteur, le remboursement à l'assujetti du montant ainsi répercuté n'entraîne pas nécessairement l'enrichissement injustifié de ce dernier¹²³. L'assujetti peut par exemple subir un préjudice financier du fait de la diminution du volume des ventes¹²⁴. C'est pourquoi à la suite du remboursement d'un impôt ou d'une taxe perçus en violation du droit communautaire, l'enrichissement injustifié ne peut être constaté qu'après une analyse économique du cas concret.

Le droit communautaire ne permet pas qu'un État membre refuserait de rembourser à l'assujetti un impôt ou une taxe perçus en violation du

droit communautaire pour le seul motif que ceux-ci ont été pris en compte dans le prix final payé par le consommateur. Comme il a déjà été dit, ce n'est pas parce que l'impôt ou la taxe est répercuté sur le consommateur final que son remboursement entraînerait par définition l'enrichissement injustifié de l'assujetti.

Dès lors, il faut chaque fois examiner concrètement ce qu'implique l'enrichissement¹²⁵. Seul un enrichissement effectivement injustifié peut faire obstacle au droit au remboursement¹²⁶. Il appartient au juge national de l'apprécier au cas par cas¹²⁷. Le remboursement ne peut être refusé¹²⁸ que dans le cas où il est établi que l'impôt ou la taxe visés ont été supportés, en tout ou en partie, par une personne autre que l'assujetti et que le remboursement entraînerait un enrichissement injustifié. A ce propos, il doit être clair qu'en ce qui concerne l'administration de la preuve, les États membres ne peuvent avoir recours à une présomption de répercussion finale et donc d'enrichissement injustifié¹²⁹.

Lorsqu'un État membre invoque que le remboursement qui lui est réclamé entraînerait un enrichissement injustifié, il est tenu de le démontrer *in globo*. Selon l'avocat général Geelhoed, le moyen de défense de cet État membre doit notamment

¹²² C.J.C.E. 25 février 1988, *Bianco et Girard*, 331/85, 376/85 et 378/85, *Jur.* 1988, 1099, r.o. 17 et 20.

¹²³ C.J.C.E. 14 janvier 1997, *Comateb et autres*, causes jointes C-192/95 jusques et y compris C-218/95, *Jur.* 1997, I-165, r.o. 29; C.J.C.E. 21 septembre 2000, *Michailidis*, C-441/98 et C-442/98, *Jur.* 2000, I-7145, r.o. 34.

¹²⁴ C.J.C.E. 14 janvier 1997, *Comateb et autres*, causes jointes C-192/95 jusques et y compris C-218/95, *Jur.* 1997, I-165, r.o. 31; C.J.C.E. 21 septembre 2000, *Michailidis*, C-441/98 et C-442/98, *Jur.* 2000, I-7145, r.o. 38.

¹²⁵ C.J.C.E. 2 octobre 2003, *Weber's Wine World*, C-147/01, *Jur.* 2003, I-11365, r.o. 101-102.

¹²⁶ Conclusions de l'avocat général L.A. Geelhoed (C.J.C.E. 9 décembre 2003, *Italie/Commission*, C-129/00, *Jur.* 2003, I-1637), r.o. 84.

¹²⁷ C.J.C.E. 14 janvier 1997, *Comateb et autres*, causes jointes C-192/95 jusques et y compris C-218/95, *Jur.* 1997, I-165, r.o. 23; C.J.C.E. 21 septembre 2000, *Michailidis*, C-441/98 et C-442/98, *Jur.* 2000, I-7145, r.o. 32.

¹²⁸ C.J.C.E. 21 septembre 2000, *Michailidis*, C-441/98 et C-442/98, *Jur.* 2000, I-7145, r.o. 33.

¹²⁹ Conclusions de l'avocat général L.A. Geelhoed (C.J.C.E. 9 décembre 2003, *Italie/Commission*, C-129/00, *Jur.* 2003, I-1637), r.o. 89; C.J.C.E. 9 novembre 1983, 199/82, *San Giorgio*, *Jur.* 1983, 3595; C.J.C.E. 9 décembre 2003, *Italie/Commission*, C-129/00, *Jur.* 2003, I-1637, r.o. 38.

répondre aux conditions suivantes: (1) il supporte la charge de la preuve, (2) il doit démontrer que la restitution entraînerait effectivement un enrichissement, (3) la preuve ne peut pas être basée sur une présomption de répercussion, (4) on ne peut pas exiger du contribuable qu'il fournisse la preuve contraire que l'impôt ou la taxe n'ont pas été répercutés, (5) on peut en revanche exiger du contribuable qu'il coopère à la charge de la preuve dans le chef de l'administration (fiscale), (6) on ne saurait se satisfaire d'un simple examen comptable pour prouver l'enrichissement et (7) l'enrichissement doit être démontré sur la base d'une analyse économique poussée du marché concerné¹³⁰.

c. Aide communautaire indûment accordée

24. Une deuxième série d'applications par le *forum* communautaire européen comprend l'enrichissement injustifié en raison d'une aide communautaire indûment accordée.

Le droit communautaire n'empêche pas qu'un justiciable européen qui est interpellé en vue du remboursement d'une aide communautaire qui lui a été indûment accordée invoque un moyen de défense sur la base des critères suivants:

la protection de la confiance légitime, l'annulation de l'enrichissement injustifié, l'expiration d'un délai ou la circonstance que l'administration savait ou ne savait pas en raison d'une faute grave qu'elle accordait à tort ladite aide.

En tout cas le justiciable européen doit pouvoir invoquer le même moyen de défense s'il est in-

terpellé en vue du remboursement d'une aide nationale qui lui a été indûment accordée (principe d'égalité). Par ailleurs, il y a lieu de toujours tenir compte de l'intérêt de la communauté¹³¹. La charge de la preuve en cas de répétition d'aides communautaires indûment accordées est déterminée par le droit national, sous réserve des limites pouvant découler du droit communautaire à cet égard¹³².

d. Enrichissement injustifié d'une institution communautaire

25. Une troisième série d'applications par le *forum* communautaire européen, concerne l'enrichissement injustifié d'une institution communautaire. En l'espèce, deux cas particuliers d'amendes indûment imposées et d'enrichissement injustifié d'une institution communautaire suite à l'exécution d'un contrat se sont présentés.

Comme il a déjà été dit, le Tribunal de première instance a décidé qu'en cas de restitution d'une amende perçue indûment, des intérêts moratoires sont également dus¹³³.

A cette occasion, le Tribunal ne donne pas de définition propre de l'enrichissement sans cause, mais se réfère au principe général du droit (reconnu par les États membres) suivant lequel un enrichissement injustifié doit être compensé. Il résulte de ce principe que cette restitution doit aller de pair avec des intérêts sans que le justicia-

¹³⁰ Conclusions de l'avocat général L.A. Geelhoed (C.J.C.E. 9 décembre 2003, Italie/Commission, C-129/00, *Jur.* 2003, I-1637), r.o. 99 en 100.

¹³¹ C.J.C.E. 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor*, causes jointes 205-215/82, *Jur.* 1983, 2633, r.o. 33.

Voir aussi: C.J.C.E., 16 juillet 1998, *Oelmühle*, C-298/96, *Jur.* I-4767.

¹³² C.J.C.E. 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor*, causes jointes 205-215/82, *Jur.* 1983, 2633, r.o. 39.

¹³³ T.P.I. 10 octobre 2001, *Corus UK/Commission*, T-171/99, *Jur.* 2001, II-2967, r.o. 55-56.

ble européen auquel a été infligé à tort une amende doit prouver un dommage particulier¹³⁴. Le taux d'intérêt dépend des circonstances concrètes de la cause. L'appauvri a droit en principe au montant le plus bas de l'enrichissement ou de l'appauvrissement. Lorsque l'appauvrissement consiste dans le fait de ne pouvoir disposer d'une somme d'argent pendant une certaine période, le montant à restituer est généralement calculé sur la base de l'intérêt légal ou judiciaire, en l'exclusion de toute capitalisation.

Dans une autre affaire, le Tribunal de première instance a considéré que l'action fondée sur l'enrichissement injustifié implique une obligation extracontractuelle dans le chef de l'enrichi, afin de remédier au transfert de patrimoine visé. Le Tribunal poursuit que l'on ne peut lier l'action à la condition que l'enrichi a eu un comportement illicite¹³⁵. L'enrichissement injustifié n'équivaut nullement à un enrichissement illicite. Même si l'institution communautaire n'a pas eu de comportement illicite, elle est tenue au rétablissement de l'équilibre. L'article 288, alinéa 2, du Traité instituant la Communauté européenne fonde l'obligation imposée aux institutions communautaires de réparer le dommage qu'elles ont causé, même indépendamment de tout acte illicite. Un acte ou comportement licite d'une institution communautaire qui entraîne un dommage spécial et anormal (pour un opérateur du marché), excédant les limites des risques économiques et commerciaux liés à ses activités, peut ainsi donner lieu à un rétablissement obligé de l'équilibre.

¹³⁴ Conclusions de l'avocat général Trabucchi, 26/74, *Roquette Frères/Commission*, *Jur.* 1976, 677, r.o. 691.

¹³⁵ T.P.I. 16 novembre 2006, Masdar, T-333/03, pas encore publié au Rec.

e. Conclusion intermédiaire

26. Si les systèmes juridiques des États membres nationaux tentent, ici et là, de déroger à la tradition de droit romain, ces dérogations se diluent dans la recherche d'un *ius commune* sur le *forum* communautaire européen. Et ainsi, on en revient plus qu'on ne croit au droit romain.

Cela confirme la thèse avancée initialement que ladite création de droit dans la jurisprudence (communautaire) autour des principes généraux du droit privé est moins originale qu'il n'y paraît. Les applications précitées de l'enrichissement sans cause ou de l'enrichissement injustifié sur le *forum* communautaire européen, confirment cette conclusion.

Chapitre III. L'interdiction de l'abus de droit

27. L'interdiction de l'abus de droit vaut comme un principe général du droit dans la plupart des États membres de l'Union européenne¹³⁶. Mais, même les États membres où ce n'est pas le cas, notamment le Danemark, la Grande-Bretagne et l'Irlande, connaissent des situations similaires à celles qui tombent pour la plupart des autres pays sous l'interdiction de l'abus de droit.

Ce principe du droit veut sanctionner une manière d'agir qui excède un exercice normalement diligent du droit (ce qui implique une approche

¹³⁶ Ainsi l'interdiction de l'abus de droit ne s'applique pas en tant que tel dans les pays anglo-saxons, fût-ce parce qu'ils sont moins familiarisés avec le concept de 'droit subjectif' (qui relève plutôt des systèmes juridiques continentaux). Dans les régions de *Common law* les juristes réfléchissent en termes de remèdes plutôt qu'en termes de *droits* (P. LAROCHE, J. LEVER, W. VAN GERVEN, C. VON BAR et G. VINY, *Common law of Europe – Torts – Scope of protection*, Oxford, Hart, 1998, 38-39).

plutôt objective), ou une manière d'agir qui n'est pas conforme à un exercice loyal du droit (ce qui implique une approche plutôt subjective).

A. Tradition de droit romain

28. Il est incontestable que l'interdiction de l'abus de droit s'inspire de la tradition de droit romain et a continué à s'appliquer à travers le Moyen-Âge¹³⁷.

A l'occasion d'un examen plus approfondi du droit romain, on constate toutefois une certaine réticence. Le système juridique romain basé sur un certain individualisme juridique éprouvait des difficultés à manier une conception juridique d'inspiration plus sociale, plutôt moderne¹³⁸. Et ceci constituait précisément le problème d'une interdiction de l'abus de droit qui présuppose qu'un sujet de droit doit accepter qu'il ne peut exercer de manière illimitée ses droits subjectifs, fût-ce dans les limites de ces droits. De cette manière, des intérêts plus généraux priment dans certaines circonstances les intérêts individuels, ce qui était difficilement conciliable avec la vision de la société des Romains. Ceci explique l'idée en droit romain qu'il faut éviter au maximum l'application d'une interdiction de l'abus de droit. Ceci n'empêche pas que dans un stade ultérieur, lorsque des conceptions plus sociales émergent, l'interdiction de l'abus de droit connaît de plus en plus d'applications. Une théo-

rie générale de l'interdiction de l'abus de droit ne s'est en réalité cependant jamais développée.

Les Romains tentent de rester le plus longtemps possible fidèles à l'adage que celui qui respecte les limites de son droit en l'exerçant, ne peut causer de dommage: *neminem laedit qui suo iure utitur*. Lors de l'appréciation du caractère licite de l'exercice du droit, il n'est tenu compte que du droit visé et de ses limites indépendamment des conséquences découlant de son exercice, fussent-elles dommageables. L'exercice d'un droit n'est illicite que si le titulaire excède les limites préalablement établies du droit subjectif¹³⁹. Le dommage éventuel ne joue aucun rôle.

Ainsi les Romains acceptent que le propriétaire sur le fonds duquel un tiers a installé (sans droit) un aqueduc, a le droit sans plus de le couper causant ainsi un dommage substantiel. Dans le même ordre d'idée, ils présument que celui qui trouve une jument (gravide) étrangère dans son champ peut la chasser par tous les moyens indépendamment des conséquences dommageables qui en découlent.

Après une longue évolution, ils se rendent compte que ce raisonnement est vicié, surtout lorsqu'un droit est exercé dans le seul but de causer un dommage. Il peut ainsi être admis que celui qui énuclée l'œil de son attaquant pour se défendre n'encourt aucune sanction sauf si telle était son unique intention. La même chose vaut pour le propriétaire du fonds qui chasse la jument appartenant à autrui et qui doit tenir compte de l'intérêt du propriétaire de la jument. Encore

¹³⁷ W.B. HELMICH, *De theorie van het rechtsmisbruik in het Romeinsche, Fransche en Nederlandsche recht*, Nijmegen, RK Universiteit, 1945, 255 p. (voir plus spécifiquement à propos de l'élaboration d'une théorie plus générale de l'interdiction de l'abus de droit en droit français: p. 36-117; voir plus spécifiquement à propos de l'élaboration d'une théorie plus générale de l'interdiction de l'abus de droit en droit néerlandais: p. 118-240); W. VAN GERVEN, "Algemeen deel", in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Anvers, Standaard, 1969, p. 164-165, n° 63.

¹³⁸ W.B. HELMICH, *o.c.*, 26-28.

¹³⁹ W.B. HELMICH, *o.c.*, 26-28.

plus tard, on admet même qu'il faut chasser l'animal comme si c'était le sien et de toute façon sans causer de dommage inutile.

Ainsi se développe petit à petit la conception que même si le titulaire exerce son droit sans en excéder les limites, il doit éventuellement tenir compte de l'intérêt d'autrui et ne peut causer de dommage inutile.

Dans un même ordre d'idée, les Romains ont finalement admis que l'exercice d'un droit dans le seul but de causer un dommage est illicite. Néanmoins, le point de départ est et demeure que celui qui exerce son droit sans en excéder les limites est présumé ne pas avoir d'intention dommageable.

Le cas d'école du droit romain illustrant l'interdiction de l'abus de droit visé est le suivant: le voisin du dessous qui cause un dommage à son voisin du dessus en faisant de la fumée, ainsi que le voisin du dessus qui jette un objet vers le bas, sont en tout cas responsables lorsqu'ils ont agi dans une intention méchante¹⁴⁰. Il est remarquable que ce double exemple reprend tant un acte licite (faire de la fumée) qu'un acte illicite (jeter un objet sur le fonds d'autrui). Les deux agissements sont prohibés s'ils ont été commis avec malveillance.

Il y a lieu de remarquer à cet égard que le droit romain ne faisait pas encore tout à fait la distinction entre le droit pénal et le droit civil¹⁴¹. Ceci explique pourquoi l'approche des Romains vise en premier lieu celui qui exerce son droit ou son action dans une intention méchante. Ils veulent plus précisément toucher 'celui qui fait un usage malveillant de

son droit' par une condamnation au paiement d'une indemnisation. Il ne s'agit pas d'une action en réparation purement civile. L'action fondée sur un acte illicite (*ex delicto*) avait de toute façon principalement un caractère répressif, pénal.

29. Il apparaît de ce qui précède à quel point le droit romain éprouvait des difficultés à abandonner l'adage précité: *neminem laedit qui suo iure utitur*¹⁴². L'idée qu'un sujet de droit puisse commettre un abus de droit tout en agissant dans les limites de son droit subjectif a mis du temps à être admise. Quoiqu'il en soit, il était finalement généralement accepté que celui qui exerce son droit dans le seul but de causer un dommage, doit être sanctionné. Il était moins évident d'étendre l'abus de droit à celui qui fait usage de son droit de manière déraisonnable.

30. Par ailleurs, émergeait la conception que certaines formes d'exercice du droit devaient, si possible, être appréciées à la lumière du but ou des objectifs qui sous-tendaient le droit visé. De plus en plus les Romains tentaient ainsi de distiller des droits (et obligations) ayant une finalité précise. Celui qui lors de l'exercice d'un tel droit ayant une finalité précise détourne celui-ci de sa finalité, commet un abus de droit.

Ainsi, le droit romain prévoyait une action en prévention d'un dommage imminent (*actio damni infecti*) par laquelle le voisin concerné pouvait s'adresser à l'habitant d'une maison voisine en ruine, ou en cas de dommage imminent dû à des travaux de (construction)¹⁴³. Cette ac-

¹⁴⁰ W.B. HELMICH, *o.c.*, 29.

¹⁴¹ W.B. HELMICH, *o.c.*, 25 et 29.

¹⁴² M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1909, p. 286, n° 871.

¹⁴³ W.B. HELMICH, *o.c.*, 30-31.

tion ne peut aboutir que si elle répond à une idée fondamentale: le propriétaire ne peut faire usage de son droit de propriété de manière à porter atteinte au droit de propriété d'autrui ou à causer un dommage à l'objet du droit de propriété d'autrui. Par contre, le propriétaire peut, en faisant usage de son droit de propriété priver le propriétaire voisin d'un avantage, sauf en cas d'intention méchante.

Le droit romain prévoyait aussi une action en vertu de laquelle le fermier romain pouvait se protéger contre une nuisance d'eau de pluie subie par son fonds par le fait d'un autre fonds (*actio aquae pluviae arcendae*¹⁴⁴). Dans l'Italie riche en eau, un propriétaire foncier ne pouvait accomplir d'actes augmentant ou accélérant l'écoulement naturel de l'eau de pluie au préjudice d'un fonds situé en contrebas. D'autre part, le fonds situé en contrebas était à cet égard un fonds servant par rapport au fonds situé plus haut. L'objectif évident de ce raisonnement était de permettre une bonne culture, voire une bonne exploitation des terres. Le fermier du fonds situé plus haut était ainsi libre d'agir tant que ses agissements entraient dans le cadre de cet objectif et tant que, à nouveau, il n'y avait pas d'intention méchante. Les limites du droit de propriété étaient dépassées si le fonds situé plus haut causait un dommage anormal.

Plus tard, le droit romain poursuit cette évolution. De plus en plus, l'exercice des droits subjectifs, dans la mesure du possible, est contrôlé à la lumière des finalités constituant le fondement dudit droit. De cette manière, les abus du droit subjectif d'intenter une action sont contrés¹⁴⁵.

Celui qui introduisait une procédure de manière téméraire était débouté. Cela valait aussi pour celui qui introduisait une procédure dans le but de vexer le défendeur. Ainsi s'affirme l'idée qu'agir de mauvaise foi et, plus généralement, agir de manière déraisonnable n'est pas cautionné.

La meilleure illustration de ce développement se trouve dans le droit de la famille¹⁴⁶. Si les Romains ont instauré à l'origine certains droits subjectifs exclusivement au profit de leurs titulaires, qui pouvaient donc en faire un usage discrétionnaire, cette vision disparaît de plus en plus. Ils se sont ainsi rendu compte que le *patria potestas* (le droit du père à l'égard de ses enfants), le *manus* (le droit du mari à l'égard de son épouse) et le *dominica potestas* (le droit du maître à l'égard de ses esclaves) ne pouvaient être utilisés que pour des raisons sérieuses et légales. Ainsi, le père ne pouvait refuser sans motif légal de donner son accord au mariage projeté de ses enfants. Des possibilités d'extorquer le consentement au mariage et même la dot ont vu le jour. Celui qui, sans raison suffisante, tuait son esclave, pouvait être puni, tout comme le maître qui maltraitait son esclave. Dans ce dernier cas, le maître pouvait au besoin être contraint de vendre son esclave.

Le même raisonnement implique que, dans certains cas, celui qui enrichit de bonne foi le patrimoine d'autrui, jouit d'une protection¹⁴⁷. Celui qui, par exemple, a achevé une peinture sur la toile d'autrui et auquel on réclame la restitution de la toile a, dans des circonstances raisonnables, droit à une indemnité, mais il n'a pas le droit de gratter la peinture séchée de la toile.

¹⁴⁴ W.B. HELMICH, *o.c.*, 31-32.

¹⁴⁵ W.B. HELMICH, *o.c.*, 33.

¹⁴⁶ W.B. HELMICH, *o.c.*, 33-34.

¹⁴⁷ W.B. HELMICH, *o.c.*, 34-35.

31. En résumé, cette brève étude du droit romain nous apprend que l'idée qu'un sujet de droit, bien qu'il agisse dans les limites de son droit subjectif, peut commettre un abus de droit, s'installe lentement mais sûrement¹⁴⁸. C'est incontestablement le cas chaque fois qu'un titulaire fait usage de son droit dans la seule intention de causer un dommage.

Le droit romain s'oppose dans une moindre mesure à un exercice du droit purement déraisonnable, à moins qu'il s'agisse de droits subjectifs répondant à des finalités spécifiques. Il est mis fin aux agissements du titulaire qui y déroge. De plus, la personne lésée obtient des moyens pour s'opposer à l'inconduite du titulaire et, au besoin, pour introduire lui-même une action.

Quoi qu'il en soit, le droit romain reste réservé quant à l'interdiction générale de l'abus de droit. Cela est dû, comme énoncé ci-dessus, principalement à la circonstance que la conception moderne et sociale du droit en tant que facteur régulateur de la société était encore loin d'être généralement admise.

32. Il est à souligner dès à présent que le *forum* communautaire européen actuel fait preuve aussi d'une certaine réserve dans l'application généralisée de l'interdiction de l'abus de droit, fût-ce évidemment pour d'autres motifs¹⁴⁹. Nous nous étendrons sur le sujet ultérieurement.

¹⁴⁸ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, Dalloz, 1939, n° 291 et suivants.

¹⁴⁹ F. LAGONDET, "L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire", *J.T.D.E.* 2003, 8; Y. VAN GERVEN, "Wetsontduiking en rechtsmisbruik in het gemeenschapsrecht: Europese variaties op hetzelfde thema", in H. COUSY, E. DIRIX, S. STIJNS, J. STUYCK et D. VAN GERVEN (eds.), *Liber amicorum Walter van Gerven*, Anvers, Kluwer, 2000, p. 355, n° 14.

B. Systèmes juridiques nationaux

33. Certains États membres reprennent en termes généraux l'interdiction de l'abus de droit dans leur Code civil: la Grèce (art. 281 du Code civil), le Luxembourg (article 6-1 du Code civil), les Pays-Bas (article 3:13 du N.B.W.), le Portugal (article 334 du Code civil) et l'Espagne (article 7 du Code civil).

Les droits allemand et italien interdisent expressément d'exercer un droit dans le seul but de causer un dommage à autrui: respectivement § 226 du BGB, qui reproduit le dénommé *Schikaneverbot* et l'article 883 du Code civil italien.

Alors qu'il s'agit d'une interdiction générale en Allemagne, le droit italien la limite au droit de propriété. Le droit des obligations des deux pays prévoit en outre une obligation générale de loyauté: le créancier d'une quelconque obligation doit se comporter de manière loyale lorsqu'il en réclame l'exécution: respectivement les §§§ 138, 242 et 826 du BGB et l'article 1175 du Code civil italien. C'est sur la base de cette obligation de loyauté que la jurisprudence et la doctrine allemande ont développé une interdiction générale de l'abus de droit, ce qui semble être moins le cas en Italie.

Ni le droit français, ni le droit belge ne contiennent une disposition légale générale interdisant l'abus de droit. La législation de ces deux systèmes juridiques ne connaît que des applications ponctuelles qui sont ensuite développées par la jurisprudence et la doctrine en une théorie générale de l'abus de droit¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Voir notamment: L. CAMPION, *La théorie de l'abus des droits*, Bruxelles, Bruylant, 1925, 346 p.; A. DE BERSAQUES, "L'abus de droit", note sous Gand 20 novembre 1950, *R.C.J.B.* 1953, 272; L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'Abus des droits*, Paris, Dalloz, 1939, 454 p.; F. VAN NESTE, "Misbruik van recht", *T.P.R.* 1967, 339

Le droit danois des contrats prévoit que le juge a un pouvoir d'appréciation lors de l'application de certaines clauses contractuelles dont l'exécution forcée, eu égard aux circonstances de la cause¹⁵¹, apparaîtrait injuste (article 36 de la *Aftaleloven*). Cette même compétence d'appréciation s'applique également à certains cas d'abus se situant en dehors du cadre contractuel. Quoi qu'il en soit, le système juridique danois ne connaît pas d'interdiction générale de l'abus de droit.

Enfin, les droits anglais, irlandais et écossais contiennent certains éléments, surtout en droit de la responsabilité extracontractuelle (*Law of torts*, respectivement *Law of delict*), qui sont comparables à ceux sur lesquels d'autres pays fondent une interdiction plus générale de l'abus de droit (*malice, nuisance, abuse of process*)¹⁵².

34. Les diverses approches de droit national nous apprennent que l'interdiction de l'abus de droit tend à sanctionner une manière d'agir qui excède soit un exercice normalement diligent du droit (une approche plutôt objective que l'on retrouve par exemple en Belgique, au Luxembourg, au Portugal et en Espagne), soit est contraire à un exercice loyal du droit (une approche plutôt subjective que l'on retrouve par exemple en Allemagne et en Grèce).

Ces différentes approches peuvent se conjuguer de deux manières différentes. D'une part, il y a une tendance qui aborde l'interdiction de l'abus de droit de l'intérieur. Elle tente de réfuter la vision que celui qui exerce son droit, sans en excéder les

limites, peut difficilement abuser de ce droit: de ce point de vue, l'abus de droit est une condition (complémentaire) qui, de l'intérieur, limite le droit. Celui qui méconnaît cette condition lors de l'exercice de son droit, abuse de son droit.

D'autre part, il y a la tendance qui aborde l'abus de droit comme une limitation externe de l'exercice du droit. Seul celui qui excède les limites de son droit, commet un abus de droit. L'abus de droit sanctionne celui qui excède les limites de son droit. L'abus de droit limite donc de manière externe le pouvoir d'exercer un droit.

Le résultat de ces deux approches revient probablement au même, du moins tant qu'il s'agit de l'abus d'un droit national.

Il existe toutefois une différence en cas d'abus allégué du droit communautaire. La première tendance nous enseigne que pour contrôler cet abus allégué du droit communautaire, il faut en premier lieu partir du droit communautaire lui-même. La seconde tendance, au contraire, nous enseigne que l'abus allégué du droit communautaire pourrait être contrôlé à partir des conceptions nationales du droit quant à l'interdiction de l'abus de droit qui constituerait alors une limite externe. Les critères sur la base desquels il sera conclu ou non à l'abus de droit seraient, dans ce dernier cas, fournis par le droit national de manière quasi autonome.

35. On peut conclure en général que l'interdiction de l'abus de droit vaut comme un principe général du droit dans la plupart des États membres de l'Union européenne¹⁵³. A l'exception

¹⁵¹ Pour une discussion de droit comparé relative à un tel abus de circonstances, voir: W. VAN GERVEN et S. COVEMAERKER, o.c., 127-130.

¹⁵² H. MERZ, "Vom Schikaneverbot zum Rechtsmißbrauch", *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1977, 172 et suivants.

¹⁵³ Voir par exemple (Belgique): Cass. 19 octobre 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, n° 106.

d'un nombre limité de droits subjectifs discrétionnaires dont en principe (pour des motifs traditionnels)¹⁵⁴ il ne peut être abusé¹⁵⁵, l'exercice de chaque droit subjectif est subordonné à l'interdiction de l'abus de droit.

A cet égard, de nombreux États membres donnent un contenu plutôt objectif à l'interdiction de l'abus de droit: celui qui exerce son droit de manière manifestement¹⁵⁶ déraisonnable, commet un abus de droit. Plus généralement, quiconque exerce un droit, doit se comporter comme une personne normalement prudente et prévoyante¹⁵⁷.

Cette approche objective ne requiert pas nécessairement que l'intention principale du titulaire du droit soit de causer un dommage, ainsi par exemple en Belgique, en Allemagne, en Grèce, au Luxembourg, aux Pays-Bas, au Portugal et en Espagne. On peut, si nécessaire, aussi conclure à l'abus de droit sans avoir égard à l'intention du titulaire du droit. Un des éléments (objectifs) importants dont il doit être tenu compte est évidemment l'étendue du dommage causé, tel est certainement le cas en Espagne.

Une minorité des États membres lie de manière indissociable l'interdiction de l'abus de droit à

l'hypothèse que l'intention principale du titulaire visé du droit est de causer un dommage. C'est par exemple le cas en Italie et partiellement en France. Cette approche plutôt subjective souligne que l'abus de droit implique une manière d'agir contraire à l'exercice loyal d'un droit.

36. Quoi qu'il en soit, sur la base de la tradition de droit romain précitée, l'intention principale de causer un dommage dans le chef du titulaire du droit continue à jouer un rôle crucial à travers tous les systèmes juridiques pour conclure ou non à l'abus de droit.

Peu à peu, d'autres critères émergent¹⁵⁸.

Les critères constituant le commun dénominateur des divers États membres sont: (1) l'intention principale de causer un dommage¹⁵⁹, à tout le moins l'exercice d'un droit sans aucun intérêt raisonnable¹⁶⁰;

(2) le choix entre différents modes d'exercice (équivalents) de son droit, pour le mode qui est le (plus) dommageable pour autrui¹⁶¹;

(3) le "critère de proportionnalité": l'exercice d'un droit (réel ou contractuel) pour en tirer un avantage qui est disproportionné par rapport au préjudice causé à un tiers¹⁶².

¹⁵⁴ A. ROUAST, "Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés", *Rev. trim. dr. civ.* 1944, 1 e.s.; W. VAN GERVEN, *o.c.*, p. 171, n° 66.

¹⁵⁵ Ainsi, par exemple, en droit belge, le droit de sortir d'indivision dans le cadre d'une copropriété ordinaire ou forcée (article 815 du Code civil) et le droit de disposer librement de la quotité disponible des biens qu'on lègue (avec effet après la mort) en application des articles 913 et suivants du Code civil; voir en outre: W. VAN GERVEN, *o.c.*, p. 170-173, n° 66.

De tels droits subjectifs discrétionnaires tendent à disparaître dans la mesure où croît de plus en plus le besoin de tenir compte des intérêts d'autrui, quel que soit l'acte posé.

¹⁵⁶ Ce qui suppose un contrôle marginal: W. VAN GERVEN, "Beginselen van behoorlijk handelen", *R.W.* 1982-83, 972-975.

¹⁵⁷ Voir par exemple (Belgique): *Cass.* 6 avril 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, n° 456; *Cass.* 20 novembre 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, n°171.

Voir par exemple (Pays-Bas): H.R. 31 janvier 1919, N.J. 1919, 161.

¹⁵⁸ P. CLAEYS BOUUAERT, *L.c.*, 988-990.

¹⁵⁹ Voir par exemple (Belgique): *Cass.* 11 avril 1958, *Pas.* 1958, I, 867; *Cass.* 29 novembre 1962, *Pas.* 1962, I, 406.

¹⁶⁰ S. STIJNS et H. VUYE, "Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit de biens", in J. KOKELENBERG, F. VAN NESTE, H. VUYE et P. WÉRY, *Eigendom – Propriété*, Bruges, die Keure, 1996, 97-119, spécialement 101-102.

¹⁶¹ L. CAMPION, *o.c.*, 340 et 342; A. DE BERSAQUES, *L.c.*, 287.

Voir par exemple (Belgique): *Cass.* 12 juillet 1917, *Pas.* 1918, I, 65; *Cass.* 16 novembre 1961, *Pas.* 1962, I, 332.

¹⁶² Voir par exemple (Belgique): *Cass.* 10 septembre 1971, *Pas.* 1972, I, 28; *Cass.* 19 septembre 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, n°34; *Cass.* 18 juin 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, n°637.

Ce dernier critère oblige à une évaluation des intérêts respectifs en présence.

37. Les exemples sont nombreux. En voici quelques uns.

Le 2 mai 1855 déjà, la Cour de cassation française a décidé que le propriétaire d'une maison qui construit une fausse cheminée juste devant la fenêtre de son voisin dans la seule intention de le gêner, commet un abus de droit¹⁶³. Le 3 août 1915, la même Cour a considéré que le propriétaire d'une parcelle de terrain qui avait élevé une clôture pointue entre sa parcelle et celle du voisin afin d'empêcher l'organisation d'un voyage en montgolfière en partance de cette parcelle, commet un abus de droit¹⁶⁴.

Aux Pays-Bas, le Hoge Raad der Nederlanden a rendu les deux réputés arrêts dits «du château d'eau», dans les deux cas aux torts du constructeur d'un haut château d'eau qui agissait dans le seul but de gêner la vue de son voisin¹⁶⁵.

La Cour de cassation belge a fait application du deuxième critère mentionné ci-dessus dans un arrêt du 12 juillet 1917¹⁶⁶. La Cour a condamné une grande surface qui avait installé son enseigne lumineuse de telle manière qu'elle rendait partiellement invisible celle de son concurrent (sous un certain angle), alors que l'enseigne litigieuse aurait tout aussi bien pu être installée d'une autre manière moins nuisible¹⁶⁷.

¹⁶³ Cass. fr. 2 mai 1855, *D.* 1856, II, p. 9. Voir dans le même sens, plus tôt (Belgique): Gand 27 janvier 1854, *Pas.* 1854, II, 233.

¹⁶⁴ Cass. fr. 3 août 1915, *D.* 1917, I, p. 79.

¹⁶⁵ H.R. 13 mars 1936, *N.J.* 1936, 415; H.R. 2 avril 1937, *N.J.* 1937, 639.

¹⁶⁶ Cass. 12 juillet 1917, *Pas.* 1918, I, 65 (Belgique). Voir par exemple aussi (Belgique): Cass. 16 novembre 1961, *Pas.* 1962, I, 332.

¹⁶⁷ Voir dans le même sens (Belgique): Bruxelles 25 février 1963, *R.G.A.R.* 1964, n° 7.201.

En application du dernier des critères précités, le Hoge Raad der Nederlanden a décidé que celui qui réclame la démolition d'un garage dépassant légèrement la limite de la parcelle limitrophe, se rend coupable d'abus de droit eu égard à l'avantage minime, disproportionné par rapport au préjudice considérable causé au voisin propriétaire du garage¹⁶⁸.

Une certaine jurisprudence et doctrine va beaucoup plus loin en sanctionnant les comportements qui sont considérés comme étant fautifs par ce qu'ils vont à l'encontre des attentes créées licitement dans le chef de tiers. De cette manière, une sanction a été instaurée pour celui qui déçoit la confiance légitime de l'autre, éventuellement dans un rapport contractuel¹⁶⁹. Dans cette optique, on attache beaucoup d'importance au contexte dans lequel le titulaire exerce son droit, ainsi par exemple en Allemagne, au Luxembourg et en Espagne.

38. Si possible, il est tenu compte, dans le cadre des différents cas d'application de l'interdiction de l'abus de droit, de l'objectif ou des finalités sous-tendant ledit droit. Toutefois, le législateur n'énonce pas nécessairement ces finalités. Dans ces cas, l'interdiction de l'abus de droit ne peut être limitée à la simple méconnaissance des prétendues finalités.

¹⁶⁸ Voir pour de multiples applications similaires et autres: S. STIJNS et H. VUYE, "Rechtsmisbruik en burenhinder: evenwichtsoefeningen op weg naar een evenwichtsleer", in H. COUSY, E. DIRIX, S. STIJNS, J. STUYCK et D. VAN GERVEN (eds.), *Liber amicorum Walter van Gerven*, Anvers, Kluwer, 2000, 302-305; W. VAN GERVEN, *o.c.*, p. 188-190, n° 70.

¹⁶⁹ Ainsi par exemple en résiliant prématurément une convention à durée indéterminée (Belgique): Bruxelles 28 janvier 1958, *J.T.* 1959, 491; Trib. Anvers 10 novembre 1948, *R.G.A.R.* 1949, n° 4.395; Trib. Gand 25 novembre 1942, *J.T.* 1945, 223, note signée A. DE BERSAQUES.

Voir en outre à propos de la dénommée théorie de la confiance: S. STIJNS et I. SAMOY, "La confiance légitime en droit des obligations", in S. STIJNS et P. WÉRY (eds.), *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen – Les sources d'obligations extra-contractuelles*, Bruges, die keure, 2007, 47-98; W. VAN GERVEN, *o.c.*, p. 191-194, n° 70.

En outre, le droit privé ne contient que peu de compétences liées spécifiques et explicites.

S'il est malgré tout question de droits liés, ils s'inspirent parfois du droit romain précité. Ainsi par exemple, le droit parental de consentir au mariage de son enfant mineur d'âge¹⁷⁰. Lier de manière générale les droits subjectifs privés à une ou plusieurs finalités n'a pas de sens¹⁷¹.

Le droit procédural connaît aussi plusieurs applications¹⁷².

Comme l'avaient déjà remarqué les Romains, toute action (*ius agendi*) comprend une possibilité et même un privilège¹⁷³, du sujet de droit de faire valoir effectivement ses droits matériels. L'exercice (légitimation) de l'action a une finalité et suppose le respect de conditions, d'une part, de nature objective, notamment l'existence d'un droit subjectif, et, d'autre part, de nature subjective, notamment la personnalité juridique, la capacité d'ester, la qualité et l'intérêt¹⁷⁴. Il s'agit alors du droit d'agir en justice (le *ius agendi*), le droit de s'adresser à un juge (au besoin à un ar-

bitre), le droit d'obtenir une décision judiciaire (arbitrale)¹⁷⁵.

Une autre série de cas d'application se présente dans le domaine du droit des contrats¹⁷⁶, dans lequel il est de plus en plus souvent admis que tout contrat doit être exécuté de bonne foi, eu égard aux circonstances de fait de la cause¹⁷⁷. Sur cette base, il est interdit aux parties contractantes d'abuser des clauses contractuelles qui leur confèrent certains droits¹⁷⁸. A cet égard, le juge se voit parfois attribuer un rôle modérateur¹⁷⁹.

Dans de tels cas, l'abus de droit équivaut à un détournement de pouvoir: le titulaire dudit droit l'utilise dans un but autre que celui qui lui est reconnu¹⁸⁰. Il est évident que le contrôle de l'interdiction de l'abus de droit présente ici un caractère moins marginal. Le contrôle à la lumière du but ou des finalités entraîne un contrôle plus ciblé¹⁸¹: moins le droit en question est lié, plus le

¹⁷⁰ Voir par exemple en Belgique et en France: article 148 du Code civil.

¹⁷¹ W. VAN GERVEN, *o.c.*, p. 173-179, n° 67.

Comparez: H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Introduction – *Théorie générale des droits et des lois – Les personnes – La famille*, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 162-170, n° 110-116; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *l.c.*, 100; L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l'abus des droits*, *o.c.*, n° 291 et suivants.

¹⁷² Ainsi, la Cour de cassation belge a par exemple décidé que le dépôt de conclusions additionnelles hors des délais et dans le but de retarder la procédure implique l'intention de nuire aux intérêts des autres parties et constitue, dès lors, un abus de droit (Cass. 14 février 1992, *Bull.* 1991-92, 311). Les requêtes d'un demandeur en cassation, qui prétend récuser les membres de la Cour appelés à siéger dans l'affaire qui le concerne, et qui n'ont d'autre but que de paralyser le cours de la justice et de nuire aux intérêts des parties adverses, sont aussi constitutives d'abus de droit (Cass. 21 juin 2000, *Bull.* 2000, 392).

¹⁷³ W. VAN GERVEN, "Een nieuwe analyse van het begrip Recht – De 'Juristic Conceptions'-theorie", *R.W.* 1960-61, col. 2045, n° 7.

¹⁷⁴ Voir par exemple (Belgique): Liège 18 mai 2006, *Rev. not. b.* 2006, 608.

¹⁷⁵ Voir à propos du caractère lié de l'action: L. LAMINE, B. SCHOENAERTS et C. VAES, *Het tergend en roekeloos geding*, Anvers, Intersentia, 2003, p. 20-23, n 18-23.

¹⁷⁶ Cass. fr. 6 février 1957, *Rev. prat. soc.* 1959, 149; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *l.c.*, 97.

¹⁷⁷ Voir par exemple en Belgique et en France: article 1134 du Code civil; Cass. 19 septembre 1983, *R.W.* 1983-84, 1480 (Belgique).

Voir par exemple aux Pays-Bas: article 6:228, alinéa 2 du N.B.W. qui dispose qu'une règle valable entre les parties en vertu d'un contrat ne s'applique pas dans la mesure où cela serait raisonnablement et équitablement inacceptable dans les circonstances données.

¹⁷⁸ A. DE BERSAQUES, "L'abus de droit en matière contractuelle", note sous Liège 14 février 1964, *R.C.J.B.* 1969, 506 et suivants; W. RAUWS, "Misbruik van contractuele rechten: het cassatiearrest van 19 september 1983", *T.B.H.* 1984, 251-253; S. STIJNS, "Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels", *J.T.* 1990, 33 et suivants.

¹⁷⁹ S. STIJNS, "De matigingsbevoegdheid van de rechter bij misbruik van contractuele rechten in de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie", in J. SMITS et S. STIJNS (red.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Anvers, Intersentia, 2005, 79-100.

¹⁸⁰ Le détournement de pouvoir visé est comparable à celui du droit public: A.W.M. BIJLOOS et J.S. VAN DEN OOSTERKAMP, "De verhouding van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht tot de Algemene wet bestuursrecht", *S.E.W.* 1990, 866.

¹⁸¹ W. VAN GERVEN, "Variaties op het thema misbruik", *R.W.* 1979-80, 2472-2476 et 2489.

contrôle de l'interdiction de l'abus de droit est marginal¹⁸².

C. Ordre juridique communautaire

a. Réserve

39. Il est remarquable qu'alors que, comme indiqué ci-dessus, les États nationaux appliquent ainsi en règle un principe général de droit interdisant l'abus de droit, sur le *forum* communautaire européen actuel, il est fait preuve d'une certaine réserve. Là où cette réserve est comparable, du point de vue du droit matériel, à celle observée en droit romain, elle a évidemment un autre fondement.

La réserve au niveau européen, provient principalement des droits fondamentaux qui résultent de la libre circulation des personnes, des biens et des services¹⁸³.

Il est exclu de limiter sans plus cette libre circulation par des applications en droit national de l'interdiction de l'abus de droit. Autoriser les États membres à empêcher la libre circulation en se fondant sur une interdiction en droit national de l'abus de droit, formerait obstacle à l'intégration européenne. Le point de départ est et doit rester que le citoyen de l'Union européenne doit pouvoir se déplacer et faire circuler aussi librement et aussi simplement que possible ses biens et ses services. Toutefois, comme nous le développerons ci-dessous, cela n'empêche pas que la libre circulation peut entrer en conflit avec l'interdiction de l'abus de droit.

¹⁸² L.C. HOFMANN, H. DRION et K. WIERSMA, *Het Nederlands verbintenissenrecht: de algemene leer der verbintenissen*, Groningen, Wolters-Noordhoff, 1971, 95; W. VAN GERVEN, "Variaties op het thema misbruik", *l.c.*, 2472.

¹⁸³ F. LAGONDET, *l.c.*, 8; Y. VAN GERVEN, *l.c.*, p. 355, n° 14.

40. Il est important de souligner que la Cour de justice reconnaît le concept de 'droit subjectif' et ce, dans le cadre de la responsabilité de l'État du chef de la violation du droit communautaire. Dans l'arrêt réputé *Brasserie du Pêcheur*, la Cour a considéré que la violation d'un droit communautaire ne peut entraîner la responsabilité de l'État que si la règle de droit communautaire violée a pour objet de conférer des 'droits' (subjectifs) aux particuliers¹⁸⁴.

41. Tout comme dans le droit romain, il semble difficile aujourd'hui sur le *forum* communautaire européen de se distancer de l'idée qu'un sujet de droit, bien qu'il agisse dans les limites de son droit (communautaire) subjectif, peut malgré tout commettre un abus de droit.

Alors que cette idée ne gagne du terrain que depuis quelques années, il s'agit en premier lieu de cas dans lesquels un sujet de droit veut utiliser un droit (communautaire) subjectif dans la seule intention de causer un dommage (d'obtenir un avantage illicite), à tout le moins sans intérêt raisonnable. Cela constitue précisément le seul critère ne posant pas de problème au droit romain lors de l'interprétation de l'adoption de l'abus de droit.

b. Principe général du droit

42. L'interdiction de l'abus de droit constitue actuellement incontestablement un principe général du droit aussi sur le *forum* communautaire européen¹⁸⁵.

¹⁸⁴ C.J.C.E. 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur en Factorname*, *Jur.* 1996, I-1029, r.o. 51.

Voir à propos de cet arrêt aussi: W. VAN GERVEN, "De algemene beginselen van artikel 215, tweede lid E.G.: bestaan ze echt?", in *Liber amicorum Roger Blanpain*, Bruges, die Keure, 1998, 95 et suivants.

¹⁸⁵ F. LAGONDET, *l.c.*, 8.

A ce propos, il est clair que le Tribunal de première instance et la Cour de justice, lors de l'examen d'un abus prétendu du droit communautaire, ne se limitent pas à une interprétation communautaire autonome de l'interdiction de l'abus de droit. Ils acceptent notamment que le prétendu abus de droit communautaire peut être contrôlé à la lumière de conceptions juridiques nationales à propos de l'interdiction de l'abus de droit qui constituent, alors, une limite externe¹⁸⁶. De cette manière, les critères sur la base desquels il est conclu à l'existence ou non d'un abus de droit, sont fournis de manière quasi autonome par le droit national.

43. Par ailleurs, il apparaît tout autant que le Tribunal de première instance et la Cour de justice tiennent compte, lorsque c'est possible et dans le cadre des divers cas d'application de l'interdiction de l'abus de droit, des finalités ou du but constituant le fondement du droit (communautaire) visé¹⁸⁷. Dans ce cas aussi, le lien avec la pensée du droit romain est évident.

La Cour de justice précise que l'on ne peut invoquer un droit communautaire subjectif afin d'obtenir des avantages illicites qui sont manifestement étrangers aux finalités de ce droit¹⁸⁸. Si par contre un droit est exercé en conformité avec ses finalités et en respectant le résultat visé par l'Union européenne, il ne peut être question

d'abus (de droit)¹⁸⁹. Il appartient en premier lieu au juge national d'examiner le tout¹⁹⁰.

c. Applications

44. Diverses applications des principes précités se retrouvent, d'une part, dans les cas d'abus du droit communautaire commis afin de se soustraire aux dispositions légales nationales et, d'autre part, dans les cas d'abus du droit communautaire afin d'obtenir des avantages d'une manière contraire à ses finalités.

Ainsi, la Cour de justice a confirmé à différentes reprises que les libertés fondamentales et la libre circulation des personnes, des biens et des services ne peuvent constituer des prétextes pour se soustraire à la législation nationale¹⁹¹. Pour cette raison, le *forumshopping* injustifié est inadmissible¹⁹².

Dans l'arrêt *Centros* qui concerne un prétendu abus de la liberté d'établissement, la Cour de justice a décidé 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

¹⁸⁶ C.J.C.E. 21 février 2006, *Halifax*, C-255/02, C-419/02 et C-223/02, *Jur.* 2006, I-1609, r.o. 76; Y. VAN GERVEN, *l.c.*, p. 354, n° 13.

¹⁸⁷ Voir à ce propos les conclusions très instructives de l'avocat général M. Poiares Maduro en cause de *Halifax* (C.J.C.E. 21 février 2006, C-255/02, C-419/02 et C-223/02, *Jur.* 2006, I-1609).

¹⁸⁸ C.J.C.E. 12 mars 1998, *Kefalas*, C-367/96, *Jur.* 1998, I-2843, r.o. 20, 22 et 28; C.J.C.E. 23 mai 2000, *Diamantis*, C-373/97, *Jur.* 2000, I-1705, r.o. 33; C.J.C.E. 12 mars 1996, *Pafitis* et autres, C-441/93, *Jur.* 1996, I-1347, r.o. 68; Conclusions de l'avocat général Tizzano en cause de *Zhu et Chen* (C.J.C.E. 19 octobre 2004, C-200/02, *Jur.* 2004, I-9925), r.o. 114-115.

¹⁸⁹ C.J.C.E. 9 mars 1999, *Centros*, C-212/97, *Jur.* 1999, I-1459, r.o. 27.

¹⁹⁰ C.J.C.E. 21 février 2006, *Halifax*, C-255/02, C-419/02 et C-223/02, *Jur.* 2006, I-1609, r.o. 76.

¹⁹¹ Voir par exemple: C.J.C.E. 3 décembre 1974, *Van Binsbergen* (C-33/74, *Jur.* 1974, 1299, r.o. 13); C.J.C.E. 3 février 1993, *Veronica Omroep Organisatie* (C-148/91, *Jur.* 1993, I-487, r.o. 12); C.J.C.E. 5 octobre 1994, *TV10* (C-23/93, *Jur.* 1994, I-4795, r.o. 21), concernant la liberté de service; C.J.C.E. 21 juin 1988, *Lair* (39/86, *Jur.* 1988, 3161, r.o. 43), concernant la libre circulation des travailleurs; C.J.C.E. 10 janvier 1985, *Leclerc* et autres (229/83, *Jur.* 1985, I, r.o. 27), concernant la libre circulation des biens.

Voir aussi: C.J.C.E. 7 février 1979, *Knoors* (115/78, *Jur.* 1979, 399, r.o. 25), relatif à la libre circulation des personnes et la liberté d'établissement, dans lequel la Cour a retenu expressément "qu'un État membre peut avoir un intérêt légitime à empêcher qu'à la faveur des facilités créées en vertu du Traité, certains de ses ressortissants tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale".

Voir en outre: C.J.C.E. 3 octobre 1990, *Bouchoucha* (C-61/89, *Jur.* 1990, I-3551, r.o. 14); C.J.C.E. 7 juillet 1992, *Singh* (C-370/90, *Jur.* 1992, I-4265, r.o. 24).

¹⁹² F. LAGONDET, *l.c.*, 8-9.

soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale et que les justiciables européens ne sauraient abusivement se prévaloir des normes communautaires¹⁹³.

Par ailleurs, la Cour de justice veut éviter que les justiciables européens obtiennent des allocations de sécurité sociale au moyen d'abus ou de fraude¹⁹⁴. Une jurisprudence similaire existe en matière de politique agricole commune, la Cour de justice considérant que la réglementation en matière de restitutions à l'exportation ne saurait en aucun cas être étendue «jusqu'à couvrir des pratiques abusives ou frauduleuses des exportateurs»¹⁹⁵. Les interventions supposent en effet des «transactions commerciales normales»¹⁹⁶.

Dans l'important arrêt *Emsland-Stärke*, la Cour a considéré que les dispositions communautaires visées doivent être interprétées en ce sens que le droit à la restitution se perd en cas d'abus. 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. Elle requiert, 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 obtention¹⁹⁷.

¹⁹³ C.J.C.E. 9 mars 1999, *Centros*, C-212/97, *Jur.* 1999, I-1459, r.o. 24.

Voir dans le cadre d'un prétendu abus du droit d'établissement: C.J.C.E. 21 novembre 2002, *X et Y*, C-436/00, *Jur.* 2000, I-10829, r.o. 41 et 45; C.J.C.E. 30 septembre 2003, *Inspire Act*, C-167/01, *Jur.* 2003, I-10155, r.o. 136.

¹⁹⁴ C.J.C.E. 2 mai 1996, *Brennet*, C-206/94, *Jur.* 1996, I-2357, r.o. 24; C.J.C.E. 3 juin 1992, *Paletta*, C-45/90, *Jur.* 1992, I-3423.

¹⁹⁵ C.J.C.E. 11 octobre 1977, *Cremer*, C-125/76, *Jur.* 1977, 1593, r.o. 21.

¹⁹⁶ C.J.C.E. 3 mars 1993, *General Milk Products*, C-8/92, *Jur.* 1993, I-779, r.o. 21.

¹⁹⁷ C.J.C.E. 14 décembre 2000, *Emsland Stärke*, C-110/99, *Jur.* 2000, I-11569, spécialement r.o. 52 en 53.

d. Abus de procédure

45. La jurisprudence communautaire s'oppose aussi à l'abus de procédure.

Ainsi, la Cour de justice a considéré qu'en égard à l'évolution de l'instance le requérant qui devait se rendre compte que son action en annulation est (manifestement) non fondée, qu'il n'a aucun intérêt à poursuivre la procédure. En le faisant néanmoins, il se rend coupable d'un abus de procédure¹⁹⁸.

Le Tribunal de première instance quant à lui a décidé que le comportement d'un justiciable européen et/ou de son avocat qui, inlassablement, invoque des moyens irrecevables et/ou non fondés, constitue un abus de procédure¹⁹⁹.

e. Litiges en matière de T.V.A

46. Une jurisprudence récente applique l'interdiction de l'abus de droit en matière de T.V.A.²⁰⁰

La lutte contre la fraude, l'évasion fiscale et l'abus éventuels constitue en effet l'objectif poursuivi par sixième directive en matière de T.V.A.²⁰¹ La constatation de l'existence d'une pratique abusive dans le domaine de la T.V.A. exige, d'une part, que les opérations en cause, malgré l'appli-

¹⁹⁸ C.J.C.E. 5 mars 1980, *Simmmenthal*, 243/78, *Jur.* 1980, 593.

¹⁹⁹ T.P.I. 29 mars 2001, *Goldstein*, T-302/00R, *Jur.* 2001, II-1127.

²⁰⁰ C.J.C.E. 6 juillet 2006, *Kittel*, causes jointes C-439/04 et C-440/04, pas encore publiées in *Jur.*; C.J.C.E. 21 février 2006, *Halifax*, C-255/02, C-419/02 et C-223/02, *Jur.* 2006, I-1609.

²⁰¹ Sixième directive 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, *J.O. L* 145 du 13 juin 1977. Il y a lieu d'observer que la sixième directive a été rétractée par la Directive 2006/112/CEE du Conseil du 28 novembre 2006, *J.O.*, L 347 du 11 décembre 2006.

Voir aussi: C.J.C.E. 29 avril 2004, *Gemeente Leusden et Holin Groep*, C-487/01 et C-07/02, *Jur.* 2004, I-5337, r.o. 76.

cation formelle des conditions prévues par les dispositions pertinentes de la sixième directive en matière de T.V.A. 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. D'autre part, il doit également résulter d'un ensemble d'éléments objectifs que le but essentiel des opérations en cause est l'obtention d'un avantage fiscal²⁰².

f. Droit des sociétés

47. La jurisprudence communautaire relative à l'interdiction de l'abus de droit peut également être illustrée en matière de droit des sociétés²⁰³.

Dès lors que la plupart des sociétés, à l'exclusion de la société unipersonnelle, supposent l'existence d'un contrat de société, il n'est pas étonnant que la jurisprudence contrôle la manière dont les actionnaires (majoritaires ou minoritaires) font usage de leurs droits sociétaires à la lumière de l'interdiction de l'abus de droit²⁰⁴. Par ailleurs, le droit de vote des actionnaires a de

manière générale un caractère fonctionnel (ainsi que certains autres droits des actionnaires), sous peine de détournement de pouvoir²⁰⁵, ce qui autorise un contrôle spécifique.

Dans les arrêts *Pafitis*²⁰⁶ et *Kefalis*²⁰⁷, la Cour de justice devait répondre à la question de savoir si un justiciable européen peut abuser d'un droit communautaire subjectif (en l'espèce l'article 25, paragraphe 1^{er} de la deuxième directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976²⁰⁸) et, dans l'affirmative, dans quelles circonstances c'est précisément le cas. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle un justiciable européen fait usage d'un droit communautaire subjectif, alors que la partie adverse invoque l'interdiction de l'abus de droit prévu par le droit national.

Concrètement, il s'agissait d'un litige opposant les actionnaires d'une société hellénique à l'État grec. Le ministre hellénique des affaires économiques avait, sur la base de la loi d'exception en matière d'assainissement financier des entreprises, transféré la gestion de la société qui connaissait de graves difficultés financières, à un organisme public, l'OAE (l'organisme pour la restructuration des entreprises). En vue de l'assainissement de l'entreprise, cet organisme public avait fait usage du pouvoir qui lui est conféré par la législation spéciale d'augmenter le capital so-

²⁰² C.J.C.E. 21 février 2006, *Halifax*, C-255/02, C-419/02 et C-223/02, *Jur.* 2006, I-1609, r.o. 74 et 75.

Mentionnons à cet égard qu'une affaire pendante devant la Cour de justice posant la question préjudicielle de savoir si la notion «d'abus de droit» définie dans l'arrêt *Halifax* précité comme «opération ayant pour but essentiel l'obtention d'un avantage fiscal», coïncide ou bien est plus large ou plus restrictive que celle définie comme «opération effectuée sans autre raison économique que l'obtention d'un avantage fiscal». Plus spécifiquement, la Cour est saisie de la question suivante: peut-on considérer comme un abus de droit le fait de conclure séparément des contrats de crédit-bail (leasing), de financement, d'assurance et d'entremise, ayant pour résultat l'assujettissement à la T.V.A. de la seule contrepartie de la concession du bien en jouissance, alors que la conclusion d'un seul contrat de leasing qui comprend aussi le financement entraînerait l'assujettissement à la T.V.A. de la totalité de la contrepartie (J.O. C-326 du 30 décembre 2006, 28).

²⁰³ Y. VAN GERVEN, *l.c.*, p. 355-358, n° 15-17.

²⁰⁴ L. SIMONT, «Réflexion sur l'abus de minorité», in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1986, 325; K. GEENS et H. LAGA, «Overzicht van rechtspraak (1986-1991): Vennootschappen», *T.P.R.* 1993, 1079-1081.

²⁰⁵ J. RONSE et K. GEENS, «Misbruik van minderheidspositie», in *Van Vennootschappelijk Belang – Opstellen J.J.M. Maaijer*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1988, p. 232, n° 6-11 et p. 244.

²⁰⁶ C.J.C.E. 12 mars 1996, *Pafitis*, C-441/93, *Jur.* 1996, I-1347.

²⁰⁷ C.J.C.E. 12 mars 1998, *Kefalis*, C-367/96, *Jur.* 1998, I-2843.

²⁰⁸ 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», J.O. L-26 du 31 janvier 1975.

cial et ce, en dehors de toute décision de l'assemblée générale des actionnaires. Certains actionnaires ont introduit un recours en invalidité contre cette décision d'augmentation du capital. Ils invoquent qu'elle est contraire à l'article 25, paragraphe 1^{er} de la deuxième directive qui dispose que toute augmentation du capital doit être décidée par l'assemblée générale. L'État hellénique objectait que les actionnaires ont abusé de leur droit précité de décider d'une éventuelle augmentation du capital. L'État hellénique invoque plus précisément l'interdiction de l'abus de droit prévue par son droit national et tirée de l'article 281 du Code civil hellénique. Aux termes de cette disposition, l'exercice d'un droit est prohibé s'il excède manifestement les limites imposées par la bonne foi ou les bonnes mœurs ou par la finalité sociale ou économique dudit droit. L'État hellénique invoque, par ailleurs, que lesdits actionnaires n'avaient aucun intérêt procédural et qu'ils n'avaient pas davantage subi de dommage ensuite de l'assainissement de l'entreprise. Selon l'État hellénique, les actionnaires ont plutôt tiré avantage de cet assainissement qui a mis fin à la situation précaire de l'entreprise et qui garantit de cette façon la valeur économique des actions. Selon l'État hellénique, les actionnaires doivent aussi se rendre compte que l'assainissement règle le problème de la menace de licenciement de milliers de travailleurs et assure la continuité de l'activité d'un grand nombre de sous-traitants dans l'intérêt de l'économie nationale.

La Cour de justice rejoint le point de vue de l'État hellénique et accepte ainsi que cet État applique une interdiction de l'abus de droit prévue par le droit national pour mettre des limites à l'exercice d'un droit communautaire, en l'espèce l'article 25, paragraphe 1^{er} de la deuxième directive. La

Cour décide, de manière expresse, qu'en cas d'abus ou de fraude, les justiciables européens ne peuvent invoquer le droit communautaire et, par conséquent, que l'application de l'interdiction de l'abus de droit prévue par le droit national lors de l'appréciation de l'abus du droit communautaire n'est pas forcément contraire à l'ordre juridique communautaire.

Ainsi, la Cour de justice ne développe donc aucune règle d'abus du droit communautaire autonome, mais permet que l'exercice de droits communautaires subjectifs soit apprécié au regard de l'interdiction de l'abus de droit prévue par le droit national. Quoi qu'il en soit, la Cour précise que l'application d'une interdiction de droit national ne saurait porter atteinte au plein effet et à l'application uniforme des dispositions communautaires. Sous prétexte de l'interdiction de l'abus de droit, la portée d'un droit résultant du droit communautaire ne saurait être modifiée et ses finalités ne sauraient être mises en péril.

Le point de vue de la Cour de justice est clair: la Cour se réserve la compétence d'exercer son contrôle sur l'impact de l'interdiction de l'abus de droit prévu par le droit national sur le droit communautaire et peut, au besoin, intervenir lorsque la primauté du droit communautaire est mise en danger²⁰⁹. Il ne saurait donc être question de priver un actionnaire (minoritaire) du droit d'invoquer l'article 25, paragraphe 1^{er} de la deuxième directive parce qu'il s'agit d'une société connaissant des difficultés ou parce que l'assainissement lui a aussi profité.

²⁰⁹ Y. VAN GERVEN, *l.c.*, p. 356-357, n° 15-16.

En l'espèce l'affaire était en réalité plus complexe: les actionnaires avaient principalement comme intention de causer un dommage en application l'article 25, paragraphe 1^{er} de la deuxième directive. Les actionnaires auraient eu, en effet, l'intention non pas de faire invalider ladite décision d'augmentation du capital, mais bien de se faire verser un montant important s'ils renonçaient à leur recours. Par ailleurs, la Cour attache de l'importance au fait qu'il existe suffisamment d'indices sérieux pour affirmer que le fait pour les actionnaires d'invoquer l'article 25, paragraphe 1^{er} de la deuxième directive tend à obtenir, au préjudice de la société et de tiers, des avantages illicites qui sont manifestement étrangers au but et aux finalités de cette disposition, à savoir offrir aux actionnaires la garantie qu'une décision d'augmentation du capital ayant des effets évidents pour la structure de l'actionariat ne sera pas prise sans leur concours. La Cour reproche en réalité aux actionnaires de s'être rendus coupables de détournement de pouvoir.

Ces derniers éléments nous renvoient à l'interprétation plus restrictive faite de l'interdiction de l'abus de droit par le droit romain.

Par ailleurs, la Cour de justice ne rejoint pas textuellement le point de vue que lesdits actionnaires ont commis un abus de droit en réalisant, en application de l'article 25, paragraphe 1^{er}, de la deuxième directive, un avantage disproportionné par rapport au préjudice causé à d'autres personnes. Ce critère de proportionnalité ne relève apparemment pas (encore) du commun dénominateur de l'interdiction de l'abus de droit dans les divers États membres.

g. Conclusion intermédiaire

48. Le principe général du droit relatif à l'interdiction de l'abus de droit pose un dilemme au Tribunal de première instance et à la Cour de justice²¹⁰. D'une part, l'on ne peut plus ignorer actuellement le principe du droit de l'interdiction de l'abus de droit, ne fût-ce que pour des motifs d'équité, tout comme les Romains ont dû admettre après un certain temps que l'usage égoïste et manifestement déraisonnable d'un droit subjectif au préjudice d'autrui était inacceptable. D'autre part, l'interdiction de l'abus de droit ne peut constituer un prétexte pour déroger au plein effet, à l'application uniforme et à la primauté du droit communautaire. La réserve est dès lors de mise dans l'application de l'abus de droit.

49. Ce qui précède illustre par ailleurs l'interaction entre le droit communautaire et le droit national²¹¹. L'interaction n'est certainement pas à sens unique: le droit national agit en effet tout aussi bien sur le droit communautaire²¹².

Chapitre IV. Conclusion

50. L'étude des deux principes généraux du droit privé, à savoir l'enrichissement sans cause ou de l'enrichissement injustifié et l'interdiction de l'abus de droit, démontre à quel point les effets

²¹⁰ Y. VAN GERVEN, *l.c.*, p. 358-359, n° 18.

²¹¹ S. PRÉCHAL et T. HEUKELS, "Algemene beginselen in het Nederlandse recht en het Europese recht: rechtsvergelijking en interactie", *S.E.W.* 1986, p. 309-317, n° 9-11; W. VAN GERVEN, "Naar een Europees gemeen recht van algemene rechtsbeginselen", *R.M.T.* 1995, 233-243, spécialement 238; Y. VAN GERVEN, *l.c.*, p. 359, n° 19.

²¹² W. VAN GERVEN, "Wederzijdse doordringing van publiek- en privaatrecht op nationaal en supranationaal niveau: van doorwerking gesproken", in X., *Publiekrecht – De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Verslagboek van de P.U.C. Willy Delva 1996-97, Gand, Mys & Breesch, 1997, 183-202.

de la tradition de droit romain se perpétuent jusqu'à ce jour, lors de l'introduction de ces principes généraux sur le *forum* communautaire européen.

Cela nous amène à la constatation, à tout le moins dans le contexte des principes généraux de droit privé, que le *ius commune* tel qu'il existait avant l'émergence des États nationaux actuels, ressemble très fort au *ius commune* qui se dégage sur le *forum* communautaire européen lors de la recherche du commun dénominateur en cette matière.

Les États nationaux ne jouent en effet qu'un rôle d'intermédiaire dans l'évolution en deux temps d'abord (1) du *ius commune* originaire créé par

le droit romain vers les introductions différenciées dans le droit des États nationaux et, ensuite, (2) du droit national vers un *ius commune* en matière de droit communautaire.

A cet égard, les états nationaux peuvent, comme il a déjà été soutenu, donner une interprétation propre auxdits concepts de droit privé et prévoir des applications qui répondent plus aux besoins concrets qui leur sont propres. Ils ne doivent toutefois pas perdre de vue la tradition. En effet, si divers États membres tentent de déroger à cette tradition, ils y seront à nouveau confrontés sur le *forum* communautaire européen. Sur ce *forum*, la tradition conserve ses effets et elle s'y trouve d'autant plus renforcée, fût-ce pour des motifs qui lui sont propres.

