

JURISPRUDENCE COMMENTÉE

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Arrêt du 9 août 1994, *Lancry*, C-363/93 et C-407 à 411/93

Siège : M. O. Due (président), MM. G.F. Mancini, J.C. Moitinho de Almeida, M. Diez de Velasco, D.A.O. Edward (rapporteur), C.N. Kakouris, R. Joliet, F.A. Schockweiler, G.C. Rodrigues Iglesias, F. Grévisse, M. Zuleeg, P.J.G. Kapteyn, J.L. Murray.

Avocat général : M. G. Tesaurò (conclusions contraires).

Greffier : M^{me} Loutherman-Hubeau.

Plaideurs : M^{es} J.-C. Bouchard, Ph. Champetier de Ribes, Ch. Charrière-Bournazel, P. Dubois, C.-E. Gudin, J.-P. Spitzer, Th. Vialaneix ; M^{mes} C. de Salins, C. Giorgi, V. Melgar, B. Rodriguez Galindo et R. Silva de Lapuert ; MM. J.-L. Falconi, A.J. Navarro González, et R. Torrent.

LIBRE CIRCULATION DES MARCHANDISES — Taxe d'effet équivalant à un droit de douane — Taxe perçue en raison du franchissement d'une frontière régionale — Marchandises provenant d'autres régions du même Etat — Applicabilité du droit communautaire.

Le principe de l'union douanière s'étendant à l'ensemble des échanges de marchandises, telle qu'elle est prévue par l'article 9 du Traité C.E., exige que soit assurée de manière générale la libre circulation des marchandises à l'intérieur de l'union et non uniquement le commerce interétatique.

Une taxe perçue par un Etat membre sur toutes les marchandises introduites dans une région de son territoire, constitue une taxe d'effet équivalant à un droit de douane à l'importation interdite par l'article 9 du Traité C.E., non seulement en tant qu'elle frappe les marchandises introduites dans cette région en provenance d'autres Etats membres, mais également en tant qu'elle est perçue sur les marchandises introduites dans cette région en provenance d'une autre partie de ce même Etat.

(Extraits)

I. CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GIUSEPPE TESAURO
PRÉSENTÉES LE 28 JUIN 1994

15. L'autre question préjudicielle posée à la Cour est celle de savoir si l'article 9 du traité doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à la perception, par un Etat membre, d'une taxe ayant les caractéristiques de l'octroi de mer, même lorsque cette taxe est appliquée à des marchandises qui ne proviennent pas d'un autre Etat membre, mais au seul motif de leur introduction dans une région donnée du même Etat.

16. Les demandereses au principal, le gouvernement français et la Commission répondent à cette question par l'affirmative, en se fondant sur un certain nombre d'arguments qui ne nous paraissent toutefois pas décisifs.

Il a été soutenu, en premier lieu, que les articles du traité relatifs à l'union douanière sont fondés sur le principe de l'unicité du territoire douanier communautaire, principe qui serait en fait bafoué si l'on reconnaissait aux Etats membres la possibilité de réintroduire des protections internes en faveur de certains marchés locaux.

On a également fait valoir qu'il n'était pas utile de se référer, en l'espèce, à la jurisprudence de la Cour, selon laquelle les dispositions du traité ne sont pas applicables à des situations purement internes à un Etat membre, étant donné que l'octroi de mer a pour vocation de s'appliquer indistinctement tant aux marchandises en provenance d'autres régions de France qu'à celles qui sont importées d'autres Etats membres de la Communauté, ou également de pays tiers. Tant au cours de la procédure écrite que de la procédure orale, divers passages d'arrêts de la Cour ont été cités — tirés tant de l'arrêt *Legros* que de l'arrêt *Ligur Carni* e.a. (1) — qui auraient déjà résolu le problème dont nous avons à traiter ici, dans le sens que l'interdiction visée à l'article 9 s'applique également aux échanges internes. En ce qui concerne, notamment, l'arrêt *Legros*, tout en reconnaissant que la Cour ne s'était pas prononcée spécifiquement sur la compatibilité avec le traité d'une taxe perçue dans le cadre d'échanges internes, il a été soutenu que l'octroi de mer ne saurait échapper à la qualification de taxe d'effet équivalent effectuée par l'arrêt *Legros* dans la mesure où il frappait les importations en provenance d'autres Etats membres de la Communauté, même lorsqu'il s'applique exclusivement, comme c'est notamment le cas dans deux des affaires sur lesquelles nous nous penchons aujourd'hui, aux échanges nationaux.

17. Enfin, il a été relevé, notamment par la Commission, que si un Etat membre pouvait maintenir des obstacles tarifaires entre les différentes parties de son territoire et pour ses produits, il en résulterait des problèmes pratiques importants, en raison du fait qu'il faudrait, en toute hypothèse, éviter qu'un produit importé d'un autre Etat membre ne soit taxé de manière indirecte ; cela, non seulement dans l'hypothèse d'un simple « transit », par une autre région de France, d'un produit en provenance d'un pays membre et destiné à l'un des DOM, mais également d'une marchandise importée en France et acheminée seulement par la suite dans un DOM.

(1) Arrêt du 15 décembre 1993, *Ligur Carni* e.a. (C-277/91, C-318/91 et C-319/91, *Rec.*, p. I-6621).

18. Comme nous l'avons déjà indiqué, lesdits arguments ne nous paraissent pas convaincants, ni à la lumière des articles pertinents du traité, ni à celle de l'interprétation qui en a été constamment donnée par la Cour.

L'article 9 consacre « l'interdiction, entre les Etats membres, des droits de douane à l'importation et à l'exportation et de toutes taxes d'effet équivalent » ; l'article 12 interdit aux Etats membres d'introduire de nouveaux droits de douane ; l'article 13 imposait la suppression progressive, au cours de la période transitoire, des droits de douane à l'importation en vigueur entre les Etats membres. La simple lecture de ces dispositions fait apparaître clairement qu'une charge financière rentre dans le champ d'application des dispositions précitées lorsqu'elle est appliquée à une marchandise lors ou du fait qu'elle passe la frontière d'un Etat membre à un autre. Ces dispositions sont, par ailleurs, inscrites dans le titre du traité relatif à la libre circulation des marchandises et visent à la libération complète des échanges entre les pays membres de la Communauté, au même titre que l'interdiction des restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation et des mesures d'effet équivalent, figurant aux articles 30 et suivants.

Il est par conséquent essentiel, aux fins de l'application de ces dispositions, qu'il s'agisse de deux Etats. Si, par conséquent, il n'y a pas passage d'une frontière, comme c'est le cas dans l'hypothèse d'un produit originaire d'un Etat introduit dans une autre région de ce même Etat, la situation n'est pas pertinente en droit communautaire, ce qui est également le cas pour toute autre situation dans laquelle tous les éléments relèvent d'un seul pays membre. Ce principe est confirmé par une jurisprudence bien établie de la Cour.

19. Il ne nous semble pas, contrairement à ce qui a été soutenu au cours de la présente procédure, que l'on puisse tirer de l'arrêt *Legros* des arguments étayant la thèse inverse. Le point 18 de la motivation de cet arrêt — repris au point I du dispositif — selon lequel une taxe ayant les caractéristiques de l'octroi de mer, « perçu par un Etat membre *sur les marchandises importées d'un autre Etat membre* en raison de leur introduction dans une région du territoire du premier Etat membre constitue une taxe d'effet équivalent à un droit de douane à l'importation, en dépit du fait que la taxe frappe également les marchandises introduites dans cette région en provenance d'une autre partie de ce même Etat » (c'est nous qui soulignons) ne permet pas de doute. Il nous semble tout à fait évident qu'une telle affirmation n'a aucune influence sur la qualification de la taxe en question lorsqu'elle est appliquée à des marchandises nationales ; elle ne fait qu'expliquer qu'une telle application n'exclut pas qu'une charge pécuniaire *appliquée à des produits importés* puisse être considérée comme une taxe d'effet équivalent à un droit de douane, bien qu'elle soit appliquée *également* à des produits nationaux.

Cette conception est, par ailleurs, confirmée au point 16 de la motivation de l'arrêt cité, dans laquelle, après avoir mentionné une constatation qui a déjà été faite dans un arrêt précédent de la Cour — c'est-à-dire que l'interdiction de tout droit de douane applicable aux marchandises circulant entre les Etats membres se justifie dans la mesure où ces charges pécuniaires constituent des entraves à la circulation des marchandises —, il est précisé qu'« une taxe perçue à une frontière régionale en raison de l'introduction de produits dans une région d'un Etat membre constitue une entrave au moins aussi grave à la libre circulation des marchandises qu'une taxe perçue à la frontière nationale *en raison de l'introduction des produits dans l'ensemble du*

territoire d'un Etat membre » (c'est nous qui soulignons). Il est partant indifférent, aux fins de sa compatibilité avec les articles 9 et suivants du traité, qu'une taxe soit appliquée aux produits importés lors de leur entrée sur le territoire d'une région non frontalière de l'Etat membre en cause, au lieu de l'être au passage de la frontière. Il doit cependant manifestement toujours s'agir de biens qui circulent d'un pays membre à l'autre. Il est indifférent, par exemple, que le whisky écossais traverse la frontière française à Calais (parce qu'il a été transporté par voie maritime) ou à Lyon (parce qu'il a été transporté par voie aérienne) : il s'agit dans les deux cas, au regard de ce qui nous intéresse ici, du passage de la frontière de l'Etat membre.

20. La Cour a fait souvent application du principe que nous venons de rappeler pour l'interprétation de l'article 30. Elle a affirmé à plusieurs reprises, et encore récemment dans l'arrêt *Ligur Cami* e.a. (2), qu'une mesure étatique ne saurait échapper à la qualification de mesure discriminatoire ou protectrice au sens des règles relatives à la libre circulation des marchandises, au seul motif qu'elle a un champ d'application territorial limité et qu'elle s'applique tant aux produits en provenance d'autres parties du territoire national qu'à ceux importés d'autres Etats membres. Il ne nous semble pas qu'il y ait des doutes sur le fait que la constatation d'incompatibilité de la mesure nationale, dans les cas qui ont fait l'objet de notre analyse, n'a concerné que l'application de la mesure contestée à des marchandises *importées*, et non aux produits d'origine interne et commercialisés à l'intérieur du pays. L'éventuelle inapplicabilité de cette mesure également aux produits internes, qui a pu résulter de l'arrêt de la Cour, n'est qu'une conséquence du mécanisme particulier instauré par la réglementation nationale qui l'avait prévue et qui en rendait impossible une application différenciée, selon l'origine des marchandises ; ou, encore, de modalités pratiques d'application qui finissaient par se traduire en une autre mesure d'effet équivalent, en raison des contrôles qu'elles rendaient nécessaires.

21. Il est par conséquent absolument clair — et il est bon de le rappeler — que dans les affaires précitées il s'agissait d'établir si une charge pécuniaire ou une mesure nationale appliquées à une marchandise *importée d'un autre Etat membre* pouvaient échapper, respectivement, à la définition de droit de douane ou de taxe d'effet équivalent au sens des articles 9 et suivants, ou à celle de restriction quantitative ou mesure d'effet équivalent, au sens de l'article 30 du traité, du fait qu'elles visaient également des produits nationaux : c'est à juste titre que la réponse a été négative.

La question qui nous occupe aujourd'hui, à savoir si un particulier peut faire valoir les articles 9 et suivants pour se soustraire au paiement d'une charge pécuniaire qui lui est imposée, non pas lors de l'importation d'un produit, mais lors de l'introduction d'un produit national dans une autre partie du territoire du même Etat, est différente. La question qui se pose ici est celle de savoir si un particulier peut invoquer le droit communautaire — en reprenant l'exemple que nous avons cité précédemment — pour faire déclarer illégale une charge frappant le whisky lors de son passage non de l'Ecosse à Lyon, mais de l'Ecosse à Londres, ou le jambon San Daniele lors de son passage non du Frioul à Stuttgart, mais du Frioul en Sardaigne.

(2) Arrêt précité (points 37 et 38). Voir, par ailleurs, les arrêts du 20 mars 1990, *Du Pont de Nemours Italiana* (C-21/88, *Rec.*, p. I-889, points 12 et 13) ; du 25 juillet 1991, *Aragonesa de Publicidad Exterior et Publivia* (C-1/90 et C-176/90, *Rec.*, p. I-4151, point 24) et du 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova* (C-179/90, *Rec.*, p. I-5889, point 21).

Ce problème n'a été étudié ni dans l'arrêt *Legros* ni dans l'arrêt *Ligur Carni e.a.* : penser que tel a été le cas serait succomber à une illusion d'optique et renoncer à l'appréciation rigoureuse qui s'impose en l'espèce.

22. La jurisprudence de la Cour est, en effet, constante, qui considère, d'une part, que les règles du traité sont inapplicables à des situations purement nationales ; et qui exclut, d'autre part, que l'incompatibilité reconnue d'une disposition nationale avec le traité doive nécessairement impliquer qu'il est impossible d'appliquer ladite disposition également aux produits nationaux.

Ainsi, dans l'arrêt *Waterkeyn* (3), la Cour, à qui il était demandé de préciser la portée d'un de ses arrêts précédents par lequel elle avait déclaré incompatible avec l'article 30 une réglementation française sur la publicité des boissons alcooliques (4), a jugé que cet arrêt « ne vise que le traitement appliqué aux produits importés d'autres Etats membres... » et que, par conséquent, « le manquement constaté... ne concerne pas les règles applicables aux produits nationaux » (5). Ainsi la thèse de l'« effet global » selon laquelle, suite au premier arrêt, le régime français de la publicité pour les boissons alcoolisées aurait été condamné dans son ensemble et qu'on n'aurait donc pu licitement opérer une distinction selon l'origine des produits, en appliquant une réglementation plus défavorable aux produits nationaux, a-t-elle été rejetée.

23. Dans l'arrêt *Cognet* (6), le juge de renvoi demandait si était contraire aux dispositions du traité l'instauration dans un Etat membre d'un double régime de prix dans le même secteur du commerce des livres, qui prévoyait des prix imposés, avec toutefois la possibilité d'une modeste réduction pour les livres édités et vendus dans cet Etat et qui n'avaient traversé aucune frontière intracommunautaire lors de leur distribution, et, par contre, des prix libres, notamment pour les livres édités dans cet Etat et réimportés d'un autre Etat membre. La Cour a précisé que « l'article 30 du traité CEE ne s'oppose pas à une telle différence de traitement. Cet article a en effet pour objet d'éliminer les entraves à l'importation de marchandises et non d'assurer que les marchandises d'origine nationale bénéficient, dans tous les cas, du même traitement que les marchandises importées ou... Une différence de traitement entre marchandises qui n'est pas susceptible d'entraver l'importation ou de défavoriser la commercialisation des marchandises importées ou réimportées ne relève pas de l'interdiction établie par cet article ».

24. Enfin, deux autres arrêts présentent une importance particulière. Dans l'affaire *Smanor* (7), la question a été posée de savoir si les articles 30 et 34 faisaient obstacle à l'application par un Etat membre, aux yoghourts ayant fait l'objet d'une surélévation, d'une réglementation nationale qui en interdisait la vente sous la dénomination « yoghourt surgelé », la dénomination « yoghourt » étant réservée aux seuls produits frais. La Cour a jugé que cette réglementation était incompatible avec le traité,

(3) Arrêt du 14 décembre 1982 (314/81 à 316/81 et 83/82, *Rec.*, p. 4337).

(4) Arrêt du 10 juillet 1980, *Commission/France* (152/78, *Rec.*, p. 2299).

(5) Voir points 8 à 12 de l'arrêt du 14 décembre 1982, précité note 20.

(6) Arrêt du 23 octobre 1986 (355/85, *Rec.*, p. 3231, point 10). Voir dans un sens analogue également les arrêts du 15 décembre 1982, *Oosthoek's Uitgeversmaatschappij* (286/81, *Rec.*, p. 4575, point 9) ; du 13 novembre 1986, *Nederlandse Bakkerij Stichting e.a.* (80/85 et 159/85, *Rec.*, p. 3359, points 18 à 20) ; du 18 février 1986, *Mathot* (98/86, *Rec.*, p. 809, points 7 à 9), ainsi que du 4 février 1988, *Commission/Belgique* (255/86, *Rec.*, p. 693, points 5 et 6).

(7) Arrêt du 14 juillet 1988 (298/87, *Rec.*, p. 4489, points 8 à 25).

mais seulement si elle s'appliquait aux produits importés d'un autre Etat membre où ils sont légalement produits et commercialisés sous ce nom, laissant ainsi clairement entendre que rien ne faisait obstacle à ce que la disposition en question soit appliquée aux produits nationaux.

Le second arrêt concerne l'affaire *Drei Glocken* e.a. (8), dans laquelle la Cour a jugé incompatible avec les articles 30 et 36 du traité l'extension aux produits importés d'une interdiction de commercialiser des pâtes obtenues à partir de blé tendre ou d'un mélange de blé tendre et de blé dur. Est notamment significatif le point 25 des motifs où, en réponse à l'objection du gouvernement italien qui, pour défendre la loi nationale sur les pâtes alimentaires, avait soutenu qu'elle était nécessaire afin de garantir un débouché à la culture du blé dur, il est précisé : « il y a lieu de souligner d'abord que c'est l'extension de la loi... aux produits importés qui est en cause et que le droit communautaire n'exige pas que le législateur abroge la loi en ce qui concerne les producteurs de pâtes établis sur le territoire italien » (c'est nous qui soulignons).

25. L'analyse de cette jurisprudence constitue une confirmation — comme cela a été relevé à juste titre par le Conseil et le gouvernement espagnol — du principe plus général de l'inapplicabilité à des situations purement internes de dispositions du droit communautaire qui imposent aux Etats membres certaines interdictions dans leurs relations réciproques ; cette constatation est confirmée par la jurisprudence en matière de libre circulation des personnes ou, encore, de liberté d'établissement ou de prestation de services (9).

26. Enfin, en réponse à l'objection soulevée par la Commission selon laquelle le maintien de l'octroi de mer pour les seuls produits nationaux créerait des problèmes qu'il serait difficile de résoudre, en termes de procédures à prévoir afin d'établir l'origine des produits et, par conséquent, leur assujettissement à la taxe, nous faisons observer que, si des difficultés ou des complications peuvent se présenter, il n'en reste pas moins que la question juridique de l'applicabilité de l'interdiction des droits de douane ou des taxes équivalentes également aux échanges franco-français ne doit pas pour autant être résolue d'une manière plutôt que d'une autre. La solution des problèmes juridiques ne saurait être conditionnée à ce point par des problèmes pratiques. Il nous semble, en outre, qu'il ne devrait pas être si difficile de procéder à ce type de contrôle (et peut-être la pratique communautaire peut-elle fournir des exemples utiles à cet égard). Si, toutefois, il devait résulter de ces contrôles des entraves pour la circulation des produits provenant d'autres Etats membres, il y aurait lieu, en tout cas, d'analyser lesdites entraves à la lumière des articles 30 et suivants du traité et, par conséquent, comme des mesures et non des taxes d'effet équivalent. Il incombera donc au juge national de faire application de ces dispositions et, en cas de doute, d'en demander l'interprétation à la Cour.

27. En conclusion, et pour synthétiser les solutions proposées, lorsque le produit originaire d'un Etat membre passe d'une région à une autre du même Etat membre, la condition fondamentale et indispensable pour l'application des articles 9 et suivants

(8) Arrêt du 14 juillet 1988 (407/85, *Rec.*, p. 4233, points 23 à 25).

(9) Nous nous bornons à cet égard à signaler les arrêts récents du 28 janvier 1992, *López Brea et Hidalgo Palacios* (C-330/90 et C-331/90, *Rec.*, p. I-323, points 7 à 9) ; du 28 janvier 1992, *Steen* (C-332/90, *Rec.*, p. I-341, points 8 à 12) ; et du 19 mars 1992, *Batista Morais* (C-60/91, *Rec.*, p. I-2085, points 7 à 9).

du traité fait défaut. Cette condition est le passage de la frontière d'un Etat membre à un autre (10). En l'espèce, les DOM, qu'ils soient des îles (Réunion, Martinique, Guadeloupe) ou non (Guyane) ne sont des « frontières » que lorsque le produit provient d'un autre Etat membre ; ils ne sont pas des « frontières » lorsque le produit provient et est originaire d'une autre région française. Par conséquent, l'interdiction de droits et taxes équivalentes ne s'applique pas dans ce second cas. Penser le contraire équivaldrait, nous le répétons, à succomber à une illusion d'optique.

28. Nous admettons, cependant, que la solution de ce problème, telle qu'elle s'impose à la lecture du traité et de la jurisprudence de la Cour peut paraître, en fait, un peu paradoxale. En effet, le paradoxe d'un marché unique dans lequel sont interdits les obstacles aux échanges entre le Portugal et le Danemark, alors que les obstacles aux échanges entre Naples et Capri ne sont pas pris en considération, n'échappe pas même au juriste le plus sévère.

Cependant, ni le traité ni la jurisprudence de la Cour ne sauraient porter remède à un tel paradoxe ; seule peut le faire la logique économique à laquelle même le législateur le moins averti n'est pas insensible comme cela est d'ailleurs confirmé par le caractère exceptionnel des affaires en cause. A partir du moment où un droit sur les produits importés est abrogé au motif qu'il est illégal, nous ne parvenons pas, en particulier, à imaginer un législateur qui maintienne ce même droit sur ses produits nationaux. Par conséquent, la solution se trouve dans l'affaire elle-même et non dans une lecture désinvolte, trop désinvolte, d'une règle fondamentale et très claire du traité, telle qu'elle est proposée, sans être étayée par des arguments par la Commission ; lecture à laquelle, en toute hypothèse, nous ne parvenons pas à souscrire.

L'idée même de l'unicité du territoire douanier, qui a été plusieurs fois évoquée au cours de la procédure, se traduit par une formule très suggestive, mais qui ne saurait être dissociée de la réglementation relative à l'union douanière contenue dans le traité. Cette réglementation, faut-il le rappeler, vise à éliminer les obstacles aux échanges entre pays membres (à l'article 12 sont mentionnées les importations et les exportations) et non pas aussi aux échanges entre régions ou communes à l'intérieur d'un même pays membre.

Une autre solution envisageable serait donc de considérer que l'article 12 présume la suppression des droits interrégionaux et intercommunaux. Ce faisant, on remettrait cependant en cause une jurisprudence pluridécennale et incontestée sur les situations purement internes, non seulement en matière d'union douanière et de libre circulation des marchandises, mais également en matière de services et, en général, de circulation des personnes.

Ce n'est pas non plus cette solution que nous entendons suggérer à la Cour. D'autre part, l'alternative ne s'impose pas. Il n'est guère utile de rappeler que le juge national peut toujours apprécier, à la lumière de son propre droit interne, si le traite-

(10) Voir à cet égard, dans un cas différent mais qui découle de la même logique, nos conclusions du 26 avril 1994 dans l'affaire C-130/93, *Lamaire*, sur laquelle la Cour statuera prochainement — affaire dans laquelle la discussion portait sur une charge pécuniaire applicable à des produits belges exportés — compte tenu du fait que les articles 9 et 12 du traité ont exclusivement pour objet l'interdiction de taxes d'effet équivalant à des droits de douane perçus sur les échanges entre *États membres*, une telle charge n'est, selon nous, pas incompatible avec les dispositions précitées si elle est appliquée à des produits exportés vers des pays tiers.

ment réservé aux entreprises et aux producteurs nationaux est en fait discriminatoire et si, et comment, cette discrimination peut et/ou doit être éliminée (11). (...)

II. ARRÊT

1. Par arrêt du 7 juillet 1993, parvenu à la Cour le 26 juillet 1993, la cour d'appel de Paris a posé, en application de l'article 177 du traité CEE, une question préjudicielle sur la validité de la décision 89/688/CEE du Conseil, du 22 décembre 1989, relative au régime de l'octroi de mer dans les départements français d'outre-mer (*J.O.*, L 399, p. 46, ci-après la « décision octroi de mer »). Par jugements du 23 août 1993, parvenus à la Cour le 1^{er} octobre 1993, le tribunal d'instance de Saint-Denis (Réunion) a posé, en application de l'article 177 du traité CEE, deux questions préjudicielles sur l'interprétation des articles 9 et suivants du traité CEE et sur la validité de la décision octroi de mer.

2. Ces questions ont été soulevées dans le cadre de plusieurs demandes de remboursement de sommes perçues à titre d'octroi de mer.

3. Il ressort du dossier que, lors de l'entrée en vigueur du traité, l'octroi de mer était perçu dans les départements français d'outre-mer (ci-après les « DOM »). Il frappait, du fait de leur introduction dans le DOM concerné, toutes les marchandises de toute origine, y compris celles provenant de France métropolitaine. En revanche, les produits de la région échappaient à l'octroi de mer ou à toute taxe équivalente interne. Il est constant que l'octroi de mer poursuivait deux objectifs, le premier étant de percevoir des recettes fiscales et le second de favoriser les activités économiques locales.

(...)

7. Dans l'affaire *Legros* e.a. (arrêt du 16 juillet 1992, C-163/90, *Rec.*, p. I-4625), la Cour avait été saisie de plusieurs questions préjudicielles portant sur l'interprétation du traité, au regard d'une taxe ayant les caractéristiques de l'octroi de mer. Dans cet arrêt, la Cour a dit pour droit qu'une taxe proportionnelle à la valeur en douane des biens perçue par un Etat membre sur les marchandises importées d'un autre Etat membre en raison de leur introduction dans une région du territoire du premier Etat membre constitue une taxe d'effet équivalant à un droit de douane à l'importation, en dépit du fait que la taxe frappe également les marchandises introduites dans cette région en provenance d'une autre partie de ce même Etat. La Cour a toutefois limité les effets dans le temps de cet arrêt.

(...)

19. Saisi de ces litiges, le tribunal d'instance de Saint-Denis a sursis à statuer et posé à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) Les dispositions des articles 9 et suivants du traité CEE, en ce qu'elles fondent un principe d'unicité du territoire douanier communautaire, doivent-elles être interprétées comme prohibant la perception par un Etat membre d'une taxe proportionnelle à la valeur en douane des biens, sur des marchandises en provenance d'autres régions de ce même Etat, du seul fait de leur introduction dans une région de l'Etat,

(11) Voir, à cet égard, l'arrêt du 16 juin 1994, *Steen* (C-132/93, non encore publié au *Recueil*, points 8-11).

étant précisé qu'en tant qu'elle frappait également les marchandises introduites dans cette région en provenance d'autres Etats membres, cette taxe a été jugée comme constituant une taxe d'effet équivalant à un droit de douane à l'importation ?

(...)

*Sur l'interprétation des articles 9 et suivants du traité
(première question préjudicielle du tribunal d'instance
de Saint-Denis)*

22. (...) Le tribunal d'instance de Saint-Denis demande si une taxe proportionnelle à la valeur en douane des biens, perçue par un Etat membre sur toutes les marchandises introduites dans une région de son territoire, constitue une taxe d'effet équivalant à un droit de douane à l'importation en tant qu'elle frappe les marchandises introduites dans cette région en provenance d'une autre partie de ce même Etat.

23. Le Conseil estime que, dans la mesure où le régime de l'octroi de mer est applicable aux marchandises en provenance d'autres parties du territoire français, la situation est totalement cantonnée à l'intérieur de cet Etat membre et que, dès lors, les dispositions de droit primaire qui imposent aux Etats membres certaines interdictions pour ce qui concerne les relations entre eux ne sont pas applicables. Plus particulièrement, selon le gouvernement espagnol, le fait que le commerce intracommunautaire soit affecté est un élément essentiel pour l'application des dispositions du traité sur la libre circulation des marchandises, de sorte que les articles 9 et suivants du traité ne s'appliquent pas quand les marchandises en question circulent entre deux points du territoire d'un seul Etat membre.

24. Cet argument ne saurait être retenu.

25. En effet, en premier lieu, il est de jurisprudence constante que la justification de l'interdiction de droits de douane et de taxes d'effet équivalent réside dans l'entrave que des charges pécuniaires, appliquées en raison du franchissement d'une frontière, constituent pour la circulation des marchandises (voir notamment arrêt du 1^{er} juillet 1969, *Sociaal Fonds Diamantarbeiders*, 2/69 et 3/69, *Rec.*, p. 211, point 14).

26. Dans l'arrêt *Legros e.a.*, précité, la Cour a relevé (point 16) qu'une taxe perçue à une frontière régionale en raison de l'introduction de produits dans une région d'un Etat membre porte atteinte à l'unicité du territoire douanier communautaire et constitue une entrave au moins aussi grave à la libre circulation des marchandises qu'une taxe perçue à la frontière nationale en raison de l'introduction des produits dans l'ensemble du territoire d'un Etat membre.

27. Or, l'atteinte portée à l'unicité du territoire douanier communautaire par l'établissement d'une frontière régionale douanière est égale, que ce soient des produits nationaux ou des produits en provenance d'autres Etats membres qui sont frappés d'une taxe en raison du franchissement de cette frontière.

28. En outre, l'entrave à la libre circulation des marchandises constituée par l'imposition, sur les produits nationaux, d'une taxe perçue en raison du franchissement de cette frontière n'est pas moins grave que celle constituée par la perception du même type de taxe sur les produits en provenance d'un autre Etat membre.

29. En effet, le principe même de l'union douanière s'étendant à l'ensemble des échanges de marchandises, telle qu'elle est prévue par l'article 9 du traité, exige que

soit assurée de manière générale la libre circulation des marchandises à l'intérieur de l'union et non uniquement le commerce interétatique. Si les articles 9 et suivants ne visent expressément que les échanges entre Etats membres, c'est parce qu'ils ont pré-supposé l'inexistence de taxes présentant les caractéristiques d'un droit de douane à l'intérieur de ces Etats. L'absence de telles taxes étant une condition préalable indispensable à la réalisation d'une union douanière couvrant l'ensemble des échanges de marchandises, les articles 9 et suivants impliquent également leur interdiction.

30. En deuxième lieu, le problème ne se présente pas comme une situation dont les éléments sont totalement cantonnés à l'intérieur d'un Etat membre. En effet, ainsi que le gouvernement français l'a fait remarquer à juste titre, la perception d'une taxe ayant les caractéristiques de l'octroi de mer ne pourrait être qualifiée de situation purement interne que si elle était exclusivement perçue sur des produits en provenance du même Etat membre. Or, il est constant que l'octroi de mer s'applique à tous les produits introduits dans le DOM concerné, indépendamment de leur origine. Dans ces circonstances, il serait incohérent de juger, d'une part, que l'octroi de mer constitue une taxe d'effet équivalent en tant qu'il est perçu sur les marchandises en provenance d'autres Etats membres, et d'admettre, d'autre part, que cette même taxe ne constitue pas une taxe d'effet équivalent lorsqu'elle est perçue sur des marchandises en provenance de la France métropolitaine.

31. Enfin, sur un plan pratique, puisqu'une taxe telle que l'octroi de mer frappe tous les produits indistinctement, il serait très difficile, voire impossible, d'opérer une distinction entre les produits d'origine nationale et les produits originaires d'autres Etats membres. Par exemple, un produit qui comporterait des éléments en provenance d'un autre Etat mais qui serait fabriqué sur le territoire national, ou un produit qui serait importé sur le territoire national et, plus tard, acheminé dans un DOM, ne devrait pas être qualifié de produit national. Cela entraînerait la nécessité de déterminer dans chaque cas, même dans celui de livraisons de produits en provenance du même Etat, si ceux-ci ne seraient pas en réalité originaires d'un autre Etat membre de la Communauté. Une telle procédure de vérification engendrerait des procédures administratives et des retards supplémentaires qui en soi constitueraient des entraves à la libre circulation des marchandises.

32. Il convient, dès lors, de répondre à la première question du tribunal d'instance de Saint-Denis qu'une taxe proportionnelle à la valeur en douane des biens, perçue par un Etat membre sur toutes les marchandises introduites dans une région de son territoire, constitue une taxe d'effet équivalent à un droit de douane à l'importation, non seulement en tant qu'elle frappe les marchandises introduites dans cette région en provenance d'autres Etats membres, mais également en tant qu'elle est perçue sur les marchandises introduites dans cette région en provenance d'une autre partie de ce même Etat.

(...)

[Dispositif conforme aux motifs].

Observations**LE JUGE DU FOND, LA COUR D'ARBITRAGE
ET LA COUR DE JUSTICE**

PAR

XAVIER DELGRANGE

ET

PATRICK VAN YPERSELE

1. — Il peut paraître incongru de publier et de commenter dans une revue dédiée au droit constitutionnel belge un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes relatif à la détermination des éléments constitutifs d'une taxe d'effet équivalant à un droit de douane, prohibée par l'article 9 du Traité C.E. Pourtant, le renversement de jurisprudence amorcé par l'arrêt annoté, s'il se confirme, aura une incidence directe et concrète sur le droit constitutionnel belge.

Après avoir situé l'arrêt *Lancry* dans la jurisprudence communautaire (I), la présente note montrera que les compétences de la Cour de justice et de la Cour d'arbitrage sont appelées à se superposer dans un nombre croissant d'hypothèses (II), puis envisagera les incidences que cette évolution pourrait avoir sur le mécanisme des questions préjudicielles (III).

I. — L'ARRÊT LANCRY**OU LA DILUTION DE L'EXIGENCE D'EXTRANÉITÉ**

2. — L'article 6 du Traité C.E. (anciennement article 7 du Traité C.E.E.) est au fondement de la Communauté (1). Figurant dans la première

Xavier DELGRANGE est référendaire adjoint au Conseil d'Etat. Patrick VAN YPERSELE, ancien référendaire et lecteur d'arrêts au Tribunal de première instance des Communautés européennes, est chargé d'enseignement à l'I.H.E.E. de l'Université Robert Schuman de Strasbourg. Les opinions exprimées n'engagent que leurs auteurs et non les institutions auxquelles ils appartiennent.

(1) A propos de cette disposition, voir not. P. DEMARET, « L'égalité de traitement », *Act. dr.*, 1994, pp. 165-208 ; C.-F. DURAND, « Les principes », dans : *Commentaire Mégret, Le droit de la C.E.E., I. Préambule, Principes, Libre circulation des marchandises*, Bruxelles, U.L.B., éd. Université de Bruxelles, 1992, pp. 45-63 ; K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire, un principe unique aux apparences multiples », *C.D.E.*, 1991, pp. 3-41.

partie du Traité, intitulée « les principes », il prohibe « toute discrimination exercée en raison de la nationalité » dans le domaine d'application du Traité.

Cette disposition, ou plutôt le principe d'égalité qui s'y trouve inscrit, constitue le cœur de l'architecture du droit matériel communautaire. D'une part, l'article 6 s'est vu reconnaître un effet direct et peut, par conséquent, être invoqué en tant que tel par des particuliers devant le juge national. D'autre part, le principe de non-discrimination trouve des concrétisations, assorties d'atténuations, dans de nombreuses autres dispositions du Traité, comme les articles 48, § 2 (libre circulation des travailleurs), 52 (liberté d'établissement), 59 et 65 (libre prestation de services) ou 67, § 1 (libre circulation des capitaux).

3. — Le principe d'égalité n'est pas absent non plus de la libre circulation des marchandises à laquelle a trait l'arrêt annoté.

L'article 9 du Traité, considérant que la Communauté est fondée sur une union douanière, prohibe les droits de douane et les taxes d'effet équivalant à ces droits de douanes, puisque ceux-ci constituent par nature des discriminations en raison de la nationalité des marchandises, déterminée par leur lieu de production. Cette interdiction est développée par les articles 12 et suivants du Traité. L'article 95 précise que les impositions intérieures ne peuvent frapper plus lourdement, de manière directe ou indirecte, les produits importés que les produits nationaux. C'est donc la discrimination sur la base de la nationalité qui est interdite en matière de fiscalité.

Les articles 30 à 36 du Traité interdisent les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent (2). Selon la jurisprudence traditionnelle de la Cour de justice, constitue une entrave aux échanges toute mesure prise par un Etat qui désavantage la marchandise importée au profit de la marchandise nationale. Tantôt la mesure prendra la forme d'une discrimination directe en ce qu'elle établit explicitement une distinction entre les produits importés et nationaux. Tantôt, il s'agira d'une discrimination indirecte qui, sous couvert d'une mesure indistinctement applicable aux produits importés et nationaux, favorise en réalité ces derniers (3).

4. — Le champ d'application du principe d'égalité, en matière de libre circulation des marchandises comme dans les autres matières, est cependant limité en droit communautaire, par la nécessité d'intervenir dans « le

(2) Voir cependant les exceptions établies par l'art. 36 du Traité et la jurisprudence « Cassis de Dijon » (C.J.C.E., arrêt du 20 février 1979, *Rewe-Zentrale*, 120/78, *Rec.*, p. 649).

(3) Sur la notion de discrimination indirecte, voir not. Ch. DENYS, « Les notions de discrimination et de discrimination à rebours suite à l'arrêt Kraus », observations sous C.J.C.E., arrêt du 31 mars 1993, *Kraus*, C-19/92, *C.D.E.*, 1994, pp. 643-662 ; P. GARRONE, « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *R.T.D.E.*, 1994, pp. 425-449.

domaine d'application du présent Traité », selon les termes de l'article 6. Ce domaine, vaste au départ, s'est encore élargi au fil des différentes révisions du Traité opérées par l'Acte unique de 1986 et par le Traité sur l'Union européenne de 1992. Il a cependant toujours été limité par l'exigence d'un élément d'extranéité : en principe, le droit communautaire ne s'applique pas aux situations purement internes à un Etat membre. Cette exigence explique l'indifférence de la Cour de justice à l'égard des discriminations à rebours, par lesquelles un Etat traite moins bien ses propres ressortissants que ceux des autres Etats membres.

Comme le relève l'avocat général Tesauro dans ses conclusions précédant l'arrêt annoté, l'exigence d'un élément d'extranéité se trouve réitérée à de nombreuses reprises dans le Traité (4). Ainsi, en ce qui concerne la libre circulation des marchandises, l'article 12 précise que c'est « entre eux » que les Etats membres s'abstiennent d'introduire des nouveaux droits de douane. Les articles 30 et suivant traitent également des échanges « entre les Etats membres »... Une telle rédaction s'explique parfaitement. Les auteurs du Traité de Rome sont partis de l'idée que pour assurer la libre circulation, notamment des marchandises, il suffisait d'abolir les obstacles entre les Etats membres. D'une part, le phénomène de « désintégration » des Etats unitaires par la décentralisation ou la fédéralisation n'était encore guère développé, si bien que les barrières intra-étatiques étaient soit inexistantes soit à tout le moins ignorées. D'autre part, l'on pouvait présupposer que les Etats traiteraient au moins aussi bien leurs ressortissants et leurs produits que ceux des autres Etats membres, si bien qu'il suffisait, pour assurer une égalité de traitement entre les uns et les autres, d'empêcher les Etats de favoriser les premiers (5).

5. — Depuis 1957, deux mouvements contradictoires se sont développés. Pratiquement tous les Etats membres se sont décentralisés, voire fédéralisés, tout en renforçant leur intégration au sein d'une Communauté devenue Union. Alors que le premier mouvement générait des barrières infra-étatiques, le second prohibait d'une manière encore plus radicale les barrières inter-étatiques en passant du marché commun de l'article 8 du Traité C.E.E. au marché intérieur de l'article 7 du Traité sur l'Union européenne (ancien article 8A inséré par l'Acte unique en 1986), qui exige, selon cette dernière disposition, « un espace sans frontières intérieures » incompatible avec toute barrière, qu'elle soit établie à la frontière des Etats membres ou à l'intérieur de ceux-ci.

(4) Voir le point 18 de ses conclusions.

(5) Voir à ce propos P. VAN YPERSELE, « Quelques réflexions 'catastrophistes' sur les risques que comportent les divergences de contrôle en matière d'union économique et d'unité monétaire », dans : X. DELGRANGE (coord.), *L'union économique et l'unité monétaire en Belgique*, Actes de la journée d'étude du 15 mai 1992, Namur/Bruxelles, Faculté de droit/La Charte, 1993, pp. 138-139.

L'intégration croissante exprimée au gré des révisions successives du Traité C.E. devait trouver un écho dans la jurisprudence de la Cour de justice, où l'élément d'extranéité comme condition d'application du droit communautaire s'est peu à peu effacé.

Tout d'abord, la Cour a diminué la portée de l'exigence d'un élément d'extranéité, en l'interprétant de plus en plus largement, ce qui a réduit d'autant les hypothèses de discriminations à rebours compatibles avec le droit communautaire. Dans son arrêt *Knoors* (6), la Cour de justice a indiqué, en effet, que « s'il est vrai que les dispositions du traité en matière d'établissement et de prestations de services ne sauraient être appliquées à des situations purement internes à un Etat membre, il n'en reste pas moins que la référence, par l'article 52, aux 'ressortissants d'un Etat membre' ne saurait être interprétée de manière à exclure du bénéfice du droit communautaire les propres ressortissants d'un Etat membre déterminé, lorsque ceux-ci, par le fait d'avoir résidé régulièrement sur le territoire d'un autre Etat membre et d'y avoir acquis une qualification professionnelle reconnue par les dispositions du droit communautaire, se trouvent, à l'égard de leur Etat d'origine, dans une situation assimilable à celle de tous autres sujets bénéficiant des droits et libertés garantis par le traité ». L'élément d'extranéité ne se réduit donc pas à la nationalité de l'intéressé, celui-ci pouvant se prévaloir du droit communautaire à l'égard de son propre Etat lorsqu'il se trouve, en raison de l'usage qu'il a fait de l'une des libertés reconnues par le Traité, dans une situation assimilable à celle d'un ressortissant d'un autre Etat membre, qui fait que la situation ne peut plus être qualifiée de purement interne (7).

Ensuite, la Cour de justice a contourné l'exigence d'un élément d'extranéité en dissociant le principe de libre circulation de celui de non-discrimination. Ne sont plus seulement prohibées les entraves aux échanges établissant des discriminations selon la nationalité mais toute atteinte à la libre circulation. La Cour de justice n'effectue donc plus un contrôle de non-discrimination mais un contrôle de proportionnalité mettant en balance, d'un côté, l'entrave et, de l'autre côté, l'objectif d'intérêt général en cause (8).

(6) C.J.C.E., arrêt du 7 février 1979, *Knoors/Staatssecretaris van Economische Zaken*, 115/78, *Rec.*, 1979, p. 399.

(7) Voir à ce propos K. LENAERTS, *op. cit.*, p. 19.

(8) Voir not., en matière de libre circulation des marchandises, X. DELGRANGE et J.-P. KEPPELNE, « Convergences et divergences dans le contrôle constitutionnel de la non-discrimination et de l'union économique et de l'unité monétaire » dans : X. DELGRANGE (coord.), *op. cit.*, pp. 77-81. Cette évolution se constate également dans la matière de la libre circulation des personnes et des services : voir not. Ch. DENYS, *op. cit.*, pp. 649-662 ; J. MINOR-DE PAUW, « The abolition of non-discriminatory obstacles to free movement », *Act. dr.*, 1994, pp. 209-225. L'arrêt *Keck et Mithouard* réintroduit toutefois, en matière de libre circulation des marchandises, pour les règles relatives aux modalités de vente (mais non pour celles relatives aux produits pour lesquelles la jurisprudence *Cassis de Dijon* est maintenue), une exigence de discrimination en droit ou en fait, empêchant ou gênant l'accès au marché des produits d'un autre Etat membre (C.J.C.E., arrêt

Dès lors, la Cour de justice n'est indifférente aux discriminations à rebours que pour autant que celles-ci ne portent pas atteinte aux libertés économiques consacrées par le Traité (9).

6. — Dans ce contexte d'une contradiction croissante entre l'intégration de plus en plus poussée des Etats membres au sein de l'Union et leur « désintégration » interne suscitant de nouveaux obstacles intra-étatiques, la Cour de justice a été amenée à aller au bout de la logique de sa nouvelle jurisprudence consacrant l'autonomie du principe de libre circulation par rapport au principe de non-discrimination en écartant l'élément d'extranéité comme condition d'application du droit communautaire.

La mesure nationale qui a fait l'objet de l'arrêt annoté est une taxe dite « octroi de mer » perçue par les autorités françaises lors de l'introduction de marchandises dans les départements d'outre-mer, quelle que soit leur origine. Dans un arrêt *Legros* (10), la Cour avait considéré qu'une telle taxe, perçue par un Etat membre sur les marchandises importées d'un autre Etat membre en raison de leur introduction dans une région du premier Etat membre, constituait une taxe d'effet équivalant à un droit de douane qui entrave la libre circulation aussi gravement que si la taxe avait été perçue à la frontière nationale de cet Etat.

Entre-temps, le Conseil des Communautés a adopté une décision permettant à la France de maintenir cette taxe jusqu'au 31 décembre 1992. La Société René Lancry, qui commercialise en Martinique des farines provenant notamment de France métropolitaine, a amené la Cour à se prononcer sur la validité de cette décision en tant qu'elle permet de taxer les marchandises introduites dans cette région en provenance de la France métropolitaine. Alors que dans l'arrêt *Legros* subsistait un élément d'extranéité, celui-ci disparaît dans l'hypothèse de l'affaire *Lancry*. Pour cette raison, l'avocat général Tesouro concluait, en s'appuyant sur une jurisprudence bien établie de la Cour, à la non-application du droit communautaire puisqu'il n'y avait pas passage d'une frontière étatique et que, dès lors, la situa-

du 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, C-267/91 et C-268-91, *Rec.*, p. 6097). La Cour de justice a motivé ce revirement par des considérations pratiques, elle est submergée de contestations basées sur l'article 30 (point 14 de l'arrêt, voir les commentaires critiques de A. MATTERA, « De l'arrêt 'Dassonville' à l'arrêt 'Keck' : l'obscurité d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions », *R.M.U.E.*, 1994, pp. 144-145) et par des considérations politiques, elle voulait, dans cette matière des modalités de vente qui concerne par exemple le problème de l'ouverture des magasins le dimanche, mettre fin à une certaine dérive qui voyait l'art. 30 du Traité ne plus seulement contribuer à la libéralisation des échanges mais constituer un instrument de dérégulation de l'économie. La Cour était amenée à prendre position dans des débats politiques qui devaient être tranchés par le législateur communautaire (en ce sens, R. JOLLET, « La libre circulation des marchandises : l'arrêt *Keck* et *Mithouard* et les nouvelles orientations de la jurisprudence », *J.T.D.E.*, 1994, pp. 145-151.).

(9) Dans ce sens, voir K. LENAERTS, *op. cit.*, p. 19.

(10) C.J.C.E., arrêt du 16 juillet 1992, *Legros*, C-163/90, *Rec.*, p. 4625.

tion devait être considérée comme étant purement interne (11). Il mettait en garde contre une « illusion d'optique » découlant d'une « lecture désinvolte, trop désinvolte, d'une règle fondamentale et très claire du traité », qui verrait la Cour remettre en cause sa jurisprudence pour connaître de situations purement internes.

Dans l'arrêt annoté, la Cour a néanmoins considéré que cette taxe était contraire au droit communautaire puisque « l'atteinte portée à l'unicité du territoire douanier communautaire par l'établissement d'une frontière régionale douanière est égale, que ce soient des produits nationaux ou des produits en provenance d'autres Etats membres qui sont frappés d'une taxe en raison du franchissement de cette frontière » (12). Pour justifier son prononcé, elle écarte le texte du Traité au profit de l'intention de ses auteurs : « si les articles 9 et suivants ne visent expressément que les échanges entre Etats membres, c'est parce qu'ils ont présupposé l'inexistence de taxes présentant les caractéristiques d'un droit de douane à l'intérieur de ces Etats. L'absence de telles taxes étant une condition préalable indispensable à la réalisation d'une union douanière couvrant l'ensemble des échanges de marchandises, les articles 9 et suivants impliquent également leur interdiction » (13).

7. — En appliquant le droit communautaire indépendamment de la nationalité des intéressés, la Cour de justice donne une substance à la citoyenneté européenne qui dépasse largement la portée de l'article 8A du Traité sur l'Union européenne. En effet, les individus ne sont plus traités en tant que ressortissants d'Etats membres qui restent souverains à leur égard, ce qui justifie les discriminations à rebours, mais comme des citoyens de l'Union qui jouissent sans discrimination des libertés consacrées par le Traité.

II. — LE PARALLÉLISME, LA SUPERPOSITION ET L'ENCHEVÊTREMENT DES COMPÉTENCES DE LA COUR DE JUSTICE ET DE LA COUR D'ARBITRAGE

8. — Par l'arrêt *Lancry*, la Cour de justice étend le champ d'application du Traité à des situations purement internes. Elle étend également, par voie de conséquence, ses propres compétences. Se multiplient dès lors les cas où les compétences de la Cour de justice et celles de la Cour d'arbitrage se superposent.

(11) Points 18 et suivants de ses conclusions.

(12) Point 27 de l'arrêt. Pour une analyse de cet arrêt, voir J.-P. KEPPELLE et P. VAN YPERSELE, « Vers une application du droit communautaire à des obstacles à la libre circulation des marchandises à l'intérieur d'un Etat membre », *J.T.D.E.*, 1994, pp. 179-180.

(13) Point 29 de l'arrêt.

La Cour d'arbitrage est compétente pour trancher les conflits de compétences et pour sanctionner la violation des articles 10, 11 et 24 de la Constitution. En ces deux domaines, la compétence de la Cour d'arbitrage rejoint celle de la Cour de justice. En effet, en matière économique, les différents législateurs doivent respecter les libertés économiques et préserver l'union économique et monétaire, principes dégagés par le droit communautaire (A). Par ailleurs, les articles 10 et 11 de la Constitution consacrent le principe d'égalité, qui se situe également au cœur du droit communautaire (B). Dès lors, les compétences de la Cour d'arbitrage et de la Cour de justice sont tantôt parallèles, tantôt superposées parce que celle-ci connaît de situations purement internes, tantôt enchevêtrées parce que celle-là intègre parmi ses normes de références des dispositions communautaires (14).

*A. — Le parallélisme, la superposition
et l'enchevêtrement des compétences en matière
d'union économique et monétaire*

9. — L'Union européenne repose sur une union économique et monétaire puisque, non seulement, selon l'article 8A du Traité, elle constitue un marché intérieur, qui « comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée », mais encore développe une coopération en matière de politique économique et monétaire, prévue à l'article 102A du Traité.

La Belgique fédérale repose également sur une union économique et monétaire. Si ce principe n'apparaît dans la loi spéciale de réformes institutionnelles qu'au détour d'une exception à la compétence économiques des régions (article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale), la Cour d'arbitrage lui restitue sa juste valeur : « la nouvelle structure de l'Etat belge repose sur une union économique et monétaire », qui « implique au premier chef la libre circulation des marchandises et des facteurs de production entre les composantes de l'Etat. En ce qui concerne les échanges de biens, ne sont pas compatibles avec une union économique les mesures établies de façon autonome par les composantes de l'union — en l'espèce les régions — qui entravent la libre circulation ; ceci s'applique nécessairement à tous droits

(14) A ces deux domaines où les compétences de la Cour de justice et de la Cour d'arbitrage s'enchevêtrent, on peut encore ajouter les cas où le législateur belge a légiféré dans l'ordre interne par référence au droit communautaire soit en s'y référant explicitement soit en recopiant dans la loi des dispositions de droit communautaire. En effet, dans ces cas, la Cour de justice s'est déclarée compétente pour interpréter, à titre préjudiciel, les dispositions de droit communautaire intégrée dans le droit interne (voir à cet égard C.J.C.E., arrêts du 18 octobre 1990, *Dzodzi*, C-297/88 et 197/89, *Rec.*, p. 3763 ; du 8 novembre 1990, *Gmurzynska-Bszer*, C-231/89, *Rec.*, p. 4030 ; du 24 janvier 1991, *Tomatis*, C-384/89, *Rec.*, p. 127).

de douane intérieurs et à toutes taxes d'effet équivalent » (15). Cette définition s'inspire manifestement du droit communautaire.

Puisque tant l'Union européenne que la Belgique fédérale reposent sur une union économique et monétaire, les différentes composantes de l'Etat belge doivent, dans l'exercice de leurs compétences respectives, se conformer au principe de l'union économique et monétaire telle qu'il est interprété à la fois par la Cour de justice et par la Cour d'arbitrage.

Chacune de ces deux juridictions a son champ d'investigation naturel. La Cour d'arbitrage connaît des entraves intra-étatiques, qui n'affectent pas nécessairement le commerce entre Etats membres, tandis que la Cour de justice sanctionne les entraves inter-étatiques. C'est ainsi que chacune de ces juridictions peut être amenée à sanctionner un droit de douane établi par une région sur les marchandises provenant des autres régions et des autres Etats membres. Dans ce cas, les compétences des deux juridictions sont parallèles.

10. — Les compétences de la Cour de justice et de la Cour d'arbitrage peuvent également se superposer, la première investissant les compétences de la seconde. Comme cela a été exposé plus haut, la Cour de justice, dans la ligne de sa jurisprudence *Lancry*, devrait également connaître des entraves intra-étatiques puisqu'elles portent atteinte à l'unicité du territoire douanier communautaire. Elle serait donc appelée à connaître d'un droit de douane établi par une région portant exclusivement sur les marchandises provenant d'une autre région.

11. — Enfin, les compétences de la Cour de justice et de la Cour d'arbitrage peuvent s'enchevêtrer, la seconde intégrant parmi ses normes de référence des dispositions du droit communautaire. La Cour d'arbitrage pourrait en effet devoir annuler des normes législatives portant atteinte à l'union économique et monétaire communautaire. L'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale de réformes institutionnelles impose aux régions le respect du « cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire, tel qu'il est établi (...) par ou en vertu des traités internationaux ». Cette exigence ne peut s'expliquer que par la volonté de voir la Cour d'arbitrage annuler les législations violant les principes de l'union économique et monétaire communautaire. La Cour d'arbitrage doit donc intégrer parmi ses normes de références les principes communautaires relatifs à l'union économique et monétaire qui ont été érigés par le législateur spécial en règles répartitrices de compétences dans l'ordre interne (16). Elle pourrait alors sanctionner un droit de douane établi par une région sur les

(15) C.A., arrêt n° 47 du 25 février 1988, *Rec.*, p. 33, 6.B.4. ; arrêt n° 32/91 du 14 novembre 1991, *Rec.*, p. 333, 5.B.1.7.

(16) Dans ce sens, R. ERGEC, « L'union économique et les marchés publics », *J.T.*, 1994, p. 243 ; P. VAN YPERSELE, *op. cit.*, pp. 129-131.

produits provenant exclusivement d'autres Etats membres. L'intervention de la Cour d'arbitrage permet, dans cette hypothèse, de renforcer la prééminence du droit communautaire sur la législation, puisque la loi n'est pas seulement écartée, mais annulée.

B. — *Le parallélisme, la superposition
et l'enchevêtrement des compétences en matière d'égalité*

12. — La Cour d'arbitrage annule les normes législatives qui violent le principe d'égalité et de non-discrimination consacré par la Constitution. La Cour de justice sanctionne la violation du principe d'égalité tel qu'il est consacré par le Traité. Si un décret émanant d'une des trois communautés belges établit un minerval différent suivant que l'étudiant est ou non domicilié sur son territoire, cette disposition peut être attaquée devant la Cour d'arbitrage pour violation de l'égalité entre les Belges et devant la Cour de justice pour discrimination sur la base de la nationalité. Dans ce cas, les compétences des deux juridictions sont parallèles.

13. — Dans cette matière également, les compétences de la Cour de justice et de la Cour d'arbitrage peuvent se superposer. En effet, la Cour de justice est amenée à connaître de situations purement internes, notamment par le biais de l'article 119 du Traité consacrant l'égalité des sexes en matière de rémunération. Cette disposition ne requiert pas, pour son application, d'élément d'extranéité. Dans ses célèbres actions ayant permis à la Cour de préciser la portée de l'article 119 du Traité, Mademoiselle Defrenne, hôtesse de l'air à la Sabena, ne se plaignait pas de discriminations imputables à des compagnies aériennes étrangères, mais de discriminations au sein de la Sabena, entre les hôtesses et les stewards (17). Lorsque l'on mesure le champ d'application considérable conféré par la Cour de justice à la notion d'égalité en matière de rémunération, qui embrasse désormais pratiquement l'ensemble des relations sociales, depuis les conditions de travail jusqu'à la pension (18), l'on prend conscience du vaste domaine dans lequel les compétences de la Cour de justice et de la Cour d'arbitrage se chevauchent.

Par ailleurs, dans le prolongement de sa jurisprudence *Lancry*, la Cour de justice pourrait être amenée à reconsidérer sa position en matière de discrimination à rebours. Alors que, jusqu'à présent, elle s'est toujours refusée à

(17) C.J.C.E., arrêt du 25 mai 1971, *Defrenne c. État belge*, 80/70, *Rec.*, 1971, p. 445 ; arrêt du 8 avril 1976, *Defrenne c. Sabena*, 43/75, *Rec.*, 1976, p. 455 ; arrêt du 15 juin 1978, *Defrenne c. Sabena*, 149/77, *Rec.*, 1978, p. 1365.

(18) Sur l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de justice en matière d'égalité des sexes, voir not. J. JACQMAIN, « Égalité entre travailleurs féminins et masculins », *J.T.D.E.*, 1995, pp. 30-35 ; J. WOUTERS, « Het Hof van Justitie en de gelijke behandeling van mannen en vrouwen inzake wettelijke en conventionele pensioenen », *R.W.*, 1994-1995, pp. 1385-1396 et 1417-1431.

sanctionner un Etat traitant moins bien ses propres ressortissants par rapport aux ressortissants d'autres Etats membres, elle pourrait être amenée à sanctionner un décret d'une communauté établissant un minerval plus élevé pour les Belges non domiciliés sur son territoire que pour ceux qui sont domiciliés sur ce territoire ou sur celui d'un autre Etat membre.

14. — Enfin, dans cette matière également, les compétences de la Cour de justice et de la Cour d'arbitrage peuvent s'enchevêtrer, la seconde intégrant parmi ses normes de référence des dispositions du droit communautaire. La Cour d'arbitrage considère que, parmi les droits et libertés reconnus aux Belges, dont la jouissance doit être assurée sans discrimination en vertu de l'article 11 de la Constitution, figurent ceux « résultant de dispositions conventionnelles internationales liant la Belgique et rendues applicables dans l'ordre juridique belge par un acte d'assentiment » (19). La Cour a ainsi confronté la législation belge à l'exigence de non-discrimination dans le droit à un niveau de vie équitable pour la population agricole (article 39 du Traité C.E.) (20), la liberté d'établissement (article 52) (21), l'égalité des sexes (article 119) (22). La Cour d'arbitrage applique donc les dispositions du Traité consacrant des libertés à des situations purement internes à la Belgique.

III. — LA CONCURRENCE ENTRE LA COUR DE JUSTICE ET LA COUR D'ARBITRAGE

15. — Le champ d'intervention de la Cour de justice et de la Cour d'arbitrage se recouvrent donc largement tant dans le domaine de l'égalité de traitement que dans celui de l'union économique et monétaire. Lorsque c'est le cas, les juridictions de fond sont amenées à poser, dans le cadre d'une même affaire, une question préjudicielle à chacune de ces deux juridictions.

Deux hypothèses peuvent être envisagées. Soit les questions se posent en cascade, le juge de fond interrogeant la Cour d'arbitrage qui s'adresse à son tour à la Cour de justice (A). Soit le juge de fond interroge simultanément les deux juridictions (B).

(19) C.A., arrêt n° 18/90 du 23 mai 1990, *Rec.*, p. 121, B.11.3.

(20) C.A., arrêt n° 72/93 du 7 octobre 1993, *Rec.*, p. 817, B.2.4.

(21) C.A., arrêt n° 68/93 du 29 septembre 1993, *Rec.*, p. 747, B.8.3. ; arrêt n° 37/94 du 10 mai 1994, *Rec.*, p. 477, B.6.3.

(22) C.A., arrêt 63/93 du 15 juillet 1993, *Rec.*, p. 697, B.1.

A. — *La cascade de questions*

16. — Afin d'éviter les complications que pourraient générer des renvois préjudiciels parallèles, le professeur Velaers a suggéré que le juge du fond n'adresse une question qu'à la Cour d'arbitrage, à charge pour celle-ci d'interroger la Cour de justice (23). Cette procédure présenterait l'énorme avantage de fournir, en définitive, une seule réponse au juge du fond.

Ce système de questions en cascades pose toutefois des problèmes pratiques, notamment de délai, puisque le temps écoulé entre la question initiale et la réponse finale serait considérable. Deux objections plus fondamentales s'opposent également à la mise en œuvre de cette solution.

17. — Première objection : cette hypothèse suppose que la Cour d'arbitrage pose une question préjudicielle à la Cour de justice lorsqu'elle doit, pour répondre à la question qui lui est soumise, appliquer directement le droit communautaire. Cependant, en l'état actuel de sa jurisprudence, la Cour d'arbitrage refuse de poser une question préjudicielle à la Cour de justice (24). Pourtant, étant une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours, elle y est obligée par l'article 177, alinéa 3, du Traité, sauf si elle peut invoquer l'une des trois exceptions dégagées par la Cour de justice dans son arrêt *Cilfit*, à savoir lorsque la réponse n'est pas nécessaire pour rendre le jugement, lorsque la Cour a déjà répondu à cette question dans une espèce analogue ou lorsque « l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée » (25).

18. — Seconde objection : la Cour de justice n'accepterait pas de voir la Cour d'arbitrage s'interposer entre elle et le juge du fond. Dans son arrêt *Simmenthal*, la Cour de justice a considéré incompatible avec le droit communautaire l'obligation faite au juge du fond italien de déférer à la Cour constitutionnelle la question de la constitutionnalité de la loi avant de poser à la Cour de justice la question de sa compatibilité avec le droit communautaire, au motif que le passage obligé par la Cour constitutionnelle constituait un obstacle à la pleine efficacité du droit communautaire, même

(23) J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, pp. 256-257.

(24) Voir à ce propos R. ERGEC, « La Cour d'arbitrage et le juge international et européen. La censure du législateur : le justiciable entre la Cour d'arbitrage, la Cour de Strasbourg et la Cour de Luxembourg », dans : F. DELPÉRÉE, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN (dir.), *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 222-223.

(25) C.J.C.E., arrêt du 6 octobre 1982, *Cilfit*, 283/81, *Rec.*, 1982, p. 3428. À propos de cette jurisprudence, voir not. R. JOLIET, « L'article 177 du Traité CEE et le renvoi préjudiciel », *Rivista di diritto europeo*, 1991, pp. 591-616 ; K. LENAERTS, « La modulation de l'obligation de renvoi préjudiciel », note sous C.J.C.E., arrêt du 6 octobre 1982, *Cilfit*, *C.D.E.*, 1983, pp. 471-500. Ces auteurs montrent que la troisième exception doit être interprétée de manière extrêmement restrictive en ce sens que l'évidence dont il s'agit doit s'imposer non seulement au juge concerné mais doit s'imposer également aux juges des autres États membres.

s'il ne s'agit que d'un obstacle temporaire (26). Auparavant, dans son arrêt *Rheinmühlen*, la Cour de justice avait déjà précisé que tout juge national doit pouvoir s'adresser directement à elle, au besoin en écartant les règles nationales qui s'y opposent (27).

On ne pourrait donc pas imposer au juge du fond de s'adresser au préalable à la Cour d'arbitrage, même s'il peut le faire d'initiative.

B. — *La simultanéité des questions*

19. — Si la décision du juge du fond est susceptible de recours, la saisine de la Cour de justice est une simple faculté laissée à la discrétion de celui-ci (28). Il est toutefois une hypothèse où ce juge est obligé de poser une question : si, comme dans l'arrêt annoté, se pose, en même temps qu'une question d'interprétation du droit communautaire, une question de validité de celui-ci et que le juge du fond est d'avis que l'acte communautaire en question n'est pas valide (29).

Par contre, le juge dont les décisions sont susceptibles de recours est obligé de poser la question à la Cour d'arbitrage, à moins qu'il ne puisse exciper des exceptions inscrites à l'article 26, § 2, alinéa 3, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage. Ces exceptions sont inspirées de la jurisprudence *Cilfit* de la Cour de justice (30). Celle-ci les a énoncées au profit des juridictions suprêmes (31), mais l'attitude plus coercitive du législateur spécial s'explique par le fait que la Cour d'arbitrage ne connaît que de renvois préjudiciels en appréciation de validité alors que la Cour de justice connaît également de renvois préjudiciels en interprétation. Il est normal, comme l'a d'ailleurs estimé la Cour de justice elle-même dans ses arrêts *Foto-Frost* et *Zuckerfabriek*, de rendre le mécanisme de la question préjudicielle plus contraignant en cas de question en appréciation de validité.

20. — Si la décision du juge n'est pas susceptible de recours, comme c'est le cas pour la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, « cette juridiction

(26) C.J.C.E., arrêt du 9 mars 1978, *Simmenthal*, 106/77, *Rec.*, p. 629.

(27) C.J.C.E., arrêt du 16 janvier 1974, *Rheinmühlen*, 166/73, *Rec.*, p. 33. Voir not. A. BARAV, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », dans : *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 2-4.

(28) L'art. 177, al. 2, du Traité précise que la juridiction de fond « peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement », poser une question préjudicielle à la Cour de justice.

(29) Dans ce cas, en effet, la Cour de justice a jugé dans ses arrêts *Foto-Frost* et *Zuckerfabriek* que, sauf s'il s'agit d'une procédure en référé, le juge national dont les décisions sont susceptibles de recours a l'obligation de poser une question préjudicielle à la Cour de justice afin d'éviter qu'un juge national n'invalide un acte communautaire (C.J.C.E., arrêt du 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, 34/85, *Rec.*, p. 4199 ; arrêt du 21 février 1991, *Zuckerfabriek*, C-43/88 et C-92/89, *Rec.*, p. 415).

(30) Exposé des motifs du projet de loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1988-1989, n° 483/1, p. 12.

(31) Voir ci-avant, n° 17.

est tenue de saisir la Cour de justice » (32). La Cour de justice a toutefois modalisé cette obligation en énonçant dans son arrêt *Cilfit* les trois exceptions mentionnées ci-dessus.

L'article 26, § 2, alinéa 2, de la loi spéciale ne comporte qu'une seule exception à l'obligation pour les juridictions suprêmes de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage : lorsque « l'action est irrecevable pour des motifs de procédure tirés de normes ne faisant pas elle-mêmes l'objet de la demande de question préjudicielle ». Contrairement à la Cour de justice, la Cour d'arbitrage n'a pas atténué cette obligation inscrite dans la loi spéciale (33). Cela n'empêche toutefois pas le Conseil d'Etat de s'inspirer de la jurisprudence *Cilfit* pour refuser de poser une question préjudicielle en dehors du seul cas expressément prévu (34).

21. — Dans les cas où les compétences de la Cour de justice et de la Cour d'arbitrage se recoupent, le juge peut être amené à s'adresser à chacune de ces deux juridictions.

Si les réponses convergent, il n'y a pas de problèmes autres que ceux résultant de l'alourdissement de la procédure, avec les difficultés en terme de délai et de frais qui en résultent. Le juge écartera finalement la norme contraire à la fois à la Constitution et au Traité ou bien, dans le cas contraire, appliquera la norme compatible avec ces deux textes.

Au vu de la jurisprudence actuelle de la Cour de justice et de la Cour d'arbitrage dans les domaines où leurs compétences se rejoignent, il y a un risque réel de voir leurs réponses diverger. Le juge sera alors tenté d'appliquer la réponse la plus sévère, c'est-à-dire d'écarter la norme. Mais cette attitude logique n'est pas sans écueils. Pour les apercevoir et envisager les solutions qui peuvent y être apportées, il convient d'envisager les différents cas de figure. Ceux-ci se rangent en deux grandes hypothèses : soit la règle législative est contraire au droit communautaire mais conforme à la Constitution, soit, en revanche, elle est contraire à la Constitution mais conforme au droit communautaire. Chacune de ces hypothèses comprend deux sous-hypothèse, suivant que la conformité s'entend en terme de simple compatibilité ou en terme d'obligation.

(32) Art. 177, al. 3, du Traité.

(33) Certes, contrairement à la Cour de justice, la Cour d'arbitrage ne peut être saisie directement de questions d'interprétation de l'article 26 de sa loi organique (H. SIMONART, « La question préjudicielle en droit interne et en droit communautaire », dans : F. DELPÉRÉE (dir.), *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, Bruxelles/Paris, Bruylant/Economica, 1991, p. 67). Mais rien ne l'empêcherait de se prononcer à titre incident sur la portée de cette disposition, par exemple lors d'une Nème réponse apportée à une question identique (en ce sens, voir M. LEROY, « Sens et non-sens dans le règlement des conflits », *J.T.*, 1989, p. 67).

(34) Voir à ce propos R. ANDERSEN, P. NIHOUL et S. DEPRÉ, « La Cour d'arbitrage et le Conseil d'Etat », dans : F. DELPÉRÉE, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN (dir.), *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, op. cit., pp. 163-173.

1. *Compatibilité contre contrariété*

22. — Il pourrait arriver fréquemment que la règle législative soit déclarée compatible avec la Constitution par la Cour d'arbitrage, mais contraire au droit européen par la Cour de justice. En effet, tant en matière d'union économique et monétaire (35) qu'en matière d'égalité des sexes (36), il apparaît que la Cour de justice est bien plus sévère que la Cour d'arbitrage, alors pourtant qu'elles fondent leur contrôle sur des normes de référence très comparables.

L'hypothèse inverse, celle d'une règle législative tolérée par la Cour de justice mais dénoncée par la Cour d'arbitrage, est également envisageable, même si elle semble devoir être exceptionnelle. Ce pourrait être le cas de discriminations à rebours contenues dans la loi belge, pour autant que la Cour de justice demeure aussi laxiste qu'aujourd'hui en ce domaine (37).

Aucune de ces deux hypothèses ne devrait poser de problème au juge du fond. Dans les deux cas, en effet, il écartera la norme législative, se conformant ainsi à la réponse négative sans contrevenir à la réponse positive.

2. *Obligatorité contre contrariété*

23. — Une hypothèse bien plus délicate serait celle où une règle législative s'avérerait nécessaire au respect d'une règle supérieure, mais contraire à l'autre.

24. — La pratique politique belge semble considérer que le Traité prime la Constitution (38). L'Etat belge se dispense donc de modifier sa Constitution avant de ratifier un traité qui lui est contraire. En vue de mettre en œuvre le traité, le législateur sera fatalement amené à adopter une législation qui, si elle est certes nécessaire au respect du droit européen, n'en est pas moins contraire à sa propre Constitution.

Un exemple peut être trouvé dans la problématique du droit de vote des étrangers. L'on sait que l'article 8B du Traité sur l'Union européenne octroie le droit de vote aux étrangers ressortissants d'un Etat de l'Union lors des élections communales. Ce droit est manifestement incompatible avec l'article 8 de la Constitution, qui réserve la citoyenneté aux nationaux. Pourtant, le Traité sur l'Union européenne a été ratifié sans que la Consti-

(35) Voir not. X. DELGRANGE et J.-P. KEPPELNE, *op. cit.*, pp. 91-119 ; R. ERGEC, « L'Union économique et les marchés publics », *op. cit.*, pp. 242-243.

(36) Voir not. J. JACQMAIN, « Cour d'arbitrage et le droit communautaire », *Chron. D.S.*, 1995, p. 425.

(37) Voir ci-avant, n^{os} 4 et 17.

(38) J. VELU, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités*, Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 1^{er} septembre 1992, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 143-153. *Adde*, l'argument développé par le Conseil des ministres devant la Cour d'arbitrage (arrêt n^o 76/94 du 18 octobre 1994, *Rec.*, p. 901, A.2.3.).

tution ne soit modifiée (39). La loi électorale devra donc être modifiée afin de permettre aux étrangers de l'Union de voter aux prochaines élections communales (40).

Il est très possible qu'à la suite des prochaines élections communales, un recours soit introduit, sur le moyen pris d'une discrimination provoquée par l'incidence de ce nouvel électorat sur le poids du vote des Belges. Le Conseil d'Etat serait amené à poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage, relative à la compatibilité de la loi électorale avec la Constitution. Il serait également amené à interroger la Cour de justice sur la portée de l'article 8B du Traité et de la directive mettant en œuvre cette disposition.

La Cour d'arbitrage a déjà été saisie de ce problème, mais a rejeté le recours pour défaut d'intérêt (41). Elle ne pourrait plus, sur question préjudicielle, user du même expédient (42). Si elle maintient sa jurisprudence affirmant la supériorité de la Constitution sur le Traité, elle devrait invalider la loi électorale. De son côté, la Cour de justice estimerait que le droit de vote des étrangers de l'Union européenne doit être consacré.

25. — L'hypothèse inverse, celle d'une disposition législative nécessaire au respect de la Constitution mais contraire au droit européen, est également envisageable. La législation linguistique porte en certains de ses aspects atteinte aux principes de non-discrimination, de libre circulation et de libre prestation de services consacrés par le droit européen. Il en est ainsi des exigences en terme de connaissance ou d'usage d'une langue pour l'accès à certaines professions ou activités (43). Or, si l'on adopte l'interprétation de la Cour d'arbitrage, et plus encore celle du Conseil d'Etat, cette législation met en œuvre le principe de l'homogénéité territoriale consacré par l'article 4 de la Constitution (44).

(39) Voir not. E. COLLA, « La ratification du traité de Maastricht sur l'Union européenne par la Belgique », *A.P.T.*, 1994, pp. 1-14 ; F. DELPÉRÉE, « La Belgique et l'Europe », *R.F.D.C.*, 1992, pp. 643-650.

(40) En vertu de son art. 14, la directive 94/80-C.E. du Conseil du 19 décembre 1994 fixant les modalités de l'exercice du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales pour les citoyens de l'Union résidant dans un État membre dont il n'a pas la nationalité (*J.O.*, L. 368 du 3 décembre 1994) devra être transcrit en droit interne avant le 1^{er} janvier 1996.

(41) C.A., arrêt n° 76/94 du 18 octobre 1994, *précité*.

(42) Pour une critique de la notion d'intérêt défendue dans cet arrêt, voir X. DELGRANGE, « La Cour d'arbitrage et le citoyen », dans : F. DELPÉRÉE, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN (dir.), *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, *op. cit.*, pp. 242-244.

(43) Ainsi, la Communauté flamande n'accorde l'agrément qu'aux sociétés de télévision régionales non publiques et aux radios locales qui émettent en néerlandais, sauf les exceptions acceptées par le Gouvernement flamand (art. 4, 6°, du décret du 23 octobre 1991 portant organisation et agrément des sociétés de télévision régionales non publiques, *M.B.*, 28 décembre 1991 ; art. 5, 7°, du décret du 7 novembre 1990 portant organisation et agrément des radios locales, *M.B.*, 29 janvier 1991).

(44) Selon la Cour d'arbitrage, l'art. 4 de la Constitution « consacre dans la loi fondamentale l'existence de régions linguistiques unilingues et bilingues » (C.A., arrêt n° 17 du 26 mars 1986, *Rec.*, p. 99, 3.B.6. ; arrêt n° 26/90, *Rec.*, p. 219, 8.B.1.). Selon la thèse plus radicale du Conseil d'Etat, « en énonçant dans l'article 3bis (4 nouveau) qu'il existe quatre régions linguistiques en

26. — A l'évidence, tout devrait être mis en œuvre pour éviter les cas d'incompatibilité entre la Constitution et le droit européen. Le premier exemple montre qu'il n'en est rien, puisque le législateur ne juge pas indispensable de modifier la Constitution avant de ratifier un Traité qui lui est contraire.

27. — Le second exemple incite à tenter de dégager une interprétation conciliante des textes en présence, afin d'éviter la confrontation. Mais cette démarche est compromise par le point de vue « mono-focal » qu'adoptent la Cour de justice et la Cour d'arbitrage.

La Cour de justice refuse de prendre en compte la relation triangulaire qui s'établit entre la norme législative contestée, la Constitution et la règle de droit européen. Dans cette relation, la Constitution ne peut exercer d'influence sur l'interprétation et encore moins la validité de la norme européenne (45). Il ne saurait en être autrement puisque « la réalisation des buts de la Communauté exige que les règles de droit communautaire (...) s'appliquent au même moment et avec des effets identiques sur toute l'étendue du territoire de la Communauté sans que les Etats membres puissent y opposer des obstacles quels qu'ils soient » (46).

La Cour d'arbitrage estime de son côté devoir faire prévaloir la Constitution sur le traité, même si, exerçant son contrôle, elle reconnaît devoir tenir compte de la spécificité de la norme internationale (47). Il serait difficile pour cette juridiction d'écarter la norme pour la protection de laquelle elle a été instituée.

Belgique, le constituant a entendu non pas faire une constatation ethnographique, mais instaurer un concept juridique à l'exemple de ce qu'avait fait le législateur de 1963 ; dans les dispositions constitutionnelles, la 'région linguistique' s'entend non pas d'une région où une langue déterminée est usitée en fait, mais d'une région dans laquelle ou à l'égard de laquelle cette langue doit être usitée en droit » (C.E., arrêt *Germis*, n° 15.990, du 17 août 1973, *R.A.C.E.*, p. 659).

(45) « Le droit né du traité, issu d'une source autonome, ne pourrait, en raison de sa nature, se voir judiciairement opposer des règles de droit national quelles qu'elle soient, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même ; dès lors, l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la Constitution d'un Etat membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat » (C.J.C.E., arrêt du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, *Rec.*, p. 1125).

(46) C.J.C.E., arrêt du 13 juillet 1972, *Commission contre Italie*, 48/71, *Rec.*, p. 529.

(47) « Le Constituant, qui interdit que le législateur adopte des normes législatives internes contraires aux normes visées par l'article 107ter (142 nouveau) de la Constitution, ne peut être censé autoriser ce législateur à le faire indirectement par le biais de l'assentiment donné à un traité international. Par ailleurs, aucune norme du droit international — lequel est une création des Etats —, même pas l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, ne donne aux Etats le pouvoir de faire des traités contraires à leur Constitution (...). Le contrôle de la Cour implique l'examen du contenu des dispositions de la Convention et du Protocole. La Cour devra toutefois exercer son contrôle en tenant compte de ce qu'en l'espèce, il s'agit non d'un acte de souveraineté unilatéral mais d'une norme conventionnelle produisant également des effets de droit en dehors de l'ordre juridique interne » (C.A., arrêt n° 12/94 du 3 février 1994, *Rec.*, 1994, p. 221). A propos de cette jurisprudence, voir not. Ph. BROUWERS et H. SIMONART, « Le conflit

28. — Le juge du fond est donc placé, par l'inconséquence du Parlement et la spécialisation de la Cour de justice et de la Cour d'arbitrage, face à un dilemme : sauf dans les rares cas où il pourra interpréter de façon conciliante les réponses antinomiques de ces deux juridictions, il devra décider de se conformer à l'une des normes de référence, violant par conséquent l'autre.

Il y a fort à parier que son choix pour l'une des branches de l'alternative ne sera pas dicté par des considérations théoriques. Il n'est en effet guère possible de départager, sur le plan de l'argumentation théorique, les tenants de la primauté du droit international et les champions de la suprématie constitutionnelle. Le juge devrait se contenter de considérer les conséquences de son choix.

S'il décide de se conformer à la réponse de la Cour d'arbitrage et d'ignorer celle de la Cour de justice, il risque de provoquer un recours en manquement d'Etat : en vertu de la primauté du droit communautaire affirmée par la Cour de justice notamment dans son arrêt *Simmmenthal*, le juge national a l'obligation d'assurer le plein effet du droit communautaire, au besoin en laissant inappliquée les règles nationales, fussent-elles constitutionnelles (48). Or, le Traité sur l'Union européenne permet désormais à la Cour de justice, à la demande de la Commission, d'infliger le paiement de sommes forfaitaires ou d'astreintes aux Etats membres qui ne respecteraient pas les arrêts de la Cour constatant un manquement (49).

Par contre, le juge qui ignorerait la réponse de la Cour d'arbitrage au profit de celle de la Cour de justice ne devrait redouter aucune conséquence fâcheuse : si l'article 28 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage oblige le juge à se conformer à la réponse de la Cour d'arbitrage, cette obligation n'est assortie d'aucune sanction.

Le débat théorique sur la hiérarchie s'établissant entre la Constitution et le traité serait ainsi tranché par un principe de réalité qui ferait triompher la norme bénéficiant de la plus grande effectivité.

entre la Constitution et le droit international conventionnel dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *C.D.E.*, 1995, pp. 7-22 ; Y. LEJEUNE et Ph. BROUWERS, « La Cour d'arbitrage face au contrôle de la constitutionnalité des traités », *J.T.*, 1992, pp. 671-676 ; J.-V. LOUIS, « La primauté, une valeur relative ? », *C.D.E.*, 1995, pp. 23-28 ; P. POPÉLIER, « Ongrondwettige verdragen : de rechtspraak van het Arbitragehof geplaatst in een monistisch tijdspectief », *R.W.*, 1994-1995, pp. 1076-1080 ; C. NAOMÉ, « Les relations entre le droit international et le droit interne belge après l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 16 octobre 1991 », *R.D.I.C.*, 1994, pp. 24-56 ; J. VAN NIEUWENHOVE, « Over internationale verdragen, samenwerkingsakkoorden en 'etablisement'. Enkele kanttekeningen bij de arresten 12/94, 17/94 en 33/94 van het Arbitragehof », *R.W.*, 1994-1995, pp. 449-457 ; J. VELU, *op. cit.*, pp. 135-138.

(48) Arrêt cité.

(49) Art. 171, § 2, al. 3, du Traité C.E.

CONCLUSION

29. — Les droits constitutionnel et communautaire sont de plus en plus étroitement imbriqués, soit qu'ils contiennent des dispositions ayant le même objet, soit que le premier fasse référence aux dispositions du second, soit encore que le second investisse le champ du premier en atténuant l'exigence d'un élément d'extranéité comme condition de son application. Cette dernière hypothèse est consacrée par l'arrêt annoté.

Cette imbrication sans cesse plus étroite d'ordres juridiques jadis perçus comme distincts suscite des questions quant aux relations que doivent entretenir les juridictions qui en sont les gardiennes, la Cour d'arbitrage et la Cour de justice des Communautés européennes.

Si la Cour d'arbitrage a certes pris conscience de l'existence du droit communautaire et l'a même appliqué à différentes reprises, elle continue d'ignorer la spécificité de l'ordre juridique communautaire et de la Cour de justice. En refusant de poser des questions préjudicielles à la Cour de justice, la Cour d'arbitrage ne méconnaît pas seulement le droit communautaire, elle compromet également sa crédibilité auprès des plaideurs et des autres juridictions.

30. — Dès que les plaideurs seront confrontés à une question relevant à la fois de la Cour d'arbitrage et de la Cour de justice, ils inviteront le juge du fond à s'adresser à celle des deux juridictions qui est la plus favorable à leur cause. Cette juridiction sera le plus souvent la Cour de justice, que ce soit en matière de libre circulation ou d'égalité des sexes.

La jurisprudence de la Cour d'arbitrage sera ainsi contournée. En ce qui concerne, par exemple, les écotaxes, il suffit au redevable de refuser de les payer, se laisser assigner devant le juge compétent et amener celui-ci à poser une question préjudicielle à la Cour de justice. Une invalidation par celle-ci aurait, de son point de vue, le même effet qu'une annulation des écotaxes par la Cour d'arbitrage. En outre, les arrêts de la Cour d'arbitrage conférant à ces écotaxes un brevet de constitutionnalité et même de respect du droit européen (50) seraient privés de toute portée.

Par conséquent, si la Cour d'arbitrage persiste dans son refus de poser des questions à la Cour de justice et interprète le droit communautaire ou le droit constitutionnel d'une manière moins favorable aux justiciables que la Cour de justice, elle se trouvera évincée dans le contrôle de validité des normes législatives.

31. — Par ailleurs, en méconnaissant son obligation de poser des questions préjudicielles à la Cour de justice, la Cour d'arbitrage donne un bien

(50) Voir not. l'arrêt n° 7/95 du 2 février 1995, *Rec.*, p. 105.

mauvais exemple à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat, qui sont pareillement tenus de s'adresser à elle. Au contraire, en coopérant avec la Cour de justice, elle ferait figure de pionnière parmi les juridictions constitutionnelles, et œuvre pédagogique à l'égard des juridictions belges.

Si des mécanismes de question préjudicielle à la Cour d'arbitrage et à la Cour de justice ont été mis en place, c'est pour assurer, dans des ordres juridiques composites où existent des risques d'interprétations divergentes en raison de cultures différentes et d'intérêts opposés, une interprétation uniforme des textes fondateurs de ces ordres juridiques. Cette interprétation doit être une synthèse des sensibilités différentes, dont l'équilibre est garanti par la composition de ces deux juridictions.

Lorsqu'une chambre unilingue de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat refuse de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage, elle méconnaît non seulement la loi, mais compromet également l'unité de l'Etat et donc sa perennité.

Lorsque la Cour d'arbitrage refuse de poser une question préjudicielle à la Cour de justice, non seulement elle viole le Traité C.E. et engage la responsabilité de la Belgique, mais encore elle porte atteinte à l'application uniforme du droit communautaire, qui constitue l'une des pierres angulaires de la Communauté européenne.

32. — Le temps n'est-il pas venu, pour les juridictions statuant en dernier ressort, de comprendre que le mécanisme de la question préjudicielle n'est pas un instrument de tutelle hiérarchique, mais un outil de coopération permettant à chacune de bénéficier de l'expérience de l'autre dans le domaine spécifique qui lui a été confié ?