

FACULTÉ DE DROIT DE NAMUR

Centre de Droit Régional

L'UNION ÉCONOMIQUE ET L'UNITÉ MONÉTAIRE EN BELGIQUE

Actes de la journée d'étude du 15 mai 1992

coordonnés par Xavier DELGRANGE

Études de

**Grégoire BROUHNS - Etienne CEREXHE -
Xavier DELGRANGE - Robert DESCHAMPS -
Jean-Paul KEPPE - Jean-Claude SCHOLSEM -
Tony VANDEPUTTE - Patrick van YPERSELE**

**FACULTÉ DE DROIT
Rempart de la Vierge 5
5000 NAMUR**

CHAPITRE IV

CONVERGENCES ET DIVERGENCES DANS LE CONTRÔLE CONSTITUTIONNEL DE LA NON-DISCRIMINATION ET DE L'UNION ÉCONOMIQUE ET L'UNITÉ MONÉTAIRE

par

Xavier DELGRANGE

Assistant à la Faculté de Droit de Namur

et

Jean-Paul KEPPENNE

*Administrateur-adjoint à la Commission des Communautés européennes**

* Les opinions exprimées n'engagent que leur auteur et non l'institution à laquelle il appartient.

INTRODUCTION

51. S'il fut un temps où le droit européen se saisissait de concepts des droits nationaux¹, l'on a depuis assisté à un renversement des perspectives et le développement du droit communautaire est tel qu'il influence à son tour les droits nationaux.

Un exemple particulièrement frappant en est le droit de l'union économique et de l'unité monétaire (ci-après dénommée U.E.U.M.). Ce droit, qui forme le noyau du droit communautaire, est devenu source d'inspiration pour l'élaboration, à l'intérieur de la Belgique fédérale, d'un ensemble de règles juridiques organisant les relations entre les diverses entités du pays et entre leurs résidents.

Cette influence s'est exercée tant au niveau des principes juridiques que du contrôle juridictionnel. Sur le plan des principes, l'U.E.U.M. a été érigée en clé de voûte de la Belgique fédérale par la Cour d'arbitrage, qui constate que "*la nouvelle structure de l'État belge repose sur une union économique et monétaire*"². Sur le plan du contrôle, la Cour d'arbitrage s'est inspirée à la fois du vocabulaire et de la méthodologie adoptés par la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après dénommée Cour de justice).

52. Le présent exposé s'appuie également sur un second constat, selon lequel un lien étroit unit la liberté de circulation, aspect fondamental de l'U.E.U.M., et le principe de non-discrimination : en droit européen, la libre circulation a été perçue, à l'origine, comme une application du principe de

1. Voir notamment E. CEREXHE, "Le rôle du droit comparé dans les phénomènes d'intégration", *Rapports belges au IXème Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1974, pp. 51-71 ; P. PESCATORE, "Le recours dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres", *R.I.D.C.*, 1980, pp. 337-359.

2. C.A., arrêt n° 47 du 25 février 1988, *M.B.*, 17 mars, point 6.B.4.

non-discrimination sur la base de la nationalité: en droit belge, on constatera que les deux contrôles recourent pour une large part au principe de proportionnalité.

L'objectif est donc de dresser un double parallèle, entre la libre circulation et la non-discrimination, d'une part, entre la jurisprudence de la Cour de justice et celle de la Cour d'arbitrage, d'autre part. La richesse qualitative et quantitative de l'oeuvre de la Cour de justice dans ce domaine devrait permettre de mieux apprécier, dans tous les sens du terme, la jurisprudence naissante de notre cour constitutionnelle.

53. Nous ne reviendrons pas sur la définition de l'U.E.U.M., basée pour l'essentiel, sur la liberté de circulation des produits et des facteurs de production à l'intérieur de l'union, sur un degré suffisant de convergence économique entre les différentes zones de l'union ainsi que sur l'unité de la monnaie et de la politique monétaire¹.

Afin de ne pas se perdre dans des concepts trop généraux, la présente étude s'articulera autour du contrôle juridictionnel de la liberté de circulation des marchandises, "*clé de voûte du marché commun*"², comme paradigme du rôle du juge dans le maintien d'une U.E.U.M.³. Alors que la

1. Sur l'U.E.U.M. en droit belge, outre les études de R. DESCHAMPS et de G. BROUINS figurant dans ce volume, voir notamment C. VANDERVEEREN, P. VAN ROMPUY, D. THIREMANS et F. HEYLEN, *De Economische en Monetaire Unie in de Belgische Staatshervorming, juridische en economische aspecten*, Antwerpen, Maklu, Recht en Economie, 1987; P. GOFFART, "Reforme de l'État et maintien de l'U.E.U.M.", *Revue politique C.F.E.S.S.*, 1988, n° 6, pp. 5-43.
2. M. DAUSIES, "La jurisprudence de la Cour de justice en matière de libre circulation des marchandises dans la Communauté européenne", *R.I.D.E.*, 1985, p. 2.
3. Que cela ne voile pas cependant l'abondante jurisprudence européenne qui existe par ailleurs en matière de liberté de circulation des services, de politiques communautaires communes, etc. Sur le rapport entre non-discrimination et libre circulation des travailleurs, liberté d'établissement et libre prestation des services, voir E. CLERHE, "L'égalité de traitement dans l'ordre juridique communautaire" in *Études de droit des C.E. - Mélanges offerts à P.H. Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, pp. 33-65, et J. BLANCARELLI, "Chronique générale de jurisprudence communautaire, décembre 1984-mai 1985", *R.M.C.*, 1985, n° 288, pp. 337-338. Sur le rapport entre non-discrimination et politique agricole commune, voir D. MAIDANI, B. POMMIES et J.-CL. BONICHOI, "Chronique générale de jurisprudence communautaire", *R.M.C.*, 1988, pp. 36-37.

condition de convergence des politiques économiques et monétaires constitue un élément qui échappe largement à la sphère de compétence du juge, le principe de liberté de circulation est particulièrement apte à faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Il s'agit en effet, au départ, d'un principe négatif, d'une interdiction (comme la non-discrimination) et non d'une obligation de faire. C'est donc dans le contrôle de la liberté de circulation que se situe le coeur de la jurisprudence en matière d'U.E.U.M.

Cette affirmation est particulièrement vraie au niveau de la Cour d'arbitrage, dont les arrêts qui ont réalisé un contrôle effectif du respect de l'U.E.U.M. portent sur le contrôle de la liberté de circulation et plus précisément, de la liberté de circulation des marchandises (eau et déchets)¹.

54. L'exposé comprendra donc deux parties. La première s'attachera à décrire le principe de libre circulation, en retraçant l'autonomie croissante qu'il a acquise par rapport à la notion de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice, puis en montrant comment la Cour d'arbitrage a profité de cette lente maturation, sans toutefois en exploiter encore toutes les subtilités (Section 1). La seconde partie aura pour objet la comparaison des raisonnements juridiques tenus par la Cour d'arbitrage en matière de non-discrimination d'une part et de libre circulation d'autre part, à la lumière de l'expérience de la Cour de justice (Section 2).

1. C.A., arrêt n° 47 du 25 février 1988, *précité* ; arrêt n° 32/91 du 14 novembre 1991, *M.B.*, 28 novembre. On relèvera cependant que dans d'autres affaires la Cour d'arbitrage aurait pu introduire des considérations relatives à l'U.E.U.M., par exemple dans la matière des conditions d'accès à la profession (arrêt n° 25 du 26 juin 1986, *M.B.*, 15 juillet 1986; arrêt n° 36 du 10 juin 1987, *M.B.*, 30 juin 1987). Elle a par ailleurs affirmé, dans l'arrêt n° 57 du 2 janvier 1988, *M.B.*, 22 juin, que "*L'exercice par une Communauté ou une Région de la compétence fiscale propre qui lui a été attribuée ne peut toutefois porter atteinte aux limites qui sont inhérentes à la conception globale de l'État qui se dégage des révisions constitutionnelles de 1970 et de 1980 et des lois spéciale et ordinaire de réformes institutionnelles des 8 et 9 août 1980*" (point 4.B.2.f.).

SECTION I

CONVERGENCES ET DIVERGENCES ENTRE LES PRINCIPES DE LIBERTÉ DE CIRCULATION ET DE NON-DISCRIMINATION

55. Bien qu'un lien étroit unisse la règle de la non-discrimination et le principe de la liberté de circulation, la dynamique de la construction européenne a toutefois permis à la libre circulation de transcender, dans la jurisprudence de la Cour de justice, la problématique de la non-discrimination (§1).

Si la Cour d'arbitrage a pu recueillir les fruits de cette évolution, les modalités de l'inscription du principe de l'U.E.U.M. en droit belge en ont toutefois induit une approche réductrice, en le présentant sous la forme d'une règle de répartition des compétences (§2).

§1. La jurisprudence de la Cour de justice

1. La liberté de circulation vue comme une application du principe de non-discrimination

56. Le principe de non-discrimination occupe une place clé tant dans le traité C.E.E. que dans la jurisprudence de la Cour de justice.

La Communauté européenne est basée sur les principes fondamentaux de liberté de circulation et de concurrence, qui ne sont rien d'autre que l'expression d'un principe de non-discrimination sur la base de la nationalité, consacré par l'article 7 du traité C.E.E.¹. Selon l'article 7, alinéa premier, "*Dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité*". Le principe de base du

1. S. VAN RAEPENBUSCH, "Les limites de la coordination communautaire des législations nationales en matière de sécurité sociale au regard du principe de l'égalité de traitement après l'arrêt Pinna", *C.D.E.*, 1986, n° 5-6, pp. 496 et s.

marché commun est donc l'interdiction qui repose tant sur les États membres que sur les institutions communautaires de traiter de façon discriminatoire des situations localisées à l'intérieur de la Communauté¹.

57. En matière de liberté de circulation des marchandises, qui va nous retenir plus spécialement, les articles 12 et 30 à 36 ont longtemps été appréhendés comme étant l'expression d'un principe de non-discrimination². L'article 12 interdit, sans aucune exception, les droits de douane et les taxes d'effet équivalent dans les relations commerciales mutuelles entre les États membres. Les articles 30 à 36 interdisent les restrictions quantitatives aux échanges et les mesures d'effet équivalent³. La notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative a fait

1. K. LENAERTS, "L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples", *C.D.E.*, 1991, p. 21.

2. Il en va de même pour l'article 37 du traité relatif aux monopoles nationaux : "l'obligation que cet article impose aux États membres d'assurer l'exclusion de toute discrimination entre ressortissants des États membres dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés (vise) à assurer le respect de la règle fondamentale de la libre circulation des marchandises dans l'ensemble du marché commun" (M. WAELBROECK, "Examen de jurisprudence (1972-1982), le droit économique de la C.E.E.", *R.C.J.B.*, 1982, p. 263).

3. Article 30 : "Les restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent sont interdites entre les États membres sans préjudice des dispositions ci-après".

Article 34 : "Les restrictions quantitatives à l'exportation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres (...)".

Article 36 : "Les dispositions des articles 30 à 34 inclus ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique, ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres".

l'objet de longs développements tant jurisprudentiels¹ que doctrinaux². Elle vise à empêcher les États membres de reconstituer, de façon déguisée, des entraves aux échanges.

Dans la jurisprudence traditionnelle de la Cour, constitue une entrave aux échanges toute mesure discriminatoire prise par un État qui désavantage la marchandise importée au profit de la marchandise nationale. Cette entrave aux échanges peut prendre la forme d'une discrimination formelle, qui établit une distinction explicite entre les deux marchandises; une telle discrimination est interdite sauf si elle rentre dans une des exceptions visées à l'article 36 du traité. Il peut s'agir également d'une discrimination matérielle³ qui, sous couvert d'une mesure indistinctement applicable aux marchandises nationales et importées, instaure cependant une différenciation de fond dans le traitement de ces deux situations; l'entrave ainsi créée doit, pour être légitime, être justifiée par l'article 36 ou par la poursuite, par l'État membre concerné, d'"*exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs*"⁴.

II. Autonomie du principe de liberté de circulation par rapport au principe de non-discrimination

58. Dans son effort pour éliminer toutes les formes d'entrave aux échanges générées par les réglementations nationales, la Cour a fait évoluer considérablement sa jurisprudence, en atténuant progressivement l'importance de l'aspect discriminatoire comme élément constitutif d'une infraction

1. Voir notamment C.J.C.E., arrêt du 11 juillet 1974, Dassonville, aff. 8/74, *Rec.*, p. 837. Voir également la jurisprudence citée par A. MATTERA, *Le Marché unique européen, ses règles, son fonctionnement*, Paris, Jupiter, 1988, pp. 190 et s.

2. Voir notamment L. DEFALQUE et G. VANDERSANDEN, "La notion de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative (art. 30 du Traité C.E.E.)", *J.T.*, 1984, pp. 489-495; M.A. DAUSES, *op. cit.*, pp. 1-36; L. DEFALQUE, "Le concept de discrimination en matière de libre circulation des marchandises", *C.D.E.*, 1987, pp. 471-491.

3. K. LENAERTS, *op. cit.*, p. 8.

4. C.J.C.E., arrêt du 20 février 1979, Rewe-Zentrale ("Cassis de Dijon"), aff. 120/78, *Rec.*, p. 649. Cf. *infra*, n° 83.

à l'article 30. A l'origine, la Cour traquait des discriminations grossières, interdites au terme d'un examen fort bref qui visait essentiellement à déterminer si les exceptions, interprétées restrictivement, de l'article 36 n'étaient pas applicables en l'espèce. Par la suite, la Cour s'est penchée sur des mesures nationales indistinctement applicables aux produits nationaux et importés mais dont l'application pouvait entraîner, à des degrés divers, un certain désavantage pour les produits importés (discrimination matérielle); la discrimination est ainsi devenue de plus en plus ténue, s'agissant notamment de mesures arrêtées de bonne foi par les États dans un but d'intérêt général. La discrimination a donc été repérée au coeur de mesures indistinctement applicables, et a pris la forme d'une discrimination "subtile", à l'égard d'importations soumises à une réglementation d'application générale qui implique pour elles une charge excessive¹. Comme l'indique justement Mme Defalque, *"ce type d'obstacle aux échanges ne se distingue pas aisément de celui résultant uniquement des disparités en matière de commercialisation sinon qu'il ne se justifie plus dans la perspective du marché intérieur"* ².

L'appréciation des dispositions nationales au regard de la prohibition des entraves aux échanges s'est complexifiée à la mesure de cette évolution : comme on l'a vu ci-dessus, la Cour a dû admettre, notamment dans l'arrêt "Cassis de Dijon", que des mesures nationales indistinctement applicables constitutives d'une entrave aux échanges puissent être acceptées, indépendamment de l'application de l'article 36, à condition qu'elles soient justifiées par des "exigences impératives". Comme on le verra plus loin³, cette évolution a amené la Cour à effectuer un contrôle de proportionnalité de plus en plus raffiné afin de mettre en balance d'une part l'entrave aux échanges causée par la mesure nationale et d'autre part l'objectif d'intérêt général qu'elle poursuivait⁴.

-
1. G. MARENCO, "Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative", *C.D.E.*, 1984, p. 312.
 2. L. DEFALQUE, *op. cit.*, p. 481.
 3. Cf. *infra*, n° 98.
 4. Voir notamment M. DAUSES, *op. cit.*, p. 25.

De l'arrêt "Cinéthèque"¹ et de plusieurs arrêts postérieurs², il ressort que l'application de l'article 30 ne nécessite plus à l'heure actuelle la constatation d'une discrimination quelconque et qu'il suffit qu'il y ait une entrave aux échanges disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi par la mesure³. Toute réglementation commerciale étant peu ou prou susceptible de générer des entraves aux échanges en l'absence d'une harmonisation des législations, la Cour s'est donc investie du pouvoir d'apprécier le caractère légitime des objectifs poursuivis par les législateurs nationaux et d'en évaluer les avantages par rapport à l'entrave aux échanges qu'ils créent.

59. Sous couvert d'un contrôle de liberté de circulation, le contrôle de la Cour de justice s'est donc progressivement étendu jusqu'à lui permettre d'exercer une appréciation générale sur les objectifs poursuivis par les États membres, à la lumière du principe de l'intégration des marchés⁴.

La dissociation entre l'existence d'une entrave aux échanges et l'existence d'une discrimination ressortait déjà de la jurisprudence de la Cour en matière de discrimination à rebours; c'est en effet en raison du fait qu'elles ne sont pas de nature à affecter les échanges entre les États membres que la Cour a refusé de condamner les mesures nationales constitutives d'une discrimination à rebours, considérant que l'article 30 "*a pour objet d'éliminer les entraves à l'importation de marchandises et non*

1. C.J.C.E., arrêt du 11 juillet 1985, Cinéthèque S.A. et divers, aff. 60 et 61/84, *Rec.*, p. 2605.
2. Cités par M. WAELBROECK, "Le rôle de la Cour de justice dans la mise en oeuvre de l'Acte unique européen", *C.D.E.*, 1989, p. 32. Sur la jurisprudence récente en matière de libre circulation, voir notamment L. GORMLEY, "Recent case law on the free movement of goods : some hot potatoes", *C.M.L. Rev.*, 1990, pp. 825-857; P. EECKMAN et H. VANHEES, "Overzicht van de rechtspraak van het Hof van Justitie en van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (september 1990 - juli 1991)", *R.W.*, 1991-1992, pp. 1274 et s.
3. Sur cette évolution, voir L. DEFALQUE, *op. cit.*, pp. 477-481; M. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 49 et les auteurs cités à la note (20) ; K. MORTELMANS, "Article 30 of the EEC Treaty and legislation relating to market circumstances : time to consider a new definition ?", *C.M.L. Rev.*, 1991, pp. 121 et s. Pour A. MATTERA, *op. cit.*, pp. 191-192, il en a même toujours été ainsi.
4. Cf. *infra*, n° 83-84.

d'assurer, dans tous les cas, un traitement égal des marchandises d'origine nationale et importées" ¹.

Cette évolution, qui a amené la Cour à progressivement dissocier la notion de mesure d'effet équivalant à une entrave aux échanges, de l'existence d'une discrimination à l'égard des produits importés², s'inscrit dans la ligne d'un approfondissement de l'intégration européenne qui est à l'oeuvre depuis les origines de la Communauté. Plus précisément, elle est dans la logique de la transition, vécue actuellement, du "marché commun" de 1957 vers le "marché intérieur" prévu par l'article 8A du traité (inséré par l'Acte unique en 1986). Comme l'écrit M. Waelbroeck, le marché commun *"prévoit uniquement que le franchissement (des frontières nationales) ne doit pas donner lieu à des entraves ayant un effet protecteur ou discriminatoire"*³, alors que le marché intérieur est *"un espace sans frontières intérieures"*⁴. Il est donc logique que, dans le marché intérieur plus que dans le marché commun, une entrave aux échanges causée par une réglementation nationale ne soit acceptée qu'au terme d'un examen minutieux qui ne repose plus exclusivement sur un contrôle de non-discrimination.

-
1. Arrêt du 13 novembre 1986, cité par D. MAIDANI, B. POMMIES et J.-Cl. BONICHOT, *op. cit.*, pp. 171-172. Voir également L. DEFALQUE, *op. cit.*, pp. 488 et s.
 2. La même évolution a eu lieu à propos des taxes d'effet équivalant à un droit de douane (article 12 du traité): selon M. DAUSES, *op. cit.*, p. 12, *"l'arrêt 'pain d'épice' (du 14 décembre 1962) est encore fondé, en substance, sur le caractère discriminatoire ou protectionniste de la taxe d'effet équivalant à un droit de douane. Par la suite, la Cour s'est cependant écartée de ce critère de définition. Dans sa jurisprudence ultérieure, elle n'est plus partie que de la condition qu'il existe une charge financière, quelle qu'en soit la nature ou l'importance, perçue en raison du franchissement de la frontière par les marchandises"*.
 3. M. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 54.
 4. Voir également la communication de la Commission européenne du 6 mai 1992 sur la suppression des contrôles aux frontières (interprétation de l'article 8A du Traité CEE), *Bull. Quot. Europe, Documents*, n° 1773, 12 mai 1992, pp. 1-6. *Contra* A. MATTERA, *op. cit.*, pp. 13-14, pour qui les deux notions paraissent avoir le même contenu.

60. Cette évolution a suscité quelques inquiétudes. Certains ont mis en évidence qu'un tel contrôle de la Cour de justice ne pouvait qu'être marginal et censurer uniquement de manifestes excès de pouvoir des États membres, sous peine d'entamer le pouvoir discrétionnaire d'appréciation qu'ont conservé les autorités nationales¹. L'on a relevé également que cette "tension", ce conflit d'objectifs entre intégration communautaire et souveraineté législative nationale, s'il pouvait être géré par la Cour, ne pouvait être résolu par celle-ci, et qu'à cet égard le rapprochement des législations nationales, prévu aux articles 100 et suivants du traité, constituait le complément indispensable de la jurisprudence "d'interdiction" de la Cour².

§2. La place de l'U.E.U.M. en droit belge

I. La jurisprudence de la Cour d'arbitrage

61. Ce bref passage en revue de la jurisprudence communautaire permet de mieux appréhender la fonction de la Cour d'arbitrage en tant que gardien de l'U.E.U.M. en Belgique. Il ne fait guère de doute en effet que la Cour d'arbitrage, suivie par le législateur, s'est inspirée du droit communautaire pour instaurer ce principe en droit belge³.

A cet égard, il ressort de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage que celle-ci a, pour l'essentiel, repris la jurisprudence de la Cour de justice dans son état actuel de maturation, et a donc assimilé la dissociation entre liberté

1. B. JADOT, "Mesures nationales de police de l'environnement, libre circulation des marchandises et proportionnalité.", *C.D.E.*, 1990, pp. 441-442.
2. Pour M. DAUSES, *op. cit.*, p. 35, "la détermination prétorienne du droit dans le cas d'espèce au moyen de l'exégèse juridique, de la déduction systématique et de l'argumentation dogmatique, peut procéder à des corrections et combler des lacunes, mais elle ne saurait remplacer le choix du législateur communautaire. En d'autres termes, l'unification des marchés nationaux voulue par le traité ne peut pas être réalisée par la seule application directe des principes régissant la libre circulation des marchandises". Voir également A. MATTERA, *op. cit.*, pp. 158-160.
3. Voir notamment B. JADOT, "La Communauté économique européenne, l'État, la Région et la protection de l'environnement", *J.T.*, 1988, p. 728 ; E. SCHOONBROODT, "L'union économique et l'unité monétaire dans les lois de réformes institutionnelles", *C.H. CRISP*, 1990, n° 1299, p. 27.

de circulation et non-discrimination qui représentait pour la Cour de justice l'aboutissement d'une longue évolution. Force est de constater cependant que dans l'application de ces principes, la Cour d'arbitrage n'a pas encore atteint la finesse d'analyse qui caractérise la jurisprudence de la Cour de justice.

62. La Cour d'arbitrage a rendu essentiellement cinq arrêts concernant de près ou de loin la problématique de l'U.E.U.M. Dès son premier arrêt en la matière, datant du 25 février 1986¹, elle s'est inspirée, tant au niveau du vocabulaire retenu que de l'analyse pratiquée, de la jurisprudence de la Cour de justice. L'exécutif flamand avait demandé à la Cour d'arbitrage l'annulation pour excès de compétence d'une loi relative à la Caisse nationale de crédit professionnel². La Cour aboutit au rejet de la demande, après avoir délimité les aspects régionaux de la politique du crédit au regard de la loi de réformes institutionnelles. Elle conclut que *"les compétences régionales dans cette matière doivent s'insérer dans la politique nationale et se situer dans le cadre normatif de l'union économique et monétaire"*³.

La Cour d'arbitrage reprend et développe ce principe dans un deuxième arrêt n° 47 du 25 février 1988⁴, consacré à l'examen du décret wallon sur la protection des eaux de surface du 7 octobre 1985⁵. La taxe wallonne à l'exportation de l'eau fut jugée contraire au principe de libre circulation des marchandises au sein d'un marché intégré. La Cour en appelle directement à *"la conception globale de l'État qui se dégage des révisions constitutionnelles de 1970 et de 1980 et des lois spéciale et ordinaire de réformes institutionnelles des 8 et 9 août 1980"*. Elle constate que *"la nouvelle structure de l'État belge repose sur une union économique et monétaire, c'est-à-dire le cadre institutionnel d'une économie bâtie sur*

1. C.A., arrêt n° 11 du 25 février 1986, *M.B.*, 19 mars 1986.

2. F. DEHOUSSE, "Une première approche du rôle de l'État et des Régions dans le domaine de la politique économique", observations sous C.A., 25 février 1986, *J.T.*, 1986, p. 614.

3. Arrêt n° 11 du 25 février 1986, *op. cit.*, point 2.B.1.

4. C.A., arrêt n° 47 du 25 février 1988, *précité*. Sur cet arrêt, voir également l'étude de J.-C. SCHOLSEM, dans ce volume, n° 157 et s.

5. Voir B. JADOT, *op. cit.*, p. 728.

*des composantes et caractérisée par un marché intégré (l'union dite économique) et l'unité de la monnaie (l'union dite monétaire). L'existence d'une union économique implique au premier chef la libre circulation des marchandises et des facteurs de production entre les composantes de l'État. 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 de douane intérieurs et à toutes taxes d'effet équivalent "*¹.

La Cour estime donc contraire à la nouvelle structure de l'État belge tout droit de douane ou toute taxe d'effet équivalent, s'inspirant ainsi directement de l'article 12 du traité C.E.E. Dès qu'une norme soumise à son contrôle comporte une telle mesure, elle doit être annulée, sans que la Cour estime devoir en évaluer la justification ou l'incidence, en termes de proportionnalité.

63. Par contre, il ressort de son arrêt n° 12/89 du 31 mai 1989² que des mesures autres que des droits de douane ou taxes d'effet équivalent engendrant une entrave dans les échanges entre les composantes du Royaume pourraient être acceptées, à la triple condition qu'elles soient justifiées, qu'elles soient nécessaires à la réalisation des objectifs assignés aux composantes dans le cadre de la répartition des compétences et qu'elles ne soient pas arbitraires³. En ce qui concerne ce que l'article 30 du traité C.E.E. désigne comme des "*restrictions quantitatives à l'importation*" et des "*mesures d'effet équivalent*" , la Cour d'arbitrage semble donc opter

1. Point 6.B.4. Ce point sera reproduit quasiment mot pour mot dans l'arrêt n° 32/91 du 14 novembre 1991, *op. cit.*, point 5.B.1.7.

2. *M.B.*, 29 juin 1989.

3. Dans le point B.4. de l'arrêt n° 12/89, la Cour estime que les normes prises par les Régions en matière d'enlèvement et de traitement des déchets "*ne peuvent rendre impossible, de façon absolue et générale, l'utilisation des décharges pour des déchets en provenance des autres Régions, ce qui serait en soi contraire à l'union économique belge. A cet égard, les règles particulières ne peuvent contenir que ce qui est nécessaire à la réalisation des objectifs mentionnés ci-dessus; de plus les distinctions qu'elles opèrent ne peuvent être arbitraires ni engendrer une entrave injustifiée dans les échanges entre les composantes du Royaume*".

pour un contrôle plus affiné; en exigeant que les entraves soient justifiées et nécessaires à la réalisation de l'objectif poursuivi, elle renvoie à un contrôle de proportionnalité manifestement inspiré de la jurisprudence de la Cour de justice et qui, comme nous le verrons ci-après¹, présente de grandes similarités avec le contrôle juridictionnel de la non-discrimination².

Cette approche sera confirmée de manière exemplaire dans l'arrêt n° 32/91 du 14 novembre 1991³. Cet arrêt est particulièrement intéressant car les plaignants avaient invoqué simultanément le non-respect des articles 6 et 6bis de la Constitution et la violation de l'U.E.U.M. La disposition attaquée en annulation instaurait une redevance d'environnement de 350 francs par tonne pour la collecte de déchets dans la Région flamande destinés à être déversés ou incinérés en dehors de la Région flamande⁴. La Cour, après avoir affirmé que tout droit de douane intérieur ou toute taxe d'effet équivalent serait incompatible avec l'union économique, procéda à l'analyse de la taxe attaquée et en conclut qu'elle n'apparaissait pas, "*ni en raison du fait taxable, ni en fonction de son objet, de la personne du redevable ou du mode de perception, comme un droit de douane intérieur ou une taxe d'effet équivalent*"⁵. La Cour procéda ensuite à un rapide contrôle de proportionnalité pour aboutir à la conclusion que, bien que s'agissant d'une entrave aux échanges, "*la mesure critiquée apparaît nécessaire pour assurer la bonne exécution du programme de traitement des déchets*"⁶.

1. Cf. *infra*, Section 2.

2. Les considérations de l'arrêt n° 12/89 sont d'autant plus significatives qu'elles sont en l'espèce superflues, puisque l'arrêt était consacré à l'examen d'une habilitation à l'Exécutif de la Région wallonne en matière d'enlèvement et de traitement des déchets et que la Cour devait en tout état de cause se déclarer incompétente pour se prononcer à l'égard de tels arrêtés d'exécution.

3. *Précité*.

4. Une autre redevance, dont le mode de calcul tenait compte de la toxicité des déchets, était prélevée sur le déversement de déchets en Région flamande, y compris des déchets importés. Cf. *infra*, Chap. 2, Section 2, § 3, 2.

5. Point 5.B.1.8.

6. Point 5.B.1.9.

64. On veut espérer que cet arrêt ne préjuge pas d'un revirement dans la jurisprudence de la Cour en matière d'U.E.U.M. En effet, à maints égards, et bien qu'il s'inscrive formellement dans la ligne de la jurisprudence de la Cour de justice, il apparaît néanmoins en retrait par rapport aux arrêts précédents de la Cour d'arbitrage, notamment en ce qu'il témoigne d'une approche particulièrement formaliste de la notion de taxe d'effet équivalant à un droit de douane, à l'antipode de la jurisprudence européenne en la matière¹.

L'arrêt manifeste également une approche unilatérale des réglementations régionales, ne tenant pas compte du cloisonnement absolu des marchés régionaux qui découlerait de l'adoption d'une réglementation similaire à celle de la Région flamande par les autres Régions du pays : si chaque Région taxe les déchets exportés et les déchets déversés sur son territoire, y compris les déchets importés, il va de soi que les exportations sont rendues impossibles puisqu'elles encourent systématiquement une double imposition.

1. Comme l'écrit M. DAUSSES, *op. cit.*, 1985, p. 11, les taxes d'effet équivalent sont des "mesures fiscales, parafiscales, commerciales et autres qui, sans être des droits de douane au sens classique du terme, et **indépendamment de leur dénomination et du mode de leur perception**, sont de nature à entraver le commerce entre les États membres de la même manière que les droits de douane" (c'est nous qui soulignons). La formulation adoptée par la Cour de justice est particulièrement large: "Dès lors, une charge pecuniaire, fût-elle minime, unilatéralement imposée, quelle que soit son appellation et sa technique, et frappant les marchandises nationales ou étrangères en raison du fait qu'elles franchissent la frontière (et non pas "au moment de l'exportation" comme dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage), lorsqu'elle n'est pas un droit de douane proprement dit, constitue une taxe d'effet équivalent". "Et alors même qu'elle ne serait pas perçue au profit de l'État, qu'elle n'exercerait aucun effet discriminatoire ou protecteur, et que le produit imposé ne se trouverait pas en concurrence avec une production nationale." (C.J.C.E., arrêt du 1er juillet 1969, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders*, aff. 2 et 3/69, *Rec.*, p. 211; arrêt du 21 mars 1991, *Commission contre Italie*, aff. C-209/89, *Rec.*, p. 1594). Voir également A. MATTERA, *op. cit.*, pp. 21-24.

Au contraire, la Cour d'arbitrage semble exiger d'une taxe d'effet équivalent qu'elle rassemble toutes les caractéristiques formelles d'un droit de douane: être imposée sur l'exportation même, au moment de l'exportation, à charge de l'exportateur et sur base de l'exportation effective (arrêt n° 32/91, *op. cit.*, point 5.B.1.8.)!

La position adoptée ici par la Cour d'arbitrage apparaît en retrait par rapport à l'exigence de proportionnalité comme "un élément de la compétence du législateur intervenant en l'espèce", qu'elle avait dégagée dans son arrêt n° 27 du 22 octobre 1986¹ : "Il découle (...) du fait que plusieurs législateurs sont compétents pour créer des privilèges qui doivent pouvoir être intégrés dans un même ordre que lorsqu'il fixe le rang du privilège qu'il crée, chaque législateur doit mettre en balance l'intérêt qu'il entend protéger en créant le privilège et les autres intérêts qui sont protégés par des privilèges créés par d'autres législateurs"².

Ces dernières considérations rejoignent la position adoptée par la Cour de justice qui, au lieu d'accepter telles quelles les disparités entre les législations des États membres, a veillé à ce qu'ils recourent toujours aux règles les moins dommageables pour la liberté de circulation et même que, lorsqu'ils édictent une réglementation nationale, ils prennent en compte le contenu des législations étrangères pour éviter de défavoriser trop lourdement les produits étrangers ou les opérations transnationales; cette exigence transparaît notamment dans le principe d'équivalence développé par la Cour dans sa jurisprudence "Cassis de Dijon"³ et a également été appliqué en d'autres domaines, notamment en matière de taxation indirecte⁴.

1. M.B., 13 mai 1986.

2. M. HERBIET, "Répercussions de la régionalisation en matière d'organisation de l'économie", *Actualité du droit*, 1991, p. 477, note (75).

3. C.J.C.E., arrêt du 20 février 1979, précité. Cf. *infra*.

4. Voir, en matière de TVA, l'arrêt du 5 mai 1982, Gaston Schuls, aff. n° 15/81, *Rec.*, p. 1409, dans lequel la Cour a estimé que les États ne pouvaient pas imposer une TVA sur les produits importés sans prendre en considération la part résiduelle de TVA acquittée dans l'État membre d'exportation qui était encore incorporée dans la valeur du produit au moment de son importation. Comme le faisait justement remarquer M. WAELBROECK, "Examen de jurisprudence," *op. cit.*, p. 284, "la démarche adoptée par la Cour présente un grand intérêt. En effet, c'est la première fois que la Cour traite un cas de double imposition comme équivalant à une imposition discriminatoire". Cette approche particulièrement audacieuse des problèmes de double imposition au niveau européen est à mettre en rapport avec les affirmations de l'Exécutif flamand dans l'arrêt n° 32/91, précité, non démenties par la Cour, selon lesquelles "même si le fait taxable se produisait simultanément sur le territoire de pouvoirs taxateurs différents et s'il devait en résulter une double imposition, il n'y aurait pas pour autant problèmes de compétences..." (point 5.A.1.3.).

Il est donc permis de penser que la Cour de justice aurait jugé une telle taxe contraire au Traité, si elle avait été appelée à en juger¹.

65. Un autre arrêt rendu le même jour² (taxes de la Région flamande sur les porcheries) fait preuve des mêmes carences, puisque la Cour se limite à affirmer que "*la disposition entreprise n'instaure ni un droit de douane intérieur ni une taxe d'effet équivalent*", sans justifier cette conclusion et sans vérifier en outre s'il n'y avait pas mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative aux échanges³.

66. Relevons finalement que, pas plus que la Cour de justice⁴, la Cour d'arbitrage ne pourrait assurer à long terme le respect de la liberté de circulation si elle ne pouvait s'appuyer sur une base normative commune aux différentes composantes de l'union. L'on se contentera de noter ici que le législateur spécial a prévu que l'autorité nationale est compétente pour établir le cadre normatif général de l'U.E.U.M., notamment en arrêtant les règles générales en matière de marchés publics, de protection des consommateurs, d'organisation de l'économie ainsi que de plafonds d'aides aux entreprises en matière d'expansion économique⁵. Ce "*cadre normatif de l'union économique et monétaire*" est d'ailleurs le premier élément de l'U.E.U.M., avant même le principe de la liberté de circulation, dont la Cour a fait mention⁶.

1. Cf. *infra*, n° 97-98.

2. C.A., arrêt n° 33/91 du 14 novembre 1991, *M.B.*, 4 décembre.

3. A la décharge de la Cour l'on relèvera que le moyen relatif à l'U.E.U.M. invoqué par les requérants était de nature "fantaisiste" : "*il n'a été organisé aucune concertation préalable entre les Exécutifs et (...) sans concertation les citoyens et les entreprises d'une partie de l'union sont discriminés, ce qui est également contraire à l'union économique et monétaire*" (point 4.A.1.).

4. Cf. *supra*, n° 60.

5. Article 6, § 1er, VI, alinéas 2 et s., de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, modifié par l'article 4, § 8, de la loi spéciale du 8 août 1988.

6. Arrêt du 25 février 1986, *précité*.

II. Le statut de l'U.E.U.M. au regard des règles de répartition de compétences

67. Dans son aspect normatif, l'U.E.U.M. constitue indéniablement une règle répartitrice de compétences. Comme on vient de le voir, la mise en place par le législateur fédéral d'un cadre normatif de l'U.E.U.M. est indispensable. C'est "à cette fin" que la loi spéciale réserve d'importantes compétences économiques à l'autorité nationale¹. On peut même considérer que l'U.E.U.M. constitue une règle de hiérarchisation des compétences, même si cela va à l'encontre du principe général de l'équivalence entre les différentes normes législatives, et même si cela ne va pas sans difficultés pratiques. En effet, l'efficacité impose de reconnaître aux normes fédérales constituant ce cadre une force juridique supérieure à celle des actes des autorités fédérées². Un cadre doit être plus rigide que ce qu'il entoure.

68. Toutefois, du point de vue du contrôle juridictionnel, appréhender l'U.E.U.M. uniquement sous l'angle de la répartition des compétences n'est pas satisfaisant.

En droit belge, cette approche est inscrite dans les termes mêmes de la loi. L'U.E.U.M. est traitée par le législateur spécial dans le titre II de la loi spéciale de réformes institutionnelles, intitulé "*Des compétences*"³. De plus, conformément à la loi spéciale du 6 janvier 1989, la Cour d'arbitrage n'est amenée à contrôler le respect de l'U.E.U.M. que :

1. Article 6, § 1er, VI, alinéas 2 et s., de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, précité. Voir ci-avant G. BROUHNS, "L'union économique et l'unité monétaire : un concept juridique aux facettes multiples", n° 34.
2. C. VANDERVEEREN, P. VAN ROMPUY, D. HEREMANS et E. HEYLEN, *op. cit.*, p. 48; B. HAUBERT et P. VANDERNOOT, "La nouvelle loi de réformes institutionnelles du 8 août 1988", *A.P.T.*, 1988, p. 239. Voir également B. JADOT, "Les formes de l'État", in *La Cour d'arbitrage, actualité et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 241-242, n° 234, qui évoque un principe de superposition de l'État.
3. Article 6, § 1er, VI, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, modifié par l'article 4, § 8, de la loi spéciale du 8 août 1988.

en annulation, pour cause de violation des règles qui sont établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci *pour déterminer les compétences respectives* de l'État, des Communautés et des Régions¹ ;

à titre préjudiciel, sur les questions relatives à la violation par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 26bis de la Constitution, des règles qui sont établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci *pour déterminer les compétences respectives* de l'État, des Communautés et des Régions².

Cette référence exclusive à la répartition des compétences avait déjà obligé la Cour, dans son arrêt du 25 février 1988 annulant la taxe wallonne à l'exportation d'eau, à conclure que la violation constatée du principe de libre circulation entraînait infraction aux règles de répartition de compétences entre l'État, les Communautés et les Régions, alors que la Région wallonne n'avait en l'espèce empiété sur la compétence, territoriale ou matérielle, d'aucun autre pouvoir³.

69. — On le voit, l'U.E.U.M. comprend, outre son aspect positif, une dimension négative, une obligation d'abstention. C'est notamment le cas lorsque la loi spéciale impose le *"respect des principes de la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux et de la liberté de commerce et d'industrie"*⁴. A ce moment, l'U.E.U.M. ne répartit plus les compétences, puisqu'elle interdit à quiconque d'ériger des entraves aux échanges entre les différentes composantes de l'union.

Des lors, l'inscription du principe de l'U.E.U.M. dans des dispositions consacrées à la répartition des compétences, plus particulièrement dans une disposition attributive de compétences en matière économique aux Régions, est source de confusion⁵. La doctrine a très vite exprimé l'opinion

1. Article 1er, 1^{er} de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

2. Article 1^{er}, 2^e et 1^{er}, 1^{er} de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

3. Voir notamment B. FADOUL, 'La Communauté économique européenne, l'État, la Région et la protection de l'environnement', *op. cit.*, p. 128.

4. Article 6, 2^e et 1^{er}, VI, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, précité.

5. Cette confusion trouve peut-être son origine dans l'arrêt de la Cour d'arbitrage de 1986, qui n'exoquait que le *"cadre normatif de l'union économique et monétaire"*, faisant ainsi référence à l'action du législateur national, et non au principe de liberté de circulation comme tel.

que le principe du respect de l'U.E.U.M. s'appliquait à l'exercice de toutes les compétences régionales et communautaires¹. Cette interprétation, conforme à la jurisprudence de la Cour antérieure à 1988², a été reprise par le Conseil d'État³ et confirmée explicitement par l'un des derniers arrêts de la Cour en cette matière : *"Bien que le nouvel article 6, § 1er, VI, alinéa 3, de la loi spéciale de réformes institutionnelles s'inscrive dans l'attribution de compétences aux Régions en ce qui concerne l'économie, cette disposition traduit la volonté expresse du législateur spécial de maintenir une réglementation de base uniforme de l'organisation de l'économie dans un marché intégré"* ⁴.

Ainsi, l'U.E.U.M. transcende la problématique de la répartition des compétences au lieu d'en être une modalité⁵. En tant qu'obligation d'abstention, on pourrait rapprocher l'U.E.U.M. du principe constitutionnel allemand de la Bundestreue, qui est *"un concept à la fois moral et juridique. Il suppose, en effet, que la Fédération ainsi que les Länder doivent, non seulement, respecter les obligations qui leur sont expressément imposées*

1. R. ERGEC, "La réforme de l'État: les compétences économiques", *J.T.*, 1989, p. 143; B. HAUBERT et P. VANDERNOOT, *op. cit.*, pp. 241-242; J.-P. KEPPEPNE, "L'union économique et l'unité monétaire, nouvelle structure de l'État belge ? A propos de l'avis du Conseil d'État du 10 janvier 1990", *R.R.D.*, 1990, p. 418. *Contra* : P. LEGROS, "La réforme de l'État: les compétences économiques", *J.T.*, 1989, p. 243.
2. Voir notamment l'arrêt n° 36 du 10 juin 1987, *précité* : *"Aux termes de l'article 6, § 1er, VI, les Régions ne sont pas compétentes en matière de politique des prix et des conditions d'accès à la profession. Bien que cette disposition, souligne la Cour, figure dans une partie de la loi spéciale où se trouve définie la compétence des Régions en ce qui concerne la politique économique, elle exprime la volonté du législateur de faire en sorte que l'ensemble de la réglementation de la politique des prix et des conditions d'accès à la profession demeure une matière nationale"* (Ph. QUERTAINMONT, M. UYTENDAELE et Ph. DE BRUYCKER "Chronique de jurisprudence et de législation, La Cour d'arbitrage, ans III et IV (1987-1988)", *A.P.T.*, 1989, p. 100).
3. Avis sur une proposition d'ordonnance relative aux détergents du 10 janvier 1990, *R.R.D.*, 1990, pp. 420-421 et note J.-P. KEPPEPNE, *op. cit.*, pp. 413-419.
4. Arrêt n° 32/91 du 14 novembre 1991, *op. cit.*, point 5.B.1.7.
5. J.-P. KEPPEPNE, *op. cit.*, p. 417. Le droit européen va d'ailleurs dans le même sens. En effet, le Traité de Rome, outre des règles attribuant la compétence exclusive aux institutions communautaires pour une série de politiques communes, contient un énoncé séparé des grandes libertés de circulation qui constituent le coeur de l'U.E.M.

par la Constitution, mais doivent, en outre, veiller à adopter des comportements qui ne portent pas atteinte au fonctionnement harmonieux des mécanismes fédéraux¹. A ce titre, l'U.E.U.M. devrait, comme la Bundestreue en droit allemand, trouver sa place dans la Constitution².

SECTION 2

CONVERGENCES ET DIVERGENCES DANS LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL EN MATIÈRE DE NON- DISCRIMINATION ET DE LIBRE CIRCULATION

70. Du point de vue du contrôle juridictionnel, l'U.E.U.M. et la non-discrimination, sont des "*principes intermédiaires*", pour reprendre l'expression de M. PHILIPPE³ : ce sont des principes qui ne constituent pas pour le législateur des objectifs à atteindre, mais des contraintes à respecter. Oserait-on écrire qu'ils constituent des garde-fous placés au bord de la route sinueuse qui mène le législateur à l'intérêt général⁴.

1. M. UYTENDAELE, *Le fédéralisme inachevé, réflexion sur le système institutionnel belge issu des réformes de 1988-1989*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 183. A noter que la Cour d'arbitrage reconnaît, au moins implicitement, l'existence d'un "*principe général de droit constitutionnel de fidélité ou de loyauté fédérale*", C.A., arrêt n° 12/92 du 20 février 1992, point I.B.10., *M.B.*, 4 mars.
2. C. VANDERVEEREN, P. VAN ROMPUY, D. HEREMANS et E. HEYLEN, *op. cit.*, pp. 47-48; J. SAROT, P. VANDERNOOT et E. PEREMANS, *La jurisprudence de la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 47-48, pour qui l'U.E.U.M. est, au même titre que la séparation des pouvoirs et l'indépendance du pouvoir judiciaire, un principe général jurisprudentiel déduit de la Constitution.
3. X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, Economica, 1990, p. 92.
4. Dans certains cas, toutefois, l'égalité constitue bien l'objectif d'une politique. C'est ainsi que l'on justifie les discriminations positives pratiquées dans certaines matières. Il en va de même pour la liberté de circulation, lorsque l'on considère les règles d'harmonisation.

Cette qualification est renforcée par deux considérations. D'une part, dans la jurisprudence de la Cour de justice, la libre circulation des marchandises n'est pas seulement un principe répartiteur des compétences entre les Communautés et les États membres. C'est aussi et surtout un aspect important d'une liberté garantie par le traité C.E.E., à savoir la liberté de commerce, qui est l'expression économique de droits fondamentaux tels que le droit de propriété¹.

D'autre part, les exigences de l'U.E.U.M. viennent renforcer le principe de non-discrimination. En effet, celui-ci ne peut s'opposer à ce qu'un traitement différent soit appliqué à des situations semblables par des législateurs différents². La Cour d'arbitrage relève à cet égard que l'autonomie reconnue aux Communautés et Régions "*implique que des politiques différentes puissent être poursuivies par les différents législateurs décretsaux concernés. Cette autonomie n'aurait pas de portée si le seul fait qu'il existe des différences de traitement entre les destinataires des règles s'appliquant de part et d'autre à une même matière était jugé contraire aux articles 6 et 6bis de la Constitution*"³. L'U.E.U.M. vient tempérer cette autonomie en matière économique et financière, puisqu'elle requiert une certaine convergence micro- et macro-économique au sein de l'union, c'est-à-dire une situation économique comparable, d'une part pour tous les habitants de l'union (en terme de pouvoir d'achat, etc.), et d'autre part pour les différentes composantes de cette union (en terme de croissance, de balance des paiements, etc.)⁴. C'est en ce sens que l'on peut considérer que le principe d'U.E.U.M. inscrit à l'article 6, §1er, VI, de la loi spéciale est "*la traduction d'un principe d'égalité ou d'une interdiction de discrimination*

1. Principe qui ne s'applique d'ailleurs pas seulement aux professionnels, mais aussi aux particuliers, qui, en tant que consommateurs, se voient reconnaître une liberté d'approvisionnement. Voir C.J.C.E., arrêt du 7 mars 1990, G.B.-I.N.N.O.-B.M., aff. C-326-88, *Rec.*, p.667.
2. X. DELGRANGE, "Le principe d'égalité et de non-discrimination face au fédéralisme en Belgique", in *Québec-Communauté française de Belgique : Autonomie et spécificité dans le cadre d'un système fédéral*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1991, pp. 169-203.
3. C.A., arrêt n° 25/91 du 10 octobre 1991, *M.B.*, 5 novembre, point B.4. Voir également C.A., arrêt n° 33/91 du 14 novembre 1991, *op. cit.*, point 4.B.4.1.
4. J.-P. KEPPELNE, *op. cit.*, pp. 415-416.

"1. L'U.E.U.M. permet donc d'exiger une certaine égalité de traitement, par-delà les frontières internes².

71. Étant tous deux des principes intermédiaires, la non-discrimination et l'U.E.U.M., perçue ici dans son aspect de libre circulation, amènent le juge à effectuer essentiellement un contrôle de proportionnalité.

Certes, les prémisses des deux contrôles sont très différents. La non-discrimination intervient lorsqu'une norme distingue deux catégories de personnes, alors que la libre circulation, comme toute liberté, est en jeu dès qu'une norme y porte atteinte. Ainsi, pour schématiser, le contrôle de non-discrimination débute par un examen horizontal : des catégories de personnes sont-elles distinguées ? Alors que la protection des libertés débute par un examen vertical : l'autorité a-t-elle empiété sur une liberté ou imposé une charge excessive aux citoyens ?

Toutefois, vu la méthodologie retenue par la Cour d'arbitrage, qui fait une place extrêmement importante à la notion de proportionnalité, les deux contrôles se rejoignent largement.

Pour analyser les divergences et les convergences au niveau des contrôles de non-discrimination et de libre circulation, il faut donc, dans un premier temps, exposer rapidement la démarche adoptée par le juge dans un cas comme dans l'autre (§ 1), pour ensuite comparer les différentes étapes parcourues (§ 2).

§1. Détermination des étapes du contrôle juridictionnel en matière de non-discrimination et de libre circulation

72. La Cour d'arbitrage a déterminé les étapes de son contrôle en matière de non-discrimination et de libre circulation en s'inspirant, dans le premier cas, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de

1. Rapport de la Chambre, *Doc. parl.*, Chambre, S.E., 1988, n° 516/6, p. 21. Voir M. HERBIET, *op. cit.*, p. 486.
2. Cette complémentarité explique que les deux derniers recours introduits devant la Cour d'arbitrage invoquant l'U.E.U.M. se basaient également sur la violation du principe de non-discrimination. Voir les arrêts n° 32/91 et n° 33/91 du 14 novembre 1991, *précités*.

l'Homme, et dans le second cas, de celle de la Cour de justice. Cette filiation jurisprudentielle qui apparaît ainsi entre la Cour d'arbitrage et les juridictions européennes permet d'approfondir l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle belge, principalement en matière de libre circulation, où elle est encore très embryonnaire.

I. Les étapes du contrôle juridictionnel en matière de non-discrimination

73. *“Il est difficile, voire impossible, pour une instance juridictionnelle quelconque de se prononcer en matière d'égalité, en suivant toujours et dans tous les cas, la même démarche intellectuelle d'une façon que l'on pourrait appeler mécanique. Le concept d'égalité est en effet si vaste et si fluide, voué à s'appliquer à tant d'objets divers, dans des contextes si différents, que, par la force des choses, il se colore au contact des matières qu'il touche et qu'une formulation toujours identique à elle-même apparaît illusoire et n'est peut-être même pas souhaitable”*¹. Pourtant, dès son premier arrêt, la Cour d'arbitrage va arrêter une formule déterminant sa démarche dans le contrôle de non-discrimination. Bien évidemment, selon les cas, la Cour respectera plus ou moins la ligne de conduite qu'elle s'est ainsi tracée.

Selon la Cour d'arbitrage, *“Les règles constitutionnelles de l'égalité des Belges devant la loi et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie selon certaines catégories de personnes pour autant que le critère de différenciation soit susceptible de justification objective et raisonnable. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé”*². Depuis peu, la Cour estime qu'elle doit *“examiner en premier lieu si les catégories de personnes entre lesquelles une inégalité est alléguée peuvent*

1. J.-C. SCHOLSEM, “L'égalité devant la Cour d'arbitrage”, in *Liber Amicorum Prof. Em. E. KRINGS*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 777.

2. C.A., arrêt n° 21/89 du 13 juillet 1989, *M.B.*, 21 juillet 1989, point B.4.5.b.

être comparées”¹. Mis à part l'échange de quelques synonymes, la formule ne variera pas, si l'on excepte l'adjonction de la prise en considération de “la nature des principes en cause” en plus du but et des effets de la mesure, pour apprécier la justification de la différenciation².

74. Cette définition reproduit quasi intégralement celle adoptée par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire “relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique”³. Elle ne s'en écarte que sur un point, essentiel pour la matière qui nous occupe. Selon la Cour européenne des droits de l'Homme, “l'article 14 est violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé”. Comme le constate M. SCHOLSEM, “l'utilisation du mot ‘clairement’ attire l'attention sur le fait que son contrôle de proportionnalité ne sera que marginal, qu'il ne s'exercera qu'en cas de disproportion manifeste”⁴. L'absence de ce terme dans la définition de la Cour d'arbitrage semble donc signifier qu'elle se réserve la possibilité d'exercer un contrôle de proportionnalité plus approfondi.

Il est vrai que, dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, la proportionnalité apparaît dans chacune des étapes de son contrôle. Celui-ci porte sur deux éléments, le critère de différenciation et la norme elle-même.

1. C.A., arrêt n° 3/91 du 7 mars 1991, *M.B.*, 28 février, point B.4.1.
2. C.A., arrêt n° 34/90 du 14 novembre 1990, *M.B.*, 10 novembre, point B.2.; arrêt 35/90 du 14 novembre 1990, *M.B.*, 10 novembre, point B.3., et généralement depuis l'arrêt n° 8/91 du 18 avril 1991, *M.B.*, 14 mai, point B.6.
3. C.E.D.H., arrêt du 23 juillet 1968, *Série A*, vol. 6, § 10 : “l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime : l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé”. Voir notamment X. DELGRANGE, “Quand la Cour d'arbitrage s'inspire de la Cour européenne des droits de l'Homme”, note sous C.A., arrêt n° 23/89 du 13 octobre 1989, *R.R.D.*, 1989, pp. 619-627; J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, p. 176.
4. J.-C. SCHOLSEM, *op. cit.*, p. 775.

Ils sont jaugés en fonction d'un troisième élément, le but, qui ne fait lui-même l'objet que d'une appréciation marginale. En définitive, le contrôle se fait donc en trois temps : la Cour identifie tout d'abord le but poursuivi par le législateur, et en contrôle la légitimité; elle analyse ensuite la distinction établie entre deux catégories de personnes; elle apprécie enfin la norme elle-même au moyen du principe de proportionnalité.

II. Les étapes du contrôle juridictionnel en matière de libre circulation

75. Dans la mesure où il s'agit d'entraves aux échanges sous forme de mesures indistinctement applicables¹, le contrôle en matière de libre circulation des marchandises exercé par la Cour de justice s'opère en trois étapes. Il débute par une appréciation factuelle : la mesure est-elle apte à avoir des effets restrictifs sur les échanges ? Ensuite, en cas de réponse positive, la Cour identifie et apprécie le but poursuivi. Enfin, elle examine les effets de la norme entreprise, en terme de nécessité et de proportionnalité. Un arrêt récent illustre parfaitement la démarche de la Cour. Il s'agissait de savoir si l'interdiction, par une disposition de portée générale, d'employer des travailleurs salariés le dimanche constituait une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative². La Cour procéda en trois temps. Elle releva tout d'abord que, bien que n'ayant pas pour but de régir les échanges, la mesure est "*néanmoins susceptible d'entraîner des effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises*". Elle constata ensuite "*qu'une réglementation telle que celle qui est en cause poursuit un but justifié au regard du droit communautaire*". Elle estima enfin que "*les effets restrictifs sur les échanges qui peuvent éventuellement découler d'une telle réglementation n'apparaissent pas comme excessifs au regard du but poursuivi*".

1. Cf. *supra*, n° 57-58.

2. C.J.C.E., arrêt du 28 février 1991, Conforama, aff. C-312/89, *Rec.*, p. 997. Une structure parfaitement identique se retrouve notamment dans les arrêts du 23 novembre 1989, Torfaen Borough Council, aff. C-145/88, *Rec.*, p. 3888, et du 28 février 1991, Marchandise, aff. 332/89, *Rec.*, p. 1040.

Dans son arrêt n° 32/91 du 14 novembre 1991, la Cour d'arbitrage procède exactement de la même manière¹. La Cour constate tout d'abord que la mesure est *"de nature à affecter négativement l'exportation de déchets hors de la Région flamande"*. Elle identifie ensuite le but poursuivi, à savoir prévoir un traitement fiscal identique pour les déchets éliminés en Flandre et ceux qui sont exportés, afin de ne pas favoriser l'exportation, ce qui compromettrait la rentabilité des établissements chargés d'éliminer les déchets. Enfin, la Cour estime que *"la mesure critiquée apparaît nécessaire pour assurer la bonne exécution du programme de traitement des déchets"*².

§2. Comparaison des contrôles de non-discrimination et de libre circulation

76. Il ressort de la détermination des étapes des contrôles de non-discrimination et de libre circulation que l'examen du but est crucial, même s'il intervient à des moments différents. Il constitue l'examen préliminaire en matière de non-discrimination, parce que la détection de la présence d'une distinction suppose déjà une comparaison en fonction du but poursuivi, alors qu'il n'intervient qu'en second lieu dans le contrôle de libre circulation (I). Chacun des contrôles comporte une caractéristique propre, la présence d'une distinction dans des situations comparables pour la non-discrimination, l'existence d'une atteinte à la liberté pour la libre circulation (II). Enfin, les deux contrôles se rejoignent parfaitement dans l'application du principe de proportionnalité à la norme entreprise (III).

I. L'identification et l'appréciation du but

A. Le but et la non-discrimination

77. En matière de non-discrimination, la Cour d'arbitrage identifie tout d'abord le but de la norme attaquée. C'est l'étape la plus importante de son contrôle, puisque toutes les autres s'effectueront à l'aune de celle-ci :

1. Cf. *supra*, n° 63.

2. C.A., arrêt n° 32/91 du 14 novembre 1991, *op. cit.*, point 5.B.1.9.

“le but devient donc le critère principal, sinon unique, du jugement porté en matière d'égalité”¹. Il doit être identifié, puis éventuellement apprécié.

78. L'identification du but n'est pas chose aisée. Plusieurs points de vue pourraient en effet être retenus, depuis la finalité générale de la norme jusqu'à son objet². Ainsi, dans l'arrêt n° 33/91 du 14 novembre 1991, la Cour identifie un but général, qui est “*de recueillir les moyens financiers nécessaires à l'exécution du budget*”, et un but particulier, qui est “*d'encourager une réduction de la pollution de l'environnement et de financer l'assainissement de celui-ci en appliquant le principe du 'pollueur-payeur'*”³. Bien que les buts général et particulier soient de nature très différente, la Cour n'en considère plus qu'un seul pour appliquer le principe de proportionnalité, le général s'effaçant au profit du particulier⁴. Cette option n'est bien entendu pas sans incidence sur la suite du contrôle, lorsqu'il s'agira d'apprécier la proportionnalité de la mesure par rapport au but⁵.

79. L'appréciation du but est oeuvre encore plus délicate. La Cour d'arbitrage évolue sur le fil du rasoir, devant éviter à la fois de tomber dans le jugement d'opportunité et, à l'inverse, d'exercer un contrôle tellement marginal qu'il en devient symbolique. La Cour se fixe donc une limite à ne pas dépasser : “*il n'appartient pas à la Cour d'apprécier si une mesure établie par la loi est opportune ou souhaitable*”⁶.

-
1. J.-C. SCHOLSEM, *op. cit.*, p. 778. Voir également D. DEOM, “Objectif du législateur et principe d'égalité dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage”, in *Le recours aux objectifs de la loi dans son application, Travaux préparatoires du congrès des 10-12 septembre 1992*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, p. 250.
 2. D. DEOM, *op. cit.*, p. 251; M. VERDUSSEN, “La Cour d'arbitrage et l'argent des partis politiques, note sous C.A., arrêt n° 40/90 du 21 décembre 1990”, *J.T.*, 1991, p. 409; J.-C. SCHOLSEM, *op. cit.*, p. 779.
 3. Point 3.B.1.
 4. Point 3.B.2.
 5. D. DEOM, *op. cit.*, p. 251.
 6. C.A., arrêt n° 23/89 du 13 octobre 1989, *M.B.*, 8 novembre, point B.2.7. Cette affirmation a été souvent répétée par la suite.

Par contre, la Cour n'explicite pas clairement en quoi consiste son contrôle relatif au but. A cet égard, on peut distinguer deux types d'appréciation, l'une portant sur la légitimité du but, l'autre sur sa qualification en termes d'intérêt général.

80. Quant à la légitimité, la formulation de l'appréciation varie d'un arrêt à l'autre. Parfois, la Cour estime que le but n'est pas incompatible avec les articles 6 et 6*bis* de la Constitution¹. D'autres fois, elle estime que "le législateur peut"², "peut valablement"³, ou "peut légitimement"⁴, poursuivre le but assigné à la norme. Par deux fois, la Cour d'arbitrage aurait pu déclarer que le but poursuivi n'était pas légitime. Il s'agissait, dans les deux espèces, de lois ayant pour objet de soustraire des arrêts royaux au contrôle du Conseil d'État, alors que celui-ci n'aurait pas manqué d'en sanctionner l'irrégularité. La Cour a toutefois préféré faire porter son contrôle sur l'absence de justification raisonnable dans le critère de différenciation, plutôt que sur la légitimité du but poursuivi⁵.

81. La Cour qualifie également le but en termes d'intérêt général, ce qui conditionne l'intensité de son contrôle : suivant l'importance et la nature du but poursuivi, la Cour d'arbitrage effectuera un contrôle plus ou moins strict en matière de justification du critère de différenciation et de principe de proportionnalité. Ainsi, dans les arrêts relatifs à la loi de pacification et à l'élection européenne, le but est d'assurer un équilibre dans les rapports

1. C.A., arrêt n° 26/90 du 14 juillet 1990, *M.B.*, 4 août, point 9.B.2.
2. Voir par exemple les arrêts n° 10/91 du 2 mai 1991, *M.B.*, 2 juillet, point B.2.7. et 8/92 du 11 février 1992, *M.B.*, 25 mars, point B.4.
3. Arrêts n° 23/89 du 13 octobre 1989, *op. cit.*, point B.2.6.; n° 13/91 du 28 mai 1991, *M.B.*, 28 juin, point 6.B.2.
4. Arrêts n° 34/90 du 14 novembre 1990, *op. cit.*, point B.3.2.; n° 40/90 du 21 décembre 1990, *M.B.*, 31 janvier 1991, points 4.B.2. et 4.B.3.; n° 30/91 du 31 octobre 1991, *M.B.*, 15 novembre, B.3.2.
5. C.A., arrêts n° 16/91 du 13 juin 1991, *M.B.*, 18 juillet, point 4.B.6.; n° 20/92 du 12 mars 1992, *M.B.*, 7 avril, point B.2.3. Sur les réticences de la Cour d'arbitrage à apprécier la légitimité du but poursuivi, voir P. COENRAETS, "La procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation à l'épreuve du principe d'égalité", note sous C.A., arrêt n° 39/90 du 21 décembre 1990, *R.R.D.*, 1991, p. 591.

entre les deux grandes communautés qui composent la Belgique. Il s'agit d'un "intérêt public supérieur"¹ qui participe en quelque sorte "d'une certaine conception de la raison d'État"², et qui amène la Cour d'arbitrage à faire preuve d'une plus grande mansuétude dans l'exercice de son contrôle. La Cour européenne des droits de l'Homme n'agit pas autrement lorsqu'elle estime qu'une distinction n'est pas discriminatoire si, "s'inspirant de l'intérêt public, elle ménage un juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts de la communauté et le respect des droits et libertés garantis par la Convention"³. Plus le but poursuivi est d'un intérêt public supérieur, plus le contrôle se fait marginal⁴.

B. Le but et la libre circulation

82. En matière de libre circulation, le but constitue un élément tout aussi essentiel, sauf lorsque l'entrave découle d'une mesure, telle un droit de douane, qui ne peut faire l'objet d'aucune justification : "les droits de douane sont interdits indépendamment de toute considération du but en vue duquel ils ont été institués ainsi que de la destination des recettes qu'ils procurent"⁵. Par contre, dans l'appréciation de la compatibilité d'une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative, la notion de but devient capitale, puisque la mesure ne sera admise que si, d'une part, elle poursuit un but acceptable, c'est-à-dire qui, soit est visé à l'article 36 du

-
1. C.A., arrêt n°18/90 du 23 mai 1990, *M.B.*, 27 juillet, point B.9.2.; arrêt n° 26/90 du 14 juillet 1990, *op. cit.*, point 7.B.2.
 2. J.-C. SCHOLSEM, *op. cit.*, p. 781.
 3. C.E.D.H., arrêt du 23 juillet 1968, *op. cit.*, § 7, p. 44. Voir F. OST, "Les directives d'interprétation adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme, l'esprit plutôt que la lettre ?", in F. OST et M. van de KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit, les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 280.
 4. H. DUMONT, "Des contrôles de constitutionnalité et de légalité en droit public aux contrôles du pouvoir en droit privé : pour une théorie critique des contrôles de la validité des actes unilatéraux émanant d'un pouvoir public ou privé", in *Droit et pouvoir*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, pp. 238-239 ; X. DELGRANGE, "Le principe d'égalité et de non-discrimination face au fédéralisme en Belgique", *op. cit.*, p. 200.
 5. C.J.C.E., arrêt du 1er juillet 1969, Commission contre Italie, aff. 24/68, *Rec.*, p. 193. C.A., arrêt n° 47 du 25 février 1988, *op. cit.*, point 6.B.5. Cf. *supra*, Section. 1.

traité C.E.E., soit constitue une exigence impérative¹, et si, d'autre part, elle n'engendre pas une entrave aux échanges disproportionnée par rapport au but².

Les difficultés d'identification et d'appréciation du but, telles qu'elles ont été évoquées en matière de non-discrimination, se retrouvent bien évidemment de la même manière dans le contrôle de libre circulation.

83. Concernant l'identification du but, on retrouve dans l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 32/91 du 14 novembre 1991, en matière de libre circulation, le problème évoqué plus haut, à propos de l'arrêt n° 33/91, en matière de non-discrimination. La Cour d'arbitrage identifie une finalité générale, qui est "*une politique préventive visant à réduire la pollution causée par les déchets*"³; un objectif médiate, qui est d'"*assurer la bonne exécution du programme de traitement des déchets*"⁴; l'objet de la norme, qui est de "*prévoir un traitement fiscal identique*" pour les déchets exportés et les déchets traités en Région flamande⁵. Pourtant, après avoir relevé la multiplicité des objectifs, la Cour d'arbitrage ne considérera plus que l'objet de la norme pour exercer son contrôle⁶, ce qui ne pourra qu'affecter le résultat de celui-ci.

Dans cet arrêt, la Cour d'arbitrage se contente d'identifier le but, mais ne porte aucune appréciation sur celui-ci, si ce n'est implicitement. Au contraire, la Cour de justice effectue, quant à elle, un important contrôle de la validité du but poursuivi. Elle travaille différemment selon qu'elle se situe dans le champ d'application de l'article 30 ou de l'article 36.

Cette dernière disposition énumère une série de causes de justification, permettant d'admettre des entraves aux échanges. Cette

-
1. L'on ne peut recourir à la notion d'exigence impérative que lorsqu'il n'y a pas de discrimination formelle. Cf. *supra*, n° 58.
 2. Cf. *supra*, n° 58.
 3. C.A., arrêt n° 32/91 du 14 novembre 1991, *op. cit.*, point 5.B.2.1.3.
 4. Point 5.B.1.9. On pourrait également relever à ce niveau l'objectif d'appliquer le principe du pollueur-payeur (point 5.B.2.1.2.).
 5. Point 5.B.1.9.
 6. Point 5.B.2.1.3.

disposition est de stricte interprétation¹. Dans ce cas, le travail de la Cour consiste à vérifier que le but poursuivi peut être rangé dans l'une des causes de justification². La Cour doit également s'assurer que le but annoncé est bien le but réellement poursuivi³. Par contre, sous réserve de l'application du principe de proportionnalité⁴, la Cour reconnaît aux États un pouvoir discrétionnaire dans l'ampleur de l'objectif qu'ils s'assignent⁵.

Si les mesures sont indistinctement applicables, la Cour de justice admettra, à côté des causes énumérées à l'article 36, des exigences impératives qui justifieront elles aussi l'entrave aux échanges⁶. Il s'agit cette fois d'une construction purement prétorienne. La Cour, se fondant sur l'économie de l'article 30⁷, appréciera souverainement l'objectif poursuivi

1. C.J.C.E., arrêt du 25 janvier 1977, Baudhuis, aff. 46/76, *Rec.*, p. 5.
2. Pour un commentaire de ces différentes causes de justification, voir notamment J. BOULOUIS et R.-G. CHEVALLIER, *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, Tome 2, 2ème édition, Paris, Dalloz, 1986, pp. 33 et s.
3. F. CAPELLI, "La liberté de circulation des marchandises dans la Communauté économique européenne et la loi allemande sur la pureté de la bière", *R.M.C.*, 1987, p. 699.
4. Cf *infra*, n° 98.
5. Ainsi, "dans la mesure où des incertitudes subsistent en l'état actuel de la recherche scientifique, il appartient aux États membres, à défaut d'harmonisation, de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé et de la vie des personnes, tout en tenant compte des exigences de la libre circulation des marchandises à l'intérieur de la Communauté" (C.J.C.E., arrêt du 14 juillet 1983, Sandoz, aff. 174/82, *Rec.*, p. 2445). Voir J.-C. MASCLLET, note sous l'arrêt du 12 mars 1987, Commissions c. R.F.A., aff. 178/84, *R.T.D.E.*, p. 366; B. JADOT, "Mesures nationales de police de l'environnement, libre circulation des marchandises et proportionnalité", *op. cit.*, p. 418.
6. Il est de jurisprudence constante depuis l'arrêt "Cassis de Dijon", *op. cit.*, p. 649, point 8, que, "en l'absence d'une réglementation commune de la commercialisation, les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant de disparités entre les réglementations nationales doivent être acceptés dans la mesure où la réglementation en cause est indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés et peut être justifiée comme étant nécessaire pour satisfaire à des exigences impératives" (C.J.C.E., arrêt du 7 mars 1990, G.B.-I.N.N.O.-B.M., *op. cit.*, p. 667, point 10). Voir notamment L. DEFALQUE et G. VANDERSANDEN, *op. cit.*, p. 494; L. DEFALQUE, *op. cit.*, p. 485; S. LECRENIER, "Les articles 30 et suivants CEE et les procédures de contrôle prévues par la directive 83/189/CEE", *R.M.C.*, 1985, p. 21; B. JADOT, *op. cit.*, p. 413.
7. C.J.C.E., arrêt du 17 juin 1981, Commission c. Irlande, aff. 113/80, *Rec.*, p. 1639.

par la mesure nationale, et le qualifiera ou non d'impératif ou de "justifié au regard du droit communautaire"¹. Elle effectue donc un véritable contrôle de légitimité².

84. Comme dans le contrôle de non-discrimination, la Cour de justice apprécie également l'objectif poursuivi en terme d'intérêt général, et module ainsi l'intensité de son contrôle. La Cour considère par exemple que l'objectif de protection du consommateur ne justifie pas qu'un État puisse interdire purement et simplement le démarchage à domicile. Toutefois, lorsque le produit proposé est du matériel pédagogique, il en va autrement, puisque "l'enseignement n'étant pas un produit de consommation courante, l'achat irréfléchi risque de provoquer chez l'acquéreur des effets préjudiciables autres et plus durables qu'une simple perte financière"³.

II. Le contrôle caractéristique : la distinction en matière de non-discrimination, l'entrave aux échanges en matière de libre circulation

85. La différence essentielle entre le contrôle de non-discrimination et celui relatif à la libre circulation réside dans le fait que le premier nécessite une comparaison entre des situations distinguées, tandis que le second se contente de l'analyse d'une seule situation. Dans le premier cas, il faudra apprécier le critère justifiant la distinction, dans le second, il faudra déterminer s'il y a ou non atteinte à la libre circulation.

Le contrôle de non-discrimination exige dès cet instant l'application du principe de proportionnalité, à moins d'en revenir à la vieille formule, "à situation égale, traitement égal; à situation différente, traitement différent", qui ne permet qu'un contrôle de pure forme, puisque la moindre différence justifierait n'importe quelle inégalité de traitement. Pour passer de l'identité à la comparabilité des situations considérées, et donc affiner le contrôle, il

-
1. C.J.C.E., arrêt du 28 février 1991, Conforama, *op. cit.*, p. 1025.
 2. K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p.491.
 3. C.J.C.E., arrêt du 16 mai 1989, Buet, aff. 382/87, *Rec.*, p. 1252, point 14. Comp. arrêt du 23 avril 1991, Boscher, aff. C-239/90, *Rec.*, p. 2023.

est nécessaire de recourir à la proportionnalité : il faudra jauger l'inégalité de traitement au vu de l'importance de la différence des situations¹.

La détermination de l'atteinte à la libre circulation n'est quant à elle, et à ce stade, qu'un contrôle factuel : matériellement, la mesure constitue-t-elle une entrave aux échanges ?

A. La distinction en matière de non-discrimination

86. Pour qu'il y ait risque de discrimination, il faut tout d'abord une distinction² : une norme traite distinctement deux catégories de personnes. Selon la formule de la Cour d'arbitrage, le critère de différenciation doit être "*susceptible de justification objective et raisonnable*"³.

87. Mais, avant de procéder à cette analyse complexe, la Cour estime qu'elle doit "*examiner en premier lieu si les catégories de personnes entre lesquelles une inégalité est alléguée peuvent être comparées*"⁴. Ce faisant,

1. Comme le relève X. PHILIPPE, *op. cit.*, p. 105, "*on passe de 'l'égalité-identité' à 'l'égalité-proportionnalité' qui n'empêche pas l'autorité qui édicte la norme d'agir mais lui interdit les décisions arbitraires*". Voir également F. DELPEREE, "Le principe de proportionnalité en droit public (éléments d'analyse au départ de la jurisprudence du Conseil d'État)", in *Rapports belges au Xème Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 512; F. DELPEREE et V. BOUCQUEY-REMION, "Liberté, légalité et proportionnalité", *A.P.T.*, 1979-1980, pp. 287 et 291; J.-C. SCHOLSEM, *op. cit.*, p. 782.
2. En vertu de la terminologie proposée par M. BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, pp. 26-27, le terme "distinction" est pris dans une acception neutre, la "différenciation" est une distinction justifiable, et la "discrimination" une distinction illégitime.
3. Cf. *supra*, n° 73.
4. C.A., arrêt n° 3/91 du 7 mars 1991, *op. cit.*, point B.4.1. Elle semble ainsi tenir compte d'un article de P. DE RIDDER, qui estimait que : "*het is echter betreuwenswaardig te moeten vaststellen dat het Arbitragehof deze eerste en essentiële stap in het onderzoek naar een eventuele schending van het gelijkheidsbeginsel volledig overslaat. Het Hof zou dit, in het belang van rechtszekerheid, kunnen verhelpen*" ("De beperkte toetsing van het gelijkheidsbeginsel door het Arbitragehof", *R.W.*, 1990-1991, p. 485).

la Cour prend exemple sur la Cour européenne des droits de l'Homme¹ et sur la Cour de justice².

Le test de comparabilité permet d'identifier deux situations potentiellement discriminatoires : soit des catégories comparables de personnes sont traitées différemment, soit des catégories différentes sont traitées pareillement³. Il présente essentiellement un avantage méthodologique, en ce qu'il permet, lorsque la Cour d'arbitrage estime que les situations sont différentes, de clôturer rapidement le contrôle, sans devoir entrer dans l'examen du critère. La Cour peut ainsi "*faire l'économie d'une énonciation complète de ses motifs*"⁴. Dans certains arrêts, elle ne

1. Selon la Cour européenne des droits de l'Homme, l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme "*protège les individus ou groupements placés dans une situation comparable*" (C.E.D.H., arrêt syndicat national de la police belge du 25 octobre 1975, *Série A*, n° 19, p. 19, § 44). Voir la jurisprudence citée par J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'Homme, Extrait du R.P.D.B.*, tome VII, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 118-120, n° 147-150. Voir également G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Economica, 1989, p. 544; P. DE RIDDER, *op. cit.*, pp. 482-483; M. MELCHIOR, "Le principe de non-discrimination dans la Convention européenne des droits de l'Homme", rapport présenté au colloque tenu à Louvain le 5 octobre 1990, in *Égalité et non-discrimination*, Antwerpen, Kluwer, 1991, p. 16.
2. Selon la Cour de justice, pour pouvoir constater l'existence d'une discrimination, "*il faut toujours répondre à la question de savoir si les divers cas en cause sont comparables ou bien s'ils sont différents*", relève K. LENAERTS, "L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples", *op. cit.*, p. 9. Voir notamment le premier arrêt rendu relativement à l'article 7 du Traité de Rome, arrêt du 17 juillet 1963, *Italie c. Commission*, aff. 13/63, *Rec.*, 1963, p. 360 : "*le traitement différent de situations non comparables ne permet pas de conclure automatiquement à l'existence d'une discrimination*". Voir également M. WYBO, *Discrimination et Marché commun*, Paris, L.G.D.J., 1966, p. 107; M. HERDEGEN, "The relation between the principles of equality and proportionality", *C.M.L. Rev.*, 1985, p. 684; S. VAN RAEPENBUSH, *op. cit.*, p. 508; P. DE RIDDER, *op. cit.*, pp. 483-484.
3. Selon une formule devenue classique, la Cour de justice précise que "*la discrimination (consiste) à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes*", arrêt du 17 juillet 1963, *Italie c. Commission*, précité. Voir K. LENAERTS, *op. cit.*, p. 9. La Cour européenne des droits de l'Homme ne semble pas envisager la deuxième hypothèse.
4. J.-C. SCHOLSEM, *op. cit.*, p. 777. Concernant la Cour européenne des droits de l'Homme, voir M. MELCHIOR, *op. cit.*, p. 17.

semble cependant pas se satisfaire de cette facilité, puisqu'elle prolonge son contrôle bien qu'elle ait estimé les situations non comparables¹.

88. L'appréciation des situations en terme de comparabilité suppose un contrôle de proportionnalité. Des situations comparables ne sont pas des situations identiques. Elles ne seront déclarées comparables ou non que dans le cadre de la problématique examinée². *"Il est clair, en effet, qu'en logique, toute situation est toujours plus ou moins comparable à une autre et qu'en matière de règles de droit, le jugement porté sur la comparabilité des situations est, par essence, un jugement porté sur le but de la règle, ne fût-ce qu'implicitement"*³. Ainsi, la Cour d'arbitrage pourra déclarer que, par rapport à l'enfant, le père et la mère sont dans une situation différente du point de vue de l'avortement, et donc admettre un traitement différencié⁴, alors que, du point de vue de l'établissement de la filiation hors mariage, la

1. Ainsi, dans son arrêt n° 13/91 du 28 mai 1991, *précité*, après avoir estimé que, du point de vue de la répartition du Fond des communes, Liège et Charleroi sont dans des situations différentes (point 6.B.5.1.), la Cour continue néanmoins son contrôle (point 6.B.5.2.). Voir également les arrêts n° 17/91 du 4 juillet 1991, *M.B.*, 22 août, et n° 38/91 du 5 décembre 1991, *M.B.*, 21 décembre.
2. Ainsi, du point de vue de leur financement, les universités et les établissements d'enseignement supérieur sont dans des situations différentes (C.A., arrêt n° 19/91 du 4 juillet 1991, *M.B.*, 30 août). De même, la Cour estime que tous les miliciens, armés, non armés et objecteurs sont dans une même situation du point de vue de la procédure pour obtenir un sursis, mais qu'il faut les distinguer quant à la durée de ce sursis, qui doit varier en fonction de la durée des études (C.A., arrêt n° 23/91 du 25 septembre 1991, *M.B.*, 11 octobre).
3. J.-C. SCHOLSEM, *op. cit.*, p. 777. Voir également K. LENAERTS, *op. cit.*, pp. 9-10. C'est ainsi que la Cour d'arbitrage estime que *"considérées sous l'angle de l'objectif de financement de l'assurance maladie-invalidité poursuivi par les dispositions attaquées, les différentes catégories de personnes participant à la consommation des médicaments - médecins prescripteurs, pharmaciens, consommateurs et producteurs de médicaments - ne constituent pas des catégories comparables"* (C.A., arrêt n° 24/91 du 10 octobre 1991, *M.B.*, 25 octobre, point B.2.3.). De même, avant de déclarer que l'État et les provinces sont *"deux catégories de personnes morales trop différentes pour être comparées"*, la Cour d'arbitrage identifie le but de la règle, à savoir faire supporter la charge financière inhérente à l'emploi de commissaire de brigade à l'ensemble des provinces belges (C.A., arrêt n° 31/91 du 7 novembre 1991, *M.B.*, 29 novembre, point 2.B.3.).
4. C.A., arrêt n° 39/91 du 19 décembre 1991, *M.B.*, 17 janvier 1992, point 6.B.11.

situation n'est pas suffisamment différente pour permettre une différence de traitement¹.

La Cour d'arbitrage n'entame pas systématiquement son contrôle par un test de comparabilité, puisque, dans certains cas, le fait que les situations sont comparables est évident². Quoi qu'il en soit, deux hypothèses sont envisageables. Soit le traitement différencié s'applique à des situations jugées non comparables, et elle clôture là son contrôle. Soit, dans les autres cas de figure, elle approfondit son examen. C'est notamment ainsi qu'elle procède dans l'arrêt n° 32/91 du 14 novembre 1991. La Cour énonce que *"le législateur décréteil ne peut méconnaître la portée des articles 6 et 6bis de la Constitution en traitant les collecteurs de déchets de façon discriminatoire par rapport à des catégories de personnes qui leur seraient comparables"*³. Constatant que la situation des exploitants de décharges et d'installations d'incinération et celle des collecteurs de déchets est, du point de vue de la taxe, comparable, elle poursuit son contrôle.

89. Vient alors l'analyse du critère de différenciation qui doit être identifié, puis évalué. Selon la formule de la Cour d'arbitrage, le critère de différenciation doit être *"susceptible de justification objective et raisonnable"*⁴.

90. La condition d'objectivité ne pose généralement pas de problème. *"Un critère objectif repose sur une constatation de fait qui s'impose à l'évidence et ne relève pas de l'appréciation personnelle"*⁵. Selon cette définition, il faut considérer que la distinction basée par exemple sur la nationalité est objective.

1. C.A., arrêt n° 39/90 du 21 décembre 1990, *M.B.*, 17 janvier 1991.

2. Cette étape n'est pas plus systématiquement respectée par la Cour européenne des droits de l'Homme. Voir M. MELCHIOR, *op. cit.*, p. 17.

3. Point 5.B.2.1.2.

4. Cf. *supra.*, n° 73. Voir J. VELAERS, *op. cit.*, pp. 186-192.

5. H. BEGUELIN, "Réflexions sur l'égalité devant la loi, à propos d'une divergence entre la jurisprudence de la Cour de Cassation et celle du Conseil d'État", in *L'Égalité*, Volume IV, Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 94.

91. L'exigence d'un critère raisonnable permet un contrôle beaucoup plus approfondi de la part de la Cour, en ce qu'elle suppose une appréciation en termes de proportionnalité. La formule précise d'ailleurs que la justification du critère de différenciation doit "*s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée*"¹.

L'exigence de justification raisonnable permet également d'éliminer le critère qui, bien qu'objectif, "*révélerait une violation des droits de la personne humaine et qui méconnaîtrait en particulier le régime des autres libertés publiques*"². Ainsi en va-t-il d'une différence de traitement basée uniquement sur l'état des revenus en matière d'accès à la justice, "*alors que le service public de la justice doit être accessible sur une base d'égalité des justiciables*"³.

B. *L'affectation des échanges en matière de libre circulation*

92. Le principe de libre circulation suppose l'absence de mesures susceptibles d'avoir des effets restrictifs sur les échanges. La Cour d'arbitrage doit donc apprécier les effets des dispositions attaquées. Deux types de mesures peuvent être distingués. Il y a d'une part les droits de douane et les taxes d'effet équivalent. Comme elles entravent nécessairement les échanges⁴, ces mesures sont absolument prohibées⁵. Il y a d'autre part les mesures que les articles 30 et 34 du traité C.E.E. désignent comme des restrictions quantitatives à l'importation ou à l'exportation, et les mesures d'effet équivalant à ces restrictions. De telles

1. Cf. *supra.*, n° 73.

2. F. DELPEREE, *Droit constitutionnel, Tome 1, Les données constitutionnelles*, deuxième édition, Bruxelles, Larcier, 1987, n° 110.

3. C.A., arrêt n° 41/91 du 19 décembre 1991, *M.B.*, 25 janvier 1992, point B.6.

4. C.A., arrêt n° 32/91 du 14 novembre 1991, point 5.B.1.7.

5. Sauf si la taxe "*constitue la rémunération d'un service effectivement rendu à l'opérateur économique, d'un montant proportionné audit service*" (C.J.C.E., arrêt du 21 mars 1991, Commission c. Italie, aff. C-209/89, *Rec.*, p. 1595, point 9).

mesures ne sont en principe pas conciliables avec l'U.E.U.M., mais un contrôle plus approfondi s'impose avant de les écarter¹.

La Cour doit donc tout d'abord procéder à une analyse de fait, afin de qualifier la norme entreprise. Si celle-ci constitue un droit de douane ou une taxe d'effet équivalent, le contrôle s'arrête là, et la norme est annulée. C'est ce qu'a fait la Cour à propos de la taxe wallonne sur le transfert de l'eau hors de la Région : *"la taxe constitue un véritable droit de douane intérieur (...). Un tel droit à l'exportation est contraire à la libre circulation au sein d'un marché intégré ; il n'est dès lors pas compatible avec l'union économique et ne peut être intégré dans le cadre global de la structure de l'État belge"*².

Si l'on n'est pas en présence d'un droit de douane, il faut évaluer l'effet des mesures sur les échanges³. Selon la Cour de justice, pour que l'article 30 du traité C.E.E. soit applicable, il suffit que *"les mesures en question soient aptes à entraver, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement les échanges entre les États membres sans qu'il soit nécessaire que ces mesures soient de nature à affecter sensiblement les échanges intra-communautaires"*⁴. Il en résulte que *"le degré de l'atteinte portée au commerce n'est donc pas une condition d'application de l'article 30"*⁵. Ainsi, des restrictions en matière de publicité⁶, ou l'obligation de fermer les magasins le dimanche⁷, peuvent

1. C.A., arrêt n° 32/91 du 14 novembre 1991, *op. cit.*, point 5.B.1.9.

2. C.A., arrêt n° 47 du 25 février 1988, *op. cit.*, point 6.B.4.

3. Étrangement, la Cour ne procède pas à cette analyse dans son examen du recours contre la redevance flamande sur les établissements destinés à l'élevage de porcs, de bovins et de volaille (arrêt n° 33/91 du 14 novembre 1991, *op. cit.*, point 4.B.4.1.)

4. C.J.C.E., arrêt du 5 avril 1984, Van den Haar et Kaceka, aff. 177 et 178/80, *Rec.*, 1984, p. 1813. La formule est constante dans la jurisprudence depuis l'arrêt du 11 juillet 1974, Dassonville, *op. cit.*, p. 837.

5. L. DEFALQUE, *op. cit.*, p. 483. Voir également S. LECRENIER, *op. cit.*, p. 18 ; D. MAIDANI, B. POMMIES, J.-C. BONICHOT, *op. cit.*, p. 171. Conclusions de l'Avocat général W. VAN GERVEN dans l'affaire C-312/89, Conforama, *op. cit.*, p. 1011.

6. C.J.C.E., arrêt du 7 mars 1990, G.B.-I.N.N.O.-B.M., *op. cit.*, p. 686, point 7.

7. C.J.C.E., aff. Conforama, *précitée* ; arrêt du 28 février 1991, Marchandise, *op. cit.*, p. 1040, point 9.

avoir des conséquences négatives sur le volume des ventes, et tombent donc sous le coup de l'article 30¹.

Par contre, dans le cadre de l'article 34 du traité C.E.E., prohibant les entraves à l'exportation, la Cour de justice ne prend en compte que les mesures affectant effectivement les échanges².

La Cour d'arbitrage n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur l'intensité de l'affectation qu'elle entendait considérer, le seul cas où elle s'est prononcée étant manifeste³.

III. L'application du principe de proportionnalité

93. C'est la Cour de justice qui a développé avec le plus de précision et de profondeur les implications de l'exigence de proportionnalité, qui figure au nombre des principes généraux du droit dont elle garantit le respect⁴. En fait, la Cour distingue des exigences de nécessité et de proportionnalité. *"Pour l'appréciation de l'exigence de nécessité, il s'agit de savoir s'il existe un lien de nécessité entre la mesure adoptée et la réalisation de l'objectif poursuivi. Un tel lien implique, d'une part, que la mesure adoptée soit appropriée à la réalisation du but poursuivi, c'est-à-dire qu'elle soit adéquate ou pertinente, et, d'autre part, qu'il n'existe pas, à la mesure en question, d'alternative moins restrictive pour la libre circulation des marchandises. L'exigence de proportionnalité, la seconde exigence, porte sur l'existence d'un rapport de proportionnalité entre, d'une part, l'entrave causée et, d'autre part, l'objectif ainsi poursuivi et la réalisation concrète*

-
1. Sur la problématique des conditions de vente, voir K. MORTELMANS, *op. cit.*, pp. 115-136.
 2. L. DEFALQUE, *op. cit.*, p. 482.
 3. C.A., arrêt n° 32/91 du 14 novembre 1991, *op. cit.*, point 5.B.1.9.
 4. C.J.C.E., arrêt du 17 décembre 1970, Einfuhr- und Vorratsstelle Getreiede/köster, aff. 25-70, *Rec.*, p. 1162. Pour un aperçu historique de l'apparition du principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour de justice, voir les conclusions de l'Avocat général CAPOTORTI dans l'affaire "Lait écrémé en poudre", aff. 114-76, *Rec.*, pp. 1233 et s.

de celui-ci"¹. Le critère de proportionnalité comporte donc trois éléments². Les deux premiers supposent un contrôle interne à la relation mesure-but poursuivi. Il faut tout d'abord vérifier si ces moyens permettent d'atteindre le but fixé, c'est le critère d'adéquation. Il faut ensuite s'assurer que, pour atteindre ce but, l'on a emprunté la voie la moins dommageable, celle qui porte le moins atteinte aux libertés. C'est le critère de nécessité. Le troisième critère suppose que l'on exerce un contrôle externe à la relation mesure-but. La mesure est adéquate et nécessaire pour atteindre le but, mais il faut encore faire un calcul coût-bénéfice, pour apprécier si le but est d'un intérêt général suffisant pour justifier l'atteinte aux libertés. C'est le critère de proportionnalité proprement dit.

Le principe de proportionnalité est appliqué à la fois dans le contrôle de non-discrimination et dans celui de la libre circulation.

A. La proportionnalité dans le contrôle de non-discrimination

94. *A priori*, le contrôle de non-discrimination n'exige pas l'examen du rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. La non-discrimination suppose que, dans les normes qu'elle édicte, l'autorité ne fasse pas de distinction arbitraire entre les citoyens. Le noeud du problème se situe donc au niveau horizontal, dans la distinction faite entre deux catégories de personnes. Par contre, l'exigence de proportionnalité des moyens par rapport au but poursuivi suppose un contrôle vertical, une comparaison de l'intérêt général poursuivi par l'autorité, et l'intérêt particulier, le plus souvent une liberté individuelle, qui est menacé par la mesure. On le voit, le principe de proportionnalité participe beaucoup plus de la protection des libertés que de celle de l'égalité³. On reconnaît en effet

1. Conclusions de l'Avocat général W. VAN GERVEN dans l'affaire Eurim-Pharma, C-347/89, *Rec.*, p. 1760.
2. W. VAN GERVEN, "Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux", *J.T.*, 1992, p. 306.
3. Conclusions de l'Avocat général CAPOTORTI dans l'affaire "Lait écrémé en poudre", *op. cit.*, p. 1233; M. HERDEGEN, *op. cit.*, p. 688; J.-C. SCHOLSEM, *op. cit.*, p. 784.

dans ce cas la méthode de pondération des intérêts par laquelle toutes les juridictions apprécient l'atteinte aux libertés¹.

95. Pourtant, la Cour d'arbitrage, comme la Cour européenne des droits de l'Homme² et la Cour de justice³, intègre l'examen de la proportionnalité dans le contrôle de non-discrimination. Il est vrai que l'application du principe de proportionnalité permet au juge de repousser les limites de son contrôle, en contournant l'interdiction du jugement d'opportunité⁴ : si le juge ne peut apprécier l'opportunité de tel but, il s'arroge le droit de contrôler le moyen d'y parvenir, et même d'empêcher le législateur de l'atteindre, s'il estime excessif le coût en terme de restriction des libertés.

La Cour de justice y voit également le moyen de sonder l'objectif véritable de l'État qui prend une mesure contestée, dont la comparaison avec l'objectif affiché fera apparaître l'existence d'une discrimination indirecte⁵ : *"l'intention cachée d'un État membre de favoriser sa production nationale apparaîtra normalement de l'examen du caractère raisonnable du rapport entre l'objectif prétendument recherché et le moyen utilisé. Si ce rapport est déraisonnable, l'objectif avoué n'est pas sincère"*⁶.

1. Voir notamment F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1990, p. 660. Dans la jurisprudence de la Cour de justice, voir par exemple l'arrêt du 24 janvier 1989, EMI, aff. 341/87, *Rec.*, p. 95 : *"les articles 30 et 36 ont pour objet de concilier les exigences de la libre circulation des marchandises avec le respect dû à l'exercice légitime des droits exclusifs en matière de propriété littéraire"*. Voir également l'arrêt du 11 juillet 1989, Schrader, aff. 265/87, *Rec.*, p. 2268.
2. Voir notamment M. MELCHIOR, *op. cit.*, p. 19.
3. Voir notamment M. HERDEGEN, *op. cit.*, p. 688.
4. H. DUMONT, *op. cit.*, pp. 215 et s.; J.-P. COSTA, "Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État (de France)", *A.J.D.A.*, 1988, p. 436 ; M. MELCHIOR, *op. cit.*, p. 19.
5. *"Les règles de l'égalité de traitement (...) prohibent non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toute forme dissimulée de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent, en fait, au même résultat"*, C.J.C.E., arrêt du 12 février 1974, Sotgiu, aff. 152/73, *Rec.*, pp. 164-165, point 11. Voir K. LENAERTS, *op. cit.*, p. 13.
6. K. LENAERTS, *op. cit.*, p. 493 ; F. CAPELLI, *op. cit.*, 1987, p. 699. Le test de proportionnalité révélera également une discrimination dans les normes européennes. Ainsi, *"l'obligation d'achat à un prix si disproportionné constituait une répartition discriminatoire des charges entre les différents secteurs agricoles"* (C.J.C.E., affaire "lait écrémé en poudre", *op. cit.*, p. 1265, point 23).

96. Pour la Cour d'arbitrage, c'est précisément la plus grande affinité du principe de proportionnalité avec la protection des libertés qui est séduisante. Alors qu'elle n'est théoriquement qu'une cour constitutionnelle à compétences restreintes, ne pouvant connaître, outre sa compétence initiale en matière de répartition des compétences, que de la non-discrimination (articles 6 et 6bis de la Constitution) et de la liberté de l'enseignement (article 17), le recours à la proportionnalité lui permet de censurer l'atteinte à l'ensemble des libertés. La Cour considère en effet qu'*"il peut être admis que les distinctions opérées par les dispositions attaquées se justifient par l'intention de sauvegarder un intérêt public supérieur, pourvu que les mesures prises puissent être raisonnablement considérées comme n'étant pas disproportionnées à l'objectif général poursuivi par le législateur. Elles le seraient notamment si une telle sauvegarde était recherchée au prix d'une méconnaissance de principes fondamentaux de l'ordre juridique belge"*¹. Ces principes sont notamment l'ensemble des dispositions constitutionnelles, et plus particulièrement celles relatives aux libertés publiques. Ainsi, est disproportionnée toute mesure qui viole une disposition constitutionnelle². Par le contrôle de proportionnalité, la Cour qualifie donc d'inégalité toute inconstitutionnalité³. Alors que pour la Cour européenne des droits de l'Homme, tout se passe comme si l'article 14 de la Convention *"faisait partie intégrante de chacun des articles consacrant des droits ou libertés"*⁴,

1. C.A., arrêt n° 18/90 du 23 mai 1990, *op. cit.*, point B.9.2.
2. Dans l'arrêt n° 23/89 du 13 octobre 1989, *précité*, la Cour a estimé une disposition disproportionnée parce qu'elle portait atteinte de manière excessive à la liberté d'association (point B.2.9.). Dans l'arrêt n° 26/90 du 14 juillet 1990, *précité*, est disproportionnée une mesure qui apporte une limite injustifiée au droit fondamental de se présenter à une élection (9.B.5.).
3. J.-C. SCHOLSEM, *op. cit.*, p. 785; X. DELGRANGE, "Les articles 6 et 6bis de la Constitution, des dispositions longues portées", *R.R.D.*, 1990, p. 431 ; P. GILLIAUX, "La protection spéciale de l'égalité est-elle limitée à la seule violation des articles 6 et 6bis de la Constitution ?", note sous C.A., arrêt n° 18/90 du 23 mai 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1311.
4. C.E.D.H., arrêt affaire linguistique belge du 23 juillet 1968, *op. cit.*, pp. 33 et s.

pour la Cour d'arbitrage, tout se passe comme si la Constitution, et plus particulièrement le titre II de celle-ci, était toute entière inscrite dans ses articles 6 et 6bis.

Il est toutefois surprenant de constater que la Cour d'arbitrage ne va pas jusqu'au bout de sa logique et que, contrairement à la Cour de justice, elle ne profite pas encore au maximum de l'arme dont elle s'est ainsi dotée. Comme la Cour de justice, elle distingue le critère d'adéquation du critère de proportionnalité proprement dit. Le premier lui permet d'annuler une mesure qui n'atteint pas le but visé¹. Le second lui permet essentiellement de censurer une mesure qui porte atteinte de manière excessive à une liberté.

Par contre, la Cour limite son contrôle de façon paradoxale, lorsqu'elle estime qu'elle "*n'a pas à examiner si l'objectif poursuivi par le législateur pourrait être atteint ou non par des mesures légales différentes*"². Comment vouloir à la fois contrôler de manière approfondie le respect du principe de proportionnalité, ce que l'omission du terme "*clairement*" lors de la reprise de la formule de la Cour de Strasbourg laisse entendre³, et refuser d'apprécier si une voie moins dommageable aurait pu être suivie ? Dans certains cas, toutefois, la Cour a procédé à cet examen, estimant notamment que tel objectif "*aurait pu être atteint par des mesures spécifiques*"⁴.

B. La proportionnalité dans le contrôle de libre circulation

97. La Cour d'arbitrage n'a pas encore appliqué complètement le principe de proportionnalité au contrôle de libre circulation. Dans son arrêt n° 12/89, elle pose qu'une mesure ne peut contenir que ce qui est nécessaire

1. Voir par exemple l'arrêt n° 39/90 du 21 décembre 1990, *op. cit.*, point B.4.3.1.

2. C.A., arrêt n° 23/89 du 13 octobre 1989, *op. cit.*, point B.2.7. Voir J.-C. SCHOLSEM, *op. cit.*, p. 785.

3. Cf. *supra*, n° 48.

4. C.A., arrêt n° 39/90 du 21 décembre 1990, *op. cit.*, point B.4.3.3. Voir également l'arrêt n° 42/90 du 21 décembre 1990, *M.B.*, 31 janvier 1991, point B.3.1.

à la réalisation de l'objectif poursuivi¹. Dans l'arrêt n° 32/91, elle estime que la mesure "*apparaît nécessaire*" pour atteindre le but². Mais la Cour ne motive pas plus avant son appréciation, et ne fournit pas les critères qu'elle a appliqués. A propos de ce dernier arrêt, on peut déjà se demander si le critère d'adéquation est rencontré. L'objectif retenu par la Cour est le traitement fiscal identique des déchets exportés et des déchets traités en Région flamande³. Or le décret du 20 décembre 1989⁴ prévoit une redevance très différente dans les deux cas. Si le déchet est traité en Flandre, le montant de la redevance varie en fonction de la toxicité, allant de 10 à 3000 francs la tonne⁵. Si le déchet est exporté, la redevance est uniformément fixée à 350 francs la tonne⁶. Même si, globalement, les déchets traités en Flandre seront taxés à environ 350 francs la tonne, on ne peut, comme le fait pourtant la Cour, considérer qu'il s'agit d'une "*taxe d'un montant identique*"⁷. En effet, on voit immédiatement que la redevance ainsi établie incitera les exploitants à traiter en Flandre les déchets peu toxiques, mais à exporter les déchets dangereux. Le critère d'adéquation n'étant pas rencontré, la Cour n'aurait pu appliquer le critère de nécessité, l'aurait-elle voulu. De plus, s'interdisant d'apprécier le but, elle ne peut appliquer le critère de proportionnalité proprement dit. La Cour d'arbitrage laisse donc subsister une mesure que n'aurait sans doute pas tolérée la Cour de justice⁸.

98. La Cour de justice, quant à elle, applique avec de plus en plus de rigueur les critères d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité proprement dit. Cet examen intervient aussi bien dans le cadre de l'article

1. C.A., arrêt n° 12/89 du 31 mai 1989, *op. cit.*, point B.4. Voir M. HERBIET, *op. cit.*, p. 484.
2. C.A., arrêt n° 32/91 du 14 novembre 1991, *op. cit.*, point 5.B.1.9.
3. Cf. *supra*, n° 83.
4. Décret du 20 décembre 1989 contenant des dispositions d'exécution du budget de la Communauté flamande, *M.B.*, 30 décembre.
5. Article 47, §2, 1 à 3°, du décret du 2 juillet 1981 concernant la gestion des déchets, modifié par le décret du 20 décembre 1989.
6. Article 47, §2, 4°.
7. C.A., arrêt n° 32/91 du 14 novembre 1991, *op. cit.*, point 5.B.1.9.
8. Cf. *supra*, n° 65.

30 que dans celui de l'article 36 : même si un objectif est qualifié d'exigence impérative ou entre dans les causes de justification prévues par l'article 36, la mesure doit encore satisfaire aux tests de nécessité et de proportionnalité pour être acceptée par la Cour¹.

La Cour de justice s'assure donc tout d'abord de l'adéquation de la mesure². Bien souvent, cet examen n'est que théorique, la mesure atteignant manifestement l'objectif, et le problème étant plus celui d'un excès plutôt que d'un manque d'efficacité.

Ensuite, la Cour applique le critère de nécessité : "*si un État membre dispose d'un choix entre différentes mesures aptes à atteindre le même but, il lui incombe de choisir le moyen qui apporte le moins d'obstacles à la liberté des échanges*"³. Elle n'hésite pas à estimer que la voie choisie pour atteindre le but n'est pas la moins dommageable. Dans certains cas, elle propose elle-même des solutions moins attentatoires à la liberté des échanges⁴.

-
1. Ainsi, la Cour de justice constate que le principe de proportionnalité "*est à la base de la dernière phrase de l'article 36 du Traité*" (C.J.C.E., arrêt du 12 mars 1987, Commission c. R.F.A., aff. 178/84, *R.T.D.E.*, 1987, p. 360, point 44). Voir K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, *op. cit.*, p. 488.
 2. B. JADOT, *op. cit.*, p. 419.
 3. C.J.C.E., arrêt du 20 septembre 1988, Commission c. Danemark, aff. 302/86, *Rec.*, p. 4620, point 6. Cette jurisprudence remonte à l'arrêt du 20 mai 1976, De Peiper, aff. 104/75, *Rec.*, p. 613. Voir B. JADOT, *op. cit.*, pp. 420-421. C'est du critère de nécessité qu'est né le principe d'équivalence qui veut que, normalement, un produit qui satisfait aux conditions imposées par l'État d'origine ne doit pas faire l'objet de contrôles supplémentaires dans l'État importateur. Voir M. WAELBROEK, "Le rôle de la Cour de justice dans la mise en oeuvre de l'acte unique européen", *op. cit.*, pp. 47 et s.
 4. Ainsi, en matière de protection des consommateurs, la Cour de justice relève que le risque de confusion entre différents produits peut bien souvent être évité par un étiquetage adéquat des produits. Il n'est donc pas nécessaire d'interdire la commercialisation de la margarine dans des emballages cubiques pour qu'elle ne soit pas confondue avec le beurre (C.J.C.E., arrêt du 10 novembre 1982, RAU, aff. 261/81, *Rec.*, p. 3961). Il est encore moins indispensable d'interdire la commercialisation de succédanés de lait, pour éviter la confusion avec le véritable lait (C.J.C.E., arrêt du 11 mai 1989, Commission c. Allemagne, aff. 76/86, *Rec.*, p. 1041). Voir K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, *op. cit.*, pp. 497 et s.

Enfin, la Cour applique le critère de proportionnalité proprement dit. Elle pratique alors une pondération entre les intérêts poursuivis par l'État et l'intérêt de la Communauté et de ses citoyens, en l'occurrence la libre circulation. Ainsi, dans l'arrêt "Cassis de Dijon", la Cour estime que les mesures entreprises "*ne poursuivent pas un but d'intérêt général de nature à primer les exigences de la libre circulation des marchandises, qui constitue l'une des règles fondamentales de la Communauté*"¹.

CONCLUSION

99. En matière de libre circulation, la Cour d'arbitrage s'est fortement inspirée de la jurisprudence de la Cour de justice. Pourtant, en de nombreux endroits, son contrôle apparaît beaucoup moins pointu que celui de son modèle. Que l'on songe à l'intensité de l'appréciation du but, ou à la profondeur de la mise en oeuvre du principe de proportionnalité.

Comment expliquer cette timidité ? Le premier élément à relever est que la Cour d'arbitrage est une institution jeune. Or, pour les juridictions, et contrairement aux humains, la jeunesse n'est pas un gage de fougue, encore moins de témérité. La Cour doit avant tout songer à rassurer, et à imposer sa présence sur l'échiquier institutionnel, dans un pays où le contrôle de constitutionnalité a souvent fait craindre le gouvernement des juges².

100. Mais la jeunesse n'explique pas tout. La Cour d'arbitrage et la Cour de justice évoluent dans des contextes essentiellement différents.

D'une part, cette dernière participe à une dynamique d'intégration alors que la Belgique connaît un processus centrifuge. En droit européen,

-
1. C.J.C.E., arrêt du 20 février 1979, Rewe, *op. cit.*, point 14. En matière de droits fondamentaux, voir W. VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 306.
 2. De même, en droit constitutionnel français, L. FAVOREU relève que le Conseil constitutionnel a connu une crise de croissance, après des débuts extrêmement timides ("Crise du juge et contentieux constitutionnel en droit français", in *La crise du juge*, Bruxelles-Paris, Story-Scientia, 1990, pp. 68-69).

chaque compétence attribuée à l'autorité centrale, chaque nouveau mécanisme de concertation, chaque prohibition de telle ou telle entrave à la libre circulation, chaque mesure d'harmonisation, constituent des avancées vers l'union des marchés et autant de soustractions à la liberté d'action des États. La Cour de justice peut ainsi se prévaloir d'un objectif d'intégration initié par ses propres justiciables, les États membres, pour imposer un contrôle sans cesse plus approfondi et une interprétation téléologique du traité C.E.E. C'est ainsi que l'on a pu relever la coïncidence entre l'extension du principe de libre circulation au-delà de l'interdiction de discrimination et la mise en place du marché intérieur par l'Acte unique.

D'autre part, dans sa censure de l'activité des États, la Cour de justice peut utiliser les objectifs politiques contenus dans le traité C.E.E. comme paramètres pour apprécier les buts poursuivis par les mesures étatiques soumises à son contrôle, et y appliquer le principe de proportionnalité. Inversement, la Cour d'arbitrage ne peut s'appuyer que sur les libertés reconnues dans le Titre II de la Constitution, et sur les principes de répartition des compétences pour jauger les normes entreprises. Cette absence de point de repère la condamne à un contrôle marginal, sous peine de verser dans le jugement d'opportunité.

101. Pour libérer la Cour d'arbitrage de ce handicap, il faudrait doubler le contrôle négatif propre à l'intervention juridictionnelle d'une action volontariste de l'autorité centrale. Les dispositions de la loi spéciale de réformes institutionnelles permettent, dans une large mesure, au législateur national de bâtir le cadre normatif de l'U.E.U.M. que la Cour d'arbitrage appelait déjà de ses vœux en 1986.

Au-delà des mécanismes juridiques, le maintien de l'U.E.U.M. demeure toutefois éminemment tributaire d'une volonté politique des différentes composantes de l'État de vivre ensemble¹. Comme le relevait M.

1. On retrouve ici la dimension de légitimité inhérente à toute appréciation en terme de validité par le juge. L'acharnement de la Cour d'arbitrage à promouvoir l'U.E.U.M. dépendra pour partie de la vigueur de ce principe, comparée aux velléités nationalistes des Communautés et Régions. Sur les rapports entre légitimité et validité, voir F. OST, "Essai de définition et de caractérisation de la validité juridique", in *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 1987, pp. 257-351.

Scholsem, *"par la force des choses, le juge est plus fait pour abattre des obstacles que pour construire des solutions nouvelles. Sa réponse ne peut souvent être qu'un 'second best' (...). En toute hypothèse, jamais une bonne jurisprudence ne remplacera une bonne politique"*¹.

102. On ne peut négliger enfin les difficultés auxquelles est confrontée la Cour d'arbitrage en raison de la limitation artificielle de ses compétences. Cela l'amène à tordre quelque peu les concepts, hier en incluant dans la répartition des compétences la notion d'U.E.U.M., aujourd'hui en surdimensionnant le principe de proportionnalité dans le contrôle de non-discrimination, afin d'y inclure, autant que faire se peut, la protection des libertés fondamentales. Pour éviter que la Cour ne privilégie une extension horizontale de ses compétences, au détriment de leur approfondissement, ne faudrait-il pas envisager de la consacrer enfin comme une cour constitutionnelle à part entière ?

1. J.-C. SCHOLSEM, "A propos de la circulation des étudiants : vers un fédéralisme financier européen ?", *C.D.E.*, 1989, p. 324. Voir également F. DEHOUSSE et P. DEMARET, "Marché unique, significations multiples", *J.T.*, 1992, p. 138.