

V.3.3.3. La raison impérieuse d'intérêt général

- 307.** Depuis l'arrêt *Cassis de Dijon* 5/76, la Cour de justice décide qu'un Etat-membre peut interdire ou restreindre l'exercice d'une liberté de circulation quand il peut faire appel à une cause prévue par le TFUE (notamment l'ordre public étatique) ou à une exigence 5/77 ou une raison impérative ou impérieuse d'intérêt général.

La "raison impérieuse d'intérêt général" n'a pas été définie par les Traités de l'UE pour la bonne raison qu'elle n'y figure pas.

D'origine jurisprudentielle, la Cour de justice n'estime pas nécessaire de la circonscrire.

P. Van Cleynenbreugel a analysé la jurisprudence de la Cour, dont il a distillé, par liberté de circulation, un inventaire des raisons impérieuses d'intérêt général 5/78, retenues par la Cour :

- dans le cadre de la libre circulation de marchandises :
 - l'efficacité des contrôles fiscaux et la lutte contre la fraude et les abus,
 - la protection de la santé publique,
 - la lutte contre la concurrence déloyale,
 - la protection des consommateurs,
 - la protection de l'environnement,
 - la préservation de l'équilibre financier du système de la sécurité sociale,
 - la protection de l'environnement urbain, en ce compris l'aménagement du territoire,
 - la protection des travailleurs, en ce compris leur protection sociale,
 - la protection des valeurs sociales, culturelles, régionales, religieuses et philosophiques d'une société et la promotion d'une langue nationale,
 - la sécurité routière,
 - le maintien de la sécurité des produits,
 - le maintien de la pluralité de la presse,
 - la protection des droits de l'enfant,
 - la préservation de la liberté d'expression.

5/76 CJ 20 février 1979, C-120/78, *Rewe Central/Cassis de Dijon* (qui concerne la libre circulation de marchandises) ; pour quelques applications récentes : CJ 27 février 2020, C-405/18, *Aures Holdings* ; CJ 7 octobre 2019, C-171/18, *Safeway Ltd* ; CJ 22 novembre 2018, C-679/17, *Huybrechts*.

5/77 Terme utilisé dans le cadre de la libre circulation de marchandises.

5/78 P.VAN CLEYNENBREUGEL, op. cit., 116-117, 147-148, 179-180 et 266-267.

- dans le cadre de la libre circulation des capitaux et des paiements :
 - l'efficacité des contrôles fiscaux et la lutte contre la fraude et les abus,
 - la préservation de l'équilibre financier du système de la sécurité sociale,
 - la cohésion fiscale,
 - la protection de l'environnement urbain, en ce compris l'aménagement du territoire,
 - la sécurité routière,
 - l'exécution d'un service d'intérêt général ou d'un service universel,
 - l'objectif d'attirer des investissements suffisants dans des réseaux de distribution d'électricité et de gaz, afin de garantir l'approvisionnement en énergie,
 - la promotion de la recherche et du développement.

- dans le cadre de la libre circulation des personnes :
 - l'exigence d'une connaissance linguistique en lien avec un emploi à pourvoir,
 - la lutte contre l'abus d'une liberté fondamentale,
 - la préoccupation de conserver l'équilibre financier et sportif de clubs sportifs et de promouvoir la recherche de talents et la formation de jeunes joueurs,
 - l'augmentation du nombre des diplômés supérieurs au sein de la population,
 - la nécessité de vérifier l'existence d'un lien avec un Etat-membre afin de conserver l'équilibre financier du système de la sécurité sociale ,
 - la protection de l'action collective des syndicats.

- dans le cadre de la liberté d'établissement et de la libre circulation des services :
 - la protection des consommateurs de services,
 - la sécurité routière,
 - les objectifs de politique sociale et de sécurité sociale, notamment en ce qui concerne les services de santé,
 - la protection de l'aménagement du territoire,
 - la lutte contre la fraude, l'abus et le crime notamment en ce qui concerne les jeux de hasard.

308. L'article 4.8 de la Directive Services 2006/123/CE donne, par contre, une définition de la raison impérieuse d'intérêt général :
"Des raisons reconnues comme telles par la jurisprudence de la Cour de justice qui incluent les justifications suivantes : l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique, la préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale, la protection des consommateurs, des destinataires de services et des

travailleurs, la lutte contre la fraude, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain, la santé des animaux, la propriété intellectuelle, la conservation du patrimoine national historique et artistique, des objectifs de politique sociale et des objectifs de politique culturelle“.

Cette énumération est moins complète que celle qui figure au considérant 40 de la même Directive :

“Cette notion (la raison impérieuse d'intérêt général), au sens que lui donne la jurisprudence de la Cour, couvre au moins les justifications suivantes : l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique au sens des articles 46 et 55 du traité, le maintien de l'ordre social, des objectifs de politique sociale, la protection des destinataires de services, la protection des consommateurs, la protection des travailleurs y compris la protection sociale des travailleurs, le bien-être des animaux, la préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale, la lutte contre la fraude, la lutte contre la concurrence déloyale, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain, y compris l'aménagement du territoire, la protection des créanciers, la protection de la bonne administration de la justice, la sécurité routière, la protection de la propriété intellectuelle, des objectifs de politique culturelle, y compris la sauvegarde de la liberté d'expression de différentes composantes, notamment les valeurs sociales, culturelles, religieuses et philosophiques de la société, la nécessité de garantir un niveau élevé d'éducation, le maintien du pluralisme de la presse et la promotion de la langue nationale, la préservation du patrimoine historique et artistique national, et la politique vétérinaire“.

Ces énumérations, qui mériteraient sans aucun doute une discussion plus approfondie, démontrent que l'Union a désigné la Cour de justice comme l'autorité qui détermine la raison impérieuse d'intérêt général, comme le ferait un législateur par ailleurs.

- 309.** Les applications hétérogènes de la Cour et les énumérations dans la Directive Services démontrent aussi que les raisons impérieuses d'intérêt général concernent, directement ou indirectement, les valeurs essentielles du vivre ensemble.

La lutte contre la fraude et les abus, la lutte contre le crime, la protection des consommateurs, la préservation de l'équilibre financier du système de la sécurité sociale, la protection des travailleurs, la sécurité routière, la sécurité des produits, la protection des droits de l'enfant, la préservation d'un service d'intérêt général ou d'un service universel, l'approvisionnement en énergie, la protection de l'action collective des syndicats... visent la sécurité.

La protection de la santé publique, la protection de l'environnement, la préservation de l'équilibre financier du système de la sécurité sociale, la sécurité routière, la sécurité des produits, la préservation des services d'intérêt général ou d'un service universel, l'approvisionnement en énergie, la protection de l'action collective des syndicats, les objectifs en matière de politique sociale en matière de services de santé... concernent la valeur essentielle de la santé.

La protection des valeurs sociales, culturelles, régionales, religieuses et philosophiques, la promotion d'une langue nationale, la protection de l'environnement urbain en ce compris l'aménagement du territoire, la promotion de la recherche et du développement, l'exigence d'une connaissance linguistique, la formation des jeunes (joueurs), l'augmentation du nombre des diplômes supérieurs... présentent un lien avec l'enseignement.

La libre disposition est notamment préservée par la lutte contre la concurrence déloyale, par la protection des valeurs sociales, culturelles, régionales, religieuses et philosophiques, par le maintien de la pluralité de la presse, par la préservation de la liberté d'expression, par la lutte contre la fraude, l'abus et le crime, par la protection de l'action collective des syndicats...

Qu'il invoque l'ordre public (étatique) ou une raison impérieuse d'intérêt général, dans les deux cas l'Etat-membre justifie l'interdiction ou la restriction de l'exercice d'une liberté de circulation par la protection de la sécurité, de la santé, de l'enseignement et/ou de la libre disposition des personnes qui se trouvent sous son autorité.

La raison impérieuse d'intérêt général n'ajoute donc rien à l'exception d'ordre public que l'Etat-membre peut opposer à l'exercice d'une liberté de circulation en vertu du droit primaire.

- 310.** Le succès que connaissent les raisons impérieuses d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour ne s'explique donc pas par leur contenu, mais par l'autorité qui a le dernier mot quand il s'agit de leur application.

Confrontée à l'exception de l'ordre public invoquée par un Etat-membre, la Cour doit se familiariser avec son système juridique et avec ses lois (raisonnables), qui réalisent et limitent l'exercice des droits et libertés des personnes qui se trouvent sous son autorité, afin de déterminer si la restriction ou l'interdiction est cohérente avec l'ordre public étatique en question.

La tâche est rude et n'a pas su "convaincre" la Cour.

La "raison impérieuse d'intérêt général" simplifie les choses : l'exception d'ordre public étatique est remplacée par la raison impérieuse d'intérêt général, que la Cour daigne admettre.

Pour la Cour, l'avantage est double : elle se débarrasse de l'ordre public étatique et elle seule détermine au cas par cas ce qui constitue une raison impérieuse d'intérêt général.

Ce droit dérivé, dont la Cour est l'auteur, ne semble pas respectueux du droit primaire de l'Union.

Le TFUE réserve expressément aux (législateurs des) Etats-membres le droit de déterminer leur ordre public et de l'invoquer à l'appui d'éventuelles interdictions ou restrictions qu'ils imposent à l'exercice d'une liberté de circulation.

Certes, la Cour de justice est en droit de contrôler les applications que font les Etats-membres de leur ordre public. Le droit primaire ne lui a cependant pas donné le pouvoir de remplacer les législateurs des Etats-membres, ce qu'elle fait pourtant sous le couvert d'une nouvelle terminologie et par sa vision (judiciaire) sur ce qui constitue une raison impérieuse d'intérêt général.^{5/79}

V.3.3.4. La proportionnalité

- 311.** L'interdiction ou la restriction de l'exercice d'une liberté de circulation, instaurée par un Etat-membre, doit non seulement être justifiée par son ordre public ou par une raison impérieuse d'intérêt général. Son application doit aussi être proportionnelle à la réalisation de l'objectif (légitime) que l'Etat-membre poursuit.

Si l'interdiction ou la restriction ne conduit pas, dans les faits, à la réalisation de l'objectif légitimement poursuivi ^{5/80} ou si elle va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif légitime, elle n'est pas proportionnelle.^{5/81}

L'Etat-membre réalise avec la restriction ou l'interdiction un objectif légitimement poursuivi lorsque son intervention s'inscrit dans une approche et des mesures cohérentes et systématiques. ^{5/82} Une restriction ou interdiction qui n'est pas cohérente ou systématique avec les politiques et actions de l'Etat-membre dans la matière concernée, n'est pas en mesure de réaliser l'objectif légitimement poursuivi par ces politiques et actions.

^{5/79} Qui échappe en outre à tout contrôle démocratique.

^{5/80} Qui fait partie de l'ordre public étatique ou constitue une raison impérieuse d'intérêt général.

^{5/81} Notamment : M. CASTILLO et R. CHEMAIN, loc.cit., 153-161 ; P. VAN CLEYNENBREUGEL, op.cit., 118-124, 148-150, 180-181 et 267-269, Rezquia Adoui.

^{5/82} Voy CJ 18 mai 1982, C-115 et 116/81, Rezquia Adoui; CJ 11 mars 1986, C-121/85, Conegate ; CJ 6 mars 2018, C-52/16, Segro.

L'application de la mesure restrictive n'est pas nécessaire pour atteindre l'objectif légitime quand elle va plus loin que la réalisation de l'objectif ou qu'il est possible de la remplacer par une mesure moins restrictive qui atteint l'objectif légitime poursuivi.^{5/83}

L'application proportionnelle de la raison impérieuse d'intérêt général doit être établie par l'Etat-membre qui l'invoque.

La Cour n'accepte pas les mesures restrictives, qui se fondent sur des présomptions générales, par exemple d'une fraude ou d'un abus.

Elle requiert, au cas par cas, la preuve par l'Etat-membre de la raison impérieuse d'intérêt public.

Elle exige également qu'il donne à la personne, qui subit la restriction ou l'interdiction, la possibilité d'une preuve contraire. Si elle reconnaît qu'il n'est pas toujours aisé pour un Etat-membre d'établir concrètement la raison impérieuse d'intérêt général qu'il invoque (par exemple une fraude ou un abus), la Cour s'intéresse de près aux possibilités de preuve (contraire) qui se trouvent à la disposition des Etats-membres. S'ils omettent de les utiliser ou n'ont pas prévu la possibilité d'une preuve contraire, la mesure restrictive est sanctionnée par la Cour faute de proportionnalité.^{5/84}

Il appartient, en principe, au juge national de se prononcer sur la proportionnalité d'une restriction ou d'une interdiction. ^{5/85} Il doit toutefois s'inspirer de la jurisprudence et des indications de la Cour, qui privilégie l'exercice des libertés de circulation.^{5/86}, notamment en interprétant de façon restrictive "les exceptions".

V.3.3.5. L'abus du droit de l'Union

- 312.** L'abus du droit communautaire n'est pas à confondre avec l'abus dans l'exercice d'un droit subjectif, qui est sanctionné en droit privé.^{5/87}

L'abus du droit communautaire vise des actes et des comportements qui portent atteinte à l'application du droit de l'Union par fraude, abus ou volonté d'évasion (évitement).

^{5/83} Voy CJ 14 décembre 1995, C-163/94, C-165/94 et C-250/94, *Sanz De Lera*.

^{5/84} Voy notamment CJ 26 février 2019, C-135/17, *XGmbH* ; CJ 26 février 2019, C-116/16, C-118/16, C-119/6 et C-299/16, *N.Luxembourg 1 e.a.* ; CJ 22 novembre 2018, C-679/16, *Huybrechts*.

^{5/85} *N. CARIAT et O. TORRES RODRIGUEZ*, loc.cit., 21-23.

^{5/86} Voy CJ 8 mars 2001, C-405/98, *Gourmet* ; CJ 29 novembre 2001, C-17/100, *Decoster* ; CJ 8 mai 2013, C-197/11 et C-203/11, *Libert*.

^{5/87} Voy à ce sujet P. VAN OMMESLAGHE, *Traité des obligations*, I, 52-83 ; P. WERY, *Traité des obligations*, I, 136-141 et 462-472.

Qu'il s'agisse d'un permis de séjour délivré par l'Union 5/88, de cotisations ou de prestations de sécurité sociale payables dans un Etat-membre 5/89, d'exonération ou de paiement de la TVA 5/90, de restitutions à l'exportation 5/91, d'une succession de contrats d'emploi à durée déterminée et/ou à temps partiel 5/92... , la Cour de justice se montre sévère quand elle est confrontée à des cas d'abus du droit communautaire.

Dans tous ces cas, des personnes se sont intentionnellement ou volontairement soustraites à l'application du droit de l'Union ou, au contraire, en ont indûment obtenu l'application.

L'abus du droit communautaire se caractérise par un élément objectif et subjectif. 5/93

L'élément objectif se déduit d'un ensemble de circonstances dont il résulte que, malgré le respect formel des conditions prévues par le droit de l'Union (primaire ou dérivé), l'objectif qu'il poursuit n'a pas été atteint. L'élément objectif se manifeste par une méconnaissance du droit de l'Union, malgré une apparence de conformité. 5/94

L'élément subjectif se réfère à la volonté d'obtenir un avantage par la méconnaissance du droit communautaire en créant artificiellement les conditions qui déterminent l'obtention de cet avantage.

Ces deux éléments peuvent être établis par voie de présomptions, déduites d'un ensemble de circonstances. 5/95

L'abus du droit de l'Union se produit également dans le cadre des libertés de circulation.

A condition d'être proportionnelles, les Etats-membres peuvent imposer des interdictions ou des restrictions à l'exercice d'une liberté de circulation dans la

5/88 CJ 27 septembre 1989, C-130/88, Van Bijl; CJ 5 juin 1997, C-285/95, Suat Kal; CJ 27 septembre 2001, C-63/99, Gloszczuk.

5/89 CJ 3 juin 1992, C-54/90, Paletta; CJ 2 mai 1996, C-206/94, Brennet AG.

5/90 CJ 21 février 2006, C-255/02, Halifax ; CJ 7 décembre 2010, C-285/09, Rct autres.

5/91 CJ 14 décembre 2000, C-110/99, Ensland-Stärke .

5/92 CJ 28 février 2018, C-46/17, Hubertus John.

5/93 K. LENAERTS, The concept of "abuse of law" in the case law of the European Court of Justice on direct taxation, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2015, 333 et seq; ég. CJ 25 octobre 2017, C-106/17, Polbud; CJ 20 décembre 2017, C-504/16 et C-613/16, Duster Holding/Junker Holding ; CJ 6 mars 2018, C-52/16, Segro ; CJ 26 février 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16 et C-299/16.

5/94 Cette méconnaissance résulte soit de la violation d'une règle de droit communautaire qui était applicable, soit de son application alors que ses conditions d'application n'étaient pas réunies dans le chef de la personne qui en a bénéficié.

5/95 CJ 30 septembre 1997, C-36/97, Günaydin ; CJ 3 décembre 1974, C-33/74, Van Binsbergen ; CJ 26 février 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16 et C-299/16, N.Luxembourg1 e .a..

lutte contre la fraude, l'abus ou le crime ^{5/96}, mais la Cour de justice lance aussitôt un avertissement. L'interdiction ou la restriction d'une liberté de circulation ne peut pas porter atteinte à la pleine effectivité du droit de l'Union et des droits qui sont garantis aux titulaires par ce droit.^{5/97}

Même lorsque l'exercice d'une liberté de circulation est interdit ou restreint par un Etat-membre avec l'objectif (légitime) de combattre la fraude, l'abus, l'évasion ou le crime, la Cour se réserve la possibilité de vérifier l'appréciation de la fraude, de l'abus, de l'évasion ou du crime effectuée par l'Etat-membre et d'arriver, le cas échéant, à une autre décision dont elle estime qu'elle préserve (mieux) la pleine effectivité du droit de l'Union.

La Cour procède par étapes. Elle détermine d'abord la liberté de circulation qui fait l'objet de la restriction. Elle vérifie ensuite si la liberté subit une interdiction ou une restriction dans son exercice. Finalement elle apprécie si l'interdiction ou la restriction est justifiée par la cause (le motif) invoquée par l'Etat-membre.

A titre d'exemple sont examinés ci-après la liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux et des paiements dans leur interaction avec l'abus du droit communautaire.

V.3.3.5.1. Détermination de la liberté concernée par la restriction ou l'interdiction

a) LA LIBERTÉ D'ÉTABLISSMENT

- 313.** La liberté d'établissement permet à un ressortissant de l'Union de participer, de façon stable et continue, à la vie économique d'un Etat-membre autre que son Etat-membre d'origine et d'en tirer profit. Elle suppose une implantation réelle dans l'Etat-membre d'accueil et l'exercice d'une activité économique effective dans celui-ci.^{5/98}

La liberté d'établissement s'applique à des activités non salariées exercées dans l'Etat-membre d'accueil, ainsi qu'à la constitution et la gestion d'entreprises dans les conditions définies pour ses propres ressortissants par la législation de l'Etat-membre d'accueil.^{5/99}

^{5/96} Ces interventions sont justifiées par l'ordre public étatique ou par une raison impérieuse d'intérêt général (voy. supra nos 304-310) ; ég. CJ 3 décembre 1974, C-33/74 Van Binsbergen ; CJ 9 mars 1999, C-212/97, Centros ; CJ 12 septembre 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes ; CJ 13 mars 2007, C-524/04, Thin Cap Group ; CJ 17 septembre 2009, C-182/08, Glaxo Wellcome.

^{5/97} N. CARIAT et O. TORRES RODRIGUEZ, loc. Cit., 8-9 ; ég. CJ 12 mai 1998, C-367/96, Kefalas ; CJ 9 mars 1999, C-212/97, Centros.

^{5/98} Voy CJ 12 septembre 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes.

^{5/99} CJ 9 mars 1999, C-212/97, Centros ; CJ 20 décembre 2017, C-504/16 et C-613/16, Duster Holding, ce qui suppose que cette entreprise s'implante réellement dans l'Etat-membre d'accueil et y exerce effectivement une activité économique.

Elle concerne sans distinction les personnes physiques et les sociétés définies à l'article 54 TFUE. 5/¹⁰⁰ La nationalité des fondateurs et des actionnaires n'est pas prise en considération.

Dans l'arrêt Centros 5/¹⁰¹, la Cour a admis qu'une société, constituée dans un Etat-membre d'accueil, bénéficie de la liberté d'établissement même si le but des fondateurs / actionnaires est de constituer une filiale (opérationnelle) dans leur Etat-membre d'origine.5/¹⁰²

Avec les arrêts Cadbury Schweppes, Vale et Polbud 5/¹⁰³ la Cour a encore libéralisé sa jurisprudence. Il s'agissait, selon la Cour, dans ces causes de sociétés qui avaient des (leurs) activités économiques dans leur Etat-membre d'origine et qui voulaient soit constituer une société dans un Etat-membre d'accueil, soit s'y établir, le cas échéant après leur transformation dans une société de l'Etat-membre d'accueil.

La Cour a admis que la constitution ou l'établissement, avec ou sans transformation, est protégé par la liberté d'établissement.

- 314.** Depuis les années 2000 la Cour décide que la prise d'une participation de contrôle dans (le capital d') une société établie dans un Etat-membre d'accueil par un ressortissant d'un autre Etat-membre, relève de la liberté d'établissement. 5/¹⁰⁴

Si la participation ne confère pas le contrôle de la gestion de la société, la Cour estime que la participation relève de la libre circulation des capitaux.

Par leur participation, les actionnaires de contrôle déterminent la gestion et l'administration de "leurs" sociétés.

Faisant abstraction de la personnalité juridique distincte des sociétés, leur activité économique dans un Etat-membre d'accueil et le profit qu'elles réalisent, peuvent être imputés à leurs actionnaires, notamment, de contrôle.

Dans l'orthodoxie juridique 5/¹⁰⁵ ce ne sont toutefois pas les actionnaires (de contrôle) qui participent à la vie économique de l'Etat-membre et qui en tirent profit, mais la personne morale.

L'exercice des droits qui sont attachés à la participation est en outre une activité qui est distincte de celle de la société.

5/¹⁰⁰ Avec ou sans personnalité juridique: CJ 14 septembre 2017, C-646/15, Trustees of P. Panayi Accumulation and Maintenance Settlements (au sujet du "trust" en common law).

5/¹⁰¹ CJ 9 mars 1999, C-212/97, Centros.

5/¹⁰² Voy infra nos 316-324 consacrés aux restrictions justifiées et, en particulier, à la question de savoir si la société-mère participe aux activités économiques de la filiale dans l'Etat-membre d'accueil.

5/¹⁰³ CJ 12 septembre 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes; CJ 12 juillet 2012, C-379/10, Vale Epitesi ; CJ 25 octobre 2017, C-106/17 Polbud; (souvent à la recherche d'une "optimalisation" fiscale).

5/¹⁰⁴ CJ 12 septembre 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes; CJ 13 mars 2007, C-524/04, Thin Cap Group.

5/¹⁰⁵ Construite sur la fiction (le paradigme) de la personne morale de droit privé qui bénéficie d'une personnalité juridique distincte.

En décidant que l'acquisition d'une participation de contrôle dans une société relève de la liberté d'établissement, la Cour perce implicitement le voile de la personnalité juridique distincte des sociétés, qui en disposent.^{5/106}

L'acquisition d'actions, de parts ou de droits qui sont émis par une société mobilisent uniquement les patrimoines du vendeur et de l'acheteur : ils font circuler des capitaux, peu importe leur importance et leur incidence sur le contrôle de la société.^{5/107} Dans pareil cadre, la liberté d'établissement ne devrait pas être évoquée.

b) LA LIBRE CIRCULATION DES CAPITAUX

- 315.** La libre circulation des capitaux n'est pas limitée au territoire des Etats-membres (le marché intérieur) ou aux seuls citoyens de l'Union. Il suffit que le capital soit en provenance d'un Etat-membre ou soit destiné à un Etat-membre.

La Cour détermine le champ d'application de la libre circulation des capitaux en se référant à la nomenclature (exemplative) des mouvements de capitaux reprise à l'article 1^{er} de la Directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988.

La participation dans une société ^{5/108} et l'acquisition d'instruments financiers ^{5/109} sont protégées par la libre circulation de capitaux.

Les mouvements de capitaux, qui sont inhérents aux prêts et crédits ^{5/110}, aux successions et donations ^{5/111} et à l'acquisition de droits réels sur des immeubles ^{5/112} bénéficient également de sa protection.

V.3.3.5.2. *La restriction*

- 316.** La Cour sanctionne régulièrement la restriction ou l'interdiction qui frappe l'exercice d'une liberté de circulation au motif que l'Etat-membre a introduit, directement ou indirectement, une différence de traitement entre ses

^{5/106} La Cour est pourtant très attachée aux sociétés, surtout celles qui disposent d'une personnalité juridique distincte (CJ 9 mars 1999, C-212/97, Centros, cons. 19 ; CJ 12 septembre 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes, cons. 30).

^{5/107} CJ 17 septembre 2009, C-182/08, Glaxo Wellcome.

^{5/108} A condition qu'il ne s'agit pas d'une participation de contrôle, CJ 26 février 2019, C-135/17, XGmbH.

^{5/109} CJ 17 septembre 2009, C-182/08, Glaxo Wellcome.

^{5/110} CJ 3 octobre 2013, C-282/12, Itelcar.

^{5/111} CJ 26 mai 2016, C-244/15, Commission/Grèce.

^{5/112} CJ 6 mars 2018, C-52/16, Segro.

ressortissants et les ressortissants d'un autre Etat-membre, alors qu'ils doivent bénéficier des mêmes libertés de circulation.^{5/113}

Il résulte en effet des Traités de l'UE que l'absence de discrimination au sein de l'Union est une valeur et un objectif des Etats-membres et de l'Union.^{5/114}

Il ne faudrait dès lors pas parler d'une restriction d'une liberté de circulation, mais bien d'une discrimination et examiner si elle (dé)raisonnable.^{5/115}

Quand la mesure, adoptée par un Etat-membre, sans discrimination prohibée, gêne ou rend moins attrayante la libre circulation pour leurs titulaires ^{5/116} ou est susceptible d'avoir cet effet ^{5/117}, la Cour procède à un examen au fond de l'interdiction ou de la restriction litigieuse.

L'optimisation fiscale étant devenue un "sport" européen, les libertés de circulation ^{5/118} sont régulièrement (souvent) exercées par des personnes qui veulent se soustraire, en tout ou en partie, à la fiscalité de leur Etat-membre d'origine.^{5/119}

Celui-ci voit d'un mauvais œil que des personnes, dont il a garanti et garantit les valeurs essentielles ^{5/120} et qui exercent des activités économiques et professionnelles sur son territoire ^{5/121}, s'établissent pour des raisons fiscales dans un autre Etat-membre ou un Etat tiers et/ou transfèrent des capitaux à ces endroits. La pilule est encore plus difficile à avaler quand ces personnes, avec leurs proches, continuent à vivre dans l'Etat-membre d'origine et y continuent leurs activités économiques et professionnelles lucratives. ^{5/122}

L'Etat sait en effet que des transferts de capitaux et de revenus (avant impôts), déguisés en "frais" ou en "dépenses", interviendront à destination de l'Etat-membre d'accueil ou d'un Etat tiers ^{5/123}, choisi pour des raisons fiscales.

^{5/113} Voy. M. DONY, J. BRACKER, L. MARCUS et E. SCHWALLER, Examen de jurisprudence (2012-2018). Droit économique de l'Union européenne, RCJB 2020, 336-337 et 343.

^{5/114} Voy supra nos 285 et 289.

^{5/115} Voy supra nos 103 et 104.

^{5/116} CJ 3 octobre 2013, C-282/12, Itelcar; CJ 3 décembre 2014, C_315/13, J. DE CLERCQ ; CJ 17 décembre 2015, C-342/14, X-Steuerberatungs-gesellschaft ; CJ 18 janvier 2018, C-294/15, Wind.

^{5/117} CJ 13 mars 2017, C-524/04, Thin Cap Group.

^{5/118} En particulier, la liberté d'établissement, la libre circulation de capitaux et/ou la libre circulation de services.

^{5/119} Souvent leur Etat-membre, celui dans lequel elles sont nées et ont grandi.

^{5/120} Leur sécurité, santé, enseignement et libre disposition et de leurs proches.

^{5/121} Egalement organisées et garanties par l'Etat-membre d'origine.

^{5/122} En se servant de sociétés qui "opèrent" aussi bien dans l'Etat-membre d'origine que dans un autre Etat-membre ou un Etat tiers, qui recevront le résultat (avant impôts) et/ou les capitaux, produits par leurs activités.

^{5/123} Combinés, le cas échéant, avec des transferts de capitaux.

Alors que ces revenus et capitaux sont réalisés sur son territoire grâce à l'ordre public qu'il organise, maintient, surveille, contrôle et finance, leurs bénéficiaires décident, en connaissance de cause, que leurs revenus et capitaux ("optimalisés") ne contribueront pas à cette organisation, maintien, surveillance, contrôle et financement.

Estimant – non sans raison – que cet exercice des libertés de circulation est frauduleux à son égard, l'Etat-membre d'origine décide dès lors de se défendre par des (lois) mesures qui découragent ou sanctionnent ces actes et comportements. Il interdit ou restreint l'exercice des libertés de circulation à des fins d'évasion et d'optimisation fiscale 5/124, qui portent atteinte à ses intérêts essentiels et à ceux de la collectivité, dont il est responsable.

- 317.** L'exercice de "leurs" libertés de circulation à des fins d'évasion ou d'optimisation fiscale étant interdit ou restreint, leurs titulaires réagissent par des litiges qui sont finalement soumis à l'appréciation de la Cour de justice.

La Cour admet que la fiscalité directe ne fait pas partie des compétences de l'Union, mais ajoute que les Etats-membres doivent exercer leur compétence fiscale en conformité avec le droit de l'Union. 5/125

La formulation est habile : les Etats-membres doivent évidemment respecter le droit de l'Union, mais la règle s'applique aussi à l'Union et à ses institutions.

La primauté du droit (primaire et dérivé) de l'Union ne joue que dans le cadre de ses compétences et dans la mesure de celles-ci.

La fiscalité directe étant réservée aux Etats-membres, l'Union agit sans droit quand elle intervient, directement ou indirectement, en cette matière. Elle ne peut pas se servir d'obligations, qui résultent pour les Etats-membres des Traités de l'UE, pour leur imposer sa vision dans des matières qui ne relèvent pas de sa compétence.

Par rapport au marché intérieur et aux libertés de circulation, les Etats-membres se sont expressément réservés le droit d'interdire ou de restreindre l'exercice des libertés de circulation afin de protéger leur ordre public (étatique).

Leur compétence exclusive en matière de fiscalité directe et leur droit de limiter l'exercice des libertés de circulation quand (la protection de) leur ordre public l'exige, conduisent à la conclusion que les Etats-membres exercent leur compétence fiscale en conformité avec le droit primaire de l'Union quand ils

5/124 Ou, mutatis mutandis, d'une optimisation "sociale".

5/125 Notamment : CJ 12 septembre 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes, pt 40 ; CJ 3 octobre 2013, C-282/12, Itelcar ; CJ 17 mai 2017, C-68/15, X.

interdisent ou restreignent l'exercice d'une liberté de circulation afin de protéger leur ordre public, dont leur fiscalité fait partie.