

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Situations purement internes, discriminations à rebours et collectivités autonomes après l'arrêt sur l'assurance soins flamande

Van Elsuwege, Peter; Adam, Stanislas

Published in:
Cahiers de droit européen

Publication date:
2009

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Van Elsuwege, P & Adam, S 2009, 'Situations purement internes, discriminations à rebours et collectivités autonomes après l'arrêt sur l'assurance soins flamande', *Cahiers de droit européen*, numéro 5-6, pp. 655-711.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**SITUATIONS PUREMENT INTERNES,
DISCRIMINATIONS À REBOURS
ET COLLECTIVITÉS AUTONOMES
APRÈS L'ARRÊT
SUR L'ASSURANCE SOINS FLAMANDE**

PAR

PETER VAN ELSUWEGE

Docteur en droit, assistant à l'Université de Gand (Institut européen)

ET

STANISLAS ADAM

*Aspirant FWO à l'Université de Gand (Institut européen)**

SOMMAIRE

	Pages
Introduction	657
I. — La problématique des «discriminations à rebours» en droit communautaire	659
A. — LE PRINCIPE DU LIEN DE RATTACHEMENT AU DROIT COMMUNAUTAIRE	659
B. — UN PRINCIPE NUANCÉ.	662
1. <i>La portée de l'exigence d'un élément transfrontalier</i>	662
2. <i>Les assouplissements jurisprudentiels</i>	665
a) La libre circulation des personnes et des services.....	665
b) La libre circulation des marchandises.....	669
3. <i>Problèmes et incohérences</i>	673
a) Un principe critiqué	673
b) Un principe insoutenable?.....	676

* L'auteur est également collaborateur scientifique à la faculté de droit des FUNDP de Namur (*Projuicit*).

C. — DISCRIMINATIONS À REBOURS ET CITOYENNETÉ EUROPÉENNE.	678
1. <i>Le refus par la Cour de justice d'un bouleversement du lien de rattachement au droit communautaire</i>	679
2. <i>Une position controversée</i>	681
II. — L'«assurance soins» flamande à l'épreuve des contrôles national et communautaire de constitutionnalité	683
A. — LE CONFLIT «INTERNE» DE COMPÉTENCES : ENTRE SÉCURITÉ SOCIALE ET AIDE AUX PERSONNES	684
1. <i>Le décret flamand sur l'assurance soins</i>	684
2. <i>Les arrêtés de la Cour constitutionnelle belge relatifs au conflit interne de compétences</i>	686
B. — L'INTERNATIONALISATION DU LITIGE : LE CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL DU RÉGIME FLAMAND D'ASSURANCE SOINS	687
1. <i>Les préoccupations de la Commission européenne</i>	687
2. <i>Les adaptations successives du champ d'application personnel du décret sur l'assurance soins</i>	688
3. <i>Une nouvelle procédure en annulation devant la Cour constitutionnelle belge</i>	690
C. — LE CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL DE L'ASSURANCE SOINS FLAMANDE À L'ÉPREUVE DE LA COUR DE JUSTICE.	693
1. <i>L'intégration par l'effectivité du marché intérieur et la citoyenneté européenne</i>	694
2. <i>L'intégration par la complémentarité des ordres juridiques communautaire et des Etats membres</i>	698
III. — Collectivités autonomes et lien de rattachement aux libertés de circulation communautaires.	701
A. — UNE RÉCEPTION SÉLECTIVE DE LA RÉALITÉ FÉDÉRALE BELGE PAR LA COUR DE JUSTICE	701
B. — LES COLLECTIVITÉS AUTONOMES, SOURCES D'UN NOUVEL ÉQUILIBRE EN MATIÈRE DE DISCRIMINATIONS À REBOURS?	704
1. <i>Une nouvelle conception de l'élément transfrontalier</i>	705
2. <i>Une rupture avec la logique du marché intérieur?</i>	708
Conclusion	710
Post scriptum	711

Introduction

Dans ses conclusions précédant l'arrêt *Edah*, l'avocat général Mischo notait, dès 1986, que «*les discriminations à rebours ne sont évidemment pas concevables à la longue au sein d'un véritable marché commun, qui doit nécessairement être fondé sur le principe de l'égalité de traitement*» (1). L'arrêt de la Cour de justice du 1^{er} avril 2008 relatif à l'assurance soins flamande (*zorgverzekering*) illustre l'actualité d'un tel propos. Prononcé en grande chambre sur un renvoi préjudiciel de la Cour constitutionnelle belge, cet arrêt pose en effet une nouvelle fois la question de l'application du droit communautaire à des situations purement internes (2). Optant pour une logique de complémentarité de l'ordre juridique communautaire, il confirme la jurisprudence antérieure selon laquelle les discriminations à rebours qui peuvent résulter de telles situations sont du ressort des seuls ordres juridiques nationaux. La Cour n'a donc pas suivi l'invitation qui lui était faite par l'avocat général Eleanor Sharpston de reconsidérer ce point de vue (3).

La controverse qui anime doctrine et jurisprudence sur le sujet est bien connue. Il n'est dès lors pas nécessaire d'y consacrer de longs développements, ce d'autant qu'elle a été abordée dans diverses études précédemment publiées dans ces *Cahiers* (4) (I). Cela étant, l'affaire

(1) Conclusions présentées le 24 septembre 1986 (aff. jtes. C-80 et 159/85), *Rec.*, p. 3375.

(2) CJCE, aff. C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, 1^{er} avril 2008, n.e.p. Voy., pour de premiers commentaires de cette affaire, Y. JORENS, «Arrêt 'Wallonie c. Flandre': l'accès à une prestation sociale organisée par une collectivité à l'intérieur d'un Etat membre», *J.D.E.*, 2008, pp. 209 à 211; I. VAN DER STEEN, «Zuiver interne situaties: geen omwenteling, wel inperking», *N.T.E.R.*, nov. 2008, pp. 301 à 307; D. MARTIN, «Comments on *Gouvernement de la Communauté française and Gouvernement wallon* (Case C-212/06 of 1 April 2008) and *Eind* (Case C-291/05 of 11 December 2007)», *E.J.M.L.*, 2008, pp. 365 à 379; H. VERSCHUEREN, «Vlaamse zorgverzekering blijft zorgenkind», *Juristenkrant*, 16 avril 2008, p. 7; P. EECKHOUT, «Het Verdriet van de Belgische grondwet», *Standaard*, 3 avril 2008, p. 19. Au moment d'achever ces lignes, la Cour constitutionnelle belge devait encore se prononcer, suite aux réponses apportées par la Cour de justice. Le présent article se concentre sur le lien de rattachement aux libertés de circulation protégées par le droit communautaire. L'étendue d'autres domaines du droit communautaire, tels par exemple le droit de la concurrence ou encore la politique sociale et environnementale, n'est dès lors évoquée qu'à titre incident.

(3) Voy. les conclusions déposées par Madame l'avocat général Eleanor Sharpston le 28 juin 2007.

(4) Voy. entre autres J.-Y. CARLIER, «Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne: regard sur la directive 2004/38», *C.D.E.*, 2006, pp. 13 à 34 (spéc. pp. 15 à 17); R.-E. PAPADOPOULOU, «Situations purement inter-

relative à l'assurance soins flamande, dont il est utile de retracer le parcours devant la Cour constitutionnelle belge et la Cour de justice (II), présente la particularité de mettre en jeu une norme législative adoptée par une collectivité fédérée — la Communauté flamande de Belgique — dans l'exercice exclusif d'attributions autonomes sur une partie seulement du territoire d'un Etat membre.

Les pistes de réflexion proposées par le présent article sont étroitement liées à cette spécificité : si la citoyenneté européenne ou le principe général de l'égalité de traitement sont insuffisants, aux yeux de la Cour de justice, pour étendre le bénéfice des libertés de circulation aux situations purement internes, l'exercice par une collectivité autonome de compétences qui lui sont propres n'offre-t-il pas un cadre propice à une acception plus souple du concept de *litige transfrontalier*? Autrement dit, ce type de construction institutionnelle n'est-il pas l'occasion de revisiter le paradigme traditionnel de l'extranéité en droit communautaire et de la problématique connexe des discriminations à rebours (III)? Les issues potentielles à cette interrogation dépendent beaucoup du degré de constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'Union européenne et du rôle que la Cour de justice est prête à assumer en tant que juridiction proprement constitutionnelle, en dialogue avec les juridictions des Etats membres (5). Cet angle d'approche souligne à lui seul l'importance capitale de l'affaire sur l'assurance soins, dont l'intérêt dépasse de loin les réponses apportées par la Cour de justice à la Cour constitutionnelle belge.

nes et droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant?», *C.D.E.*, 2002, pp. 95 à 129; N. BERNARD, «La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le Traité CE sous l'angle de la compétence», *C.D.E.*, 1998, pp. 16 à 45 (spéc. p. 26); M. SLOTBOOM, «L'application du traité CE au commerce intraétatique : le cas de l'octroi de mer», *C.D.E.*, 1996, pp. 9 à 29; C. DENYS, «Les notions de discrimination et de discrimination à rebours suite à l'arrêt Kraus», *C.D.E.*, 1994, pp. 643 à 662; K. LENAERTS, «L'égalité de traitement en droit communautaire : un principe unique aux apparences multiples», *C.D.E.*, 1991, pp. 3 à 41.

(5) Sur le rôle moteur de la Cour de justice dans la constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire, voy. K. LENAERTS, «La constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'Union européenne», in *Mélanges en hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2007, pp. 815 à 831 (spéc. pp. 817 à 821).

I. — La problématique des «discriminations à rebours» en droit communautaire

La jurisprudence relative aux situations purement internes est sans appel. L'absence d'extension du bénéfice du droit communautaire à de telles situations est certes susceptible de donner lieu à des discriminations à rebours, de nature à heurter la sensibilité du juriste rompu au principe d'égalité. Faute d'extranéité, elles ne ressortissent néanmoins pas à l'ordre juridique communautaire. La circonstance que l'interdiction de toute discrimination arbitraire ait depuis longtemps été rangée parmi les principes généraux de l'ordre juridique communautaire n'y change rien (A). Ce principe, répété avec fermeté à l'occasion de l'arrêt sur l'assurance soins flamande, doit toutefois être nuancé au regard de la jurisprudence de la Cour de justice. Il est au surplus critiqué de longue date, certains y voyant l'application d'une simple mécanique contingente appelée à se désarticuler au fur et à mesure des progrès réalisés par l'intégration communautaire (B). De plus en plus délicate à concilier avec la citoyenneté européenne (C), la position actuelle de la Cour est étroitement liée à la nature et à la légitimité de la Communauté et de l'Union européennes, fondées non pas uniquement sur les peuples d'Europe mais aussi sur les Etats membres. Une véritable «révolution copernicienne» de l'approche du lien de rattachement au droit communautaire, même scientifiquement très argumentée, ne doit dès lors probablement pas être attendue dans l'immédiat.

A. — LE PRINCIPE DU LIEN DE RATTACHEMENT AU DROIT COMMUNAUTAIRE

La Communauté (économique) européenne s'est au départ affirmée comme une zone d'intégration destinée à résorber les obstacles à la circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux *entre* les Etats membres (article 3 du traité CE). L'article 14, paragraphe 2 du même traité inclut d'ailleurs ces différentes libertés dans sa définition du marché intérieur. La lecture des dispositions spécifiques relatives aux quatre libertés semble corroborer l'idée que le traité n'envisage que la circulation transfrontalière. Les articles 28 et 29 du traité CE, consacrés à la libre circulation des marchandises, interdisent ainsi les restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent «*entre les Etats membres*». L'article 43 CE ne vise pour sa part que «*l'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire d'un autre Etat membre*». L'article 49 CE, relatif à la libre circulation des services, est encore plus explicite en ce qu'il s'applique aux

«ressortissants des Etats membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation». Enfin, les dispositions relatives à la libre circulation des capitaux (articles 56 et 90 du traité CE) n'envisagent également que des transactions transfrontalières. L'identification d'un élément transfrontalier est donc, en règle, un préalable indispensable à l'invocation des libertés de circulation garanties par le traité CE et, incidemment, à la compétence préjudicielle de la Cour de justice. Cet élément a notamment joué un rôle important en vue de baliser les interventions de la Cour dans le domaine des droits fondamentaux (6).

Ce lien de rattachement se situe en-deçà même du principe de subsidiarité, puisque ce dernier suppose l'existence d'une compétence communautaire, exclue dans son principe dans une situation purement interne. Il s'agit plutôt, selon une expression empruntée à Rébecca-Emmanuëla Papadopoulou, d'un «régulateur» de l'application du droit de la libre circulation (7). Les instruments de droit dérivé qui mettent directement en œuvre les libertés de circulation rappellent régulièrement l'exigence d'un élément d'extranéité, ainsi que l'illustrent la directive «citoyenneté» (8), le règlement relatif à la sécurité sociale des travailleurs migrants (9) ou encore la directive «services» (10). Inversement, les libertés de circulation ne sont en règle

(6) Voy. en ce sens CJCE, aff. C-299/95, *Kremzow*, 29 mai 1997, *Rec.*, p. I-2629. Dans cet arrêt, la Cour de justice a confirmé que, saisie à titre préjudiciel, elle ne pouvait pas fournir les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par une juridiction nationale, de la conformité d'une réglementation nationale avec les droits fondamentaux, tels qu'ils résultent en particulier de la convention européenne des droits de l'homme, dès lors que ladite réglementation concerne une situation qui ne relève pas du champ d'application du droit communautaire (point 19). Sur l'articulation du champ d'application personnel du droit communautaire et de la protection des droits fondamentaux, voy. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, «Droits fondamentaux communautaires et champ d'application personnel du droit communautaire», *R.A.E.*, 2003-2004/1, pp. 57 à 72.

(7) R.-E. PAPADOPOULOU, *op. cit.*, note 4, p. 128.

(8) Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, *J.O.*, L 158/77, 30 avril 2004, art. 3, §1^{er}.

(9) Règlement du Conseil 1408/71/CEE, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, *J.O.*, L 149/2, 5 juillet 1971, spéc. le 6^{ème} considérant du préambule. La Cour a rappelé, dans l'arrêt *Petit*, qu'une situation dont l'ensemble des éléments se concentrent dans un Etat membre ne tombe pas sous le champ d'application de ce règlement (CJCE, aff. C-153/91, *Petit*, 22 septembre 1992, *Rec.*, p. I-4973, point 10).

(10) Directive 2006/123/CE du Parlement et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.*, L 376/36, 27 décembre 2006.

pas invocables dans les situations dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul Etat membre (11). Pour l'heure, seule l'union douanière fait exception à cette exigence, les droits de douane ou taxes d'effet équivalent étant interdits en droit communautaire même lorsqu'ils ne sont perçus qu'au passage d'une frontière intérieure et sans qu'il soit nécessaire de procéder à un examen spécifique de l'origine ou de la destination des biens assujettis (12).

Les «discriminations à rebours» (13) qui en résultent échappent par principe au droit communautaire. Il appartient donc aux Etats membres de régler de telles situations (14), sans que la solution qu'ils y

La directive services opère une distinction nette entre l'«Etat membre d'établissement» (art. 4, 4^o) et l'«Etat membre où le service est fourni» (art. 4, 10^o).

(11) Voy. par exemple, en matière de circulation des personnes : CJCE, aff. C-175/78, *Saunders*, 28 mars 1979, *Rec.*, p. 1129, point 10; CJCE, aff. jtes. C-35 et 36/82, *Morson et Jhanjan*, 27 octobre 1982, *Rec.*, p. 3723, point 16; CJCE, aff. C-322/90, *Steen I*, 28 janvier 1992, *Rec.*, p. I-341, point 9; CJCE, aff. C-206/91, *Koua Poirrez*, 16 décembre 1992, *Rec.*, p. I-6685, points 12 et 13; CJCE, aff. C-64 et 65/96, *Uecker et Jacquet*, 5 juin 1997, *Rec.*, p. I-3171, points 16 et 19; CJCE, aff. C-134/95, *USSL di Biella*, 16 janvier 1997, *Rec.*, p. I-195, points 22 et 23. En matière de libre circulation des biens, voy. : CJCE, aff. C-286/81, *Procédure pénale c. Oosthoek's Uitgeversmaatschappij*, 15 décembre 1982, *Rec.*, p. 4575, point 9; CJCE, aff. C-379/92, *Procédure pénale c. Mattea Peralta*, 14 juillet 1994, *Rec.*, p. I-3453, point 28; CJCE, aff. C-448/98, *Procédure pénale c. Guimont*, 5 décembre 2000, *Rec.*, p. I-10663, point 21. En matière de libre circulation des capitaux, voy. : CJCE, aff. C-478/98, *Commission c. Belgique*, 26 septembre 2000, *Rec.*, p. I-7587, point 16; CJCE, aff. jtes. C-515, 519 à 524 et 526 à 540/99, *Reisch e.a.*, 5 mars 2002, *Rec.*, p. I-2157, point 24; CJCE, aff. C-300/01, *Salzmann*, 15 mai 2003, *Rec.*, p. I-4899, point 32.

(12) Voy. not. CJCE, aff. C-163/90, *Legros e.a.*, 16 juillet 1992, *Rec.*, p. I-4625, points 16 et 17; CJCE, aff. jtes. C-363 et 407 à 411/93, *Lancry e.a.*, 9 août 1994, *Rec.*, p. I-3957, points 27 à 29; CJCE, aff. jtes. C-485 et 486/93, *Simitzi*, 14 septembre 1995, *Rec.*, p. I-2655, point 17; CJCE, aff. C-72/03, *Carbonati Apuani*, 9 sept. 2004, *Rec.*, p. I-8027, point 22.

(13) La formule «discriminations à rebours» n'est pas entièrement satisfaisante, puisque l'existence d'une *discrimination* suppose soit que des situations comparables soient traitées différemment, soit qu'un même traitement soit réservé à des situations différentes. Ceci implique une comparaison précise entre deux ou plusieurs catégories, le constat de leur comparabilité, et — de façon alternative ou cumulative — la dénonciation du caractère arbitraire du critère de distinction, du caractère inapproprié de ce dernier eu égard au but poursuivi, de l'illégitimité du but poursuivi, ou encore du caractère disproportionné de la mesure en question au regard du résultat à atteindre. Le statut moins favorable aux ressortissants ou productions nationaux ou, plus généralement, aux situations intérieures résultant de l'inapplicabilité des libertés de circulation n'implique pas nécessairement l'existence d'une telle «discrimination». Cette formule est néanmoins retenue dans la suite du propos, pour des motifs de lisibilité.

(14) Voy. pour un exemple célèbre relatif au personnel enseignant des écoles européennes, CJCE, aff. C-44/84, *Hurd*, 15 janvier 1986, *Rec.*, p. 29, point 56. Voy. égal. CJCE, aff. C-132/93, *Steen II*, 16 juin 1994, *Rec.*, p. I-2715, points 10 et 11.

apportent puisse être critiquée sous l'angle du droit communautaire (15). Les discriminations à rebours résultent du choix du législateur ou du juge communautaire, appliquant ou interprétant le traité CE, de ne pas traiter les situations purement internes et de l'absence de mesures adoptées par les Etats membres en vue d'y remédier (16). Cette importante limite matérielle aux libertés de circulation a été récemment rappelée dans le domaine de la reconnaissance des diplômes : en l'absence d'harmonisation, le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que, en Italie, les conditions d'accès des architectes à des activités d'ingénierie soient plus strictes pour les détenteurs d'un diplôme d'architecture délivré par une université italienne que pour les détenteurs d'un diplôme équivalent délivré dans un autre Etat membre (17).

B. — UN PRINCIPE NUANCÉ

L'absence de tout élément d'extranéité n'exclut pas dans tous les cas l'application de certains principes ou normes de droit communautaire (1). La règle en vertu de laquelle l'application des libertés de circulation est limitée aux seules situations présentant un aspect transfrontalier connaît par ailleurs certains assouplissements, résultant pour l'essentiel de l'évolution de la Cour de justice dans son approche de la question (2). Les solutions dégagées n'en sont pas moins sujettes à critiques (3).

1. — *La portée de l'exigence d'un élément transfrontalier*

Certaines dispositions de droit communautaire matériel créatrices de droits sont détachées de toute exigence d'un lien transfrontalier, évoquant en quelque sorte un droit communautaire « statique ». L'un des exemples le plus fréquemment cités est le principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins, visé à l'article

(15) O. DE SCHUTTER, « Obs. sous Cour d'arbitrage, arrêt n° 4/96, 9 janvier 1996 », in O. DE SCHUTTER, S. VAN DROOGHENBROECK, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 583.

(16) G. GAJA, « Les discriminations à rebours : un revirement souhaitable », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1999, vol. 2, pp. 998 et 999.

(17) Voy. la communication de la Commission des pétitions du Parlement européen aux Etats membres du 25 janvier 2007, reprenant les informations fournies par la Commission européenne au sujet de la pétition n° 270/2006 relative à la discrimination présumée de la réglementation italienne sur l'exercice de l'activité professionnelle par des architectes italiens.

141 du traité CE, et qui bénéficie à l'ensemble des travailleurs et non pas uniquement à ceux d'entre eux qui exercent ou ont exercé leur droit à la libre circulation. L'arrêt fondateur en la matière concernait d'ailleurs une hôtesse de l'air belge engagée dans les liens d'un contrat de travail avec une compagnie aérienne belge, elle-même établie en Belgique (18). En droit primaire, plusieurs droits issus de la citoyenneté européenne, tels le droit de pétition devant le Parlement européen, le droit d'accéder au médiateur européen et de communiquer par écrit, dans la langue de son choix, avec les institutions et organes de l'Union européenne (article 21 CE) ainsi que certains droits liés à la bonne gouvernance, comme le droit d'accès aux documents des institutions, ne requièrent pas la démonstration d'un élément d'extranéité (19). Depuis l'arrêt *Matthews* de la Cour européenne des droits de l'homme, dans lequel a été reconnue la qualité d'«organe législatif» du Parlement européen, le droit de participer à l'élection de ce dernier est également indépendant de tout élément transfrontalier, et ce malgré la formulation de l'article 19 du traité CE (20).

Divers exemples peuvent également être tirés du droit dérivé, tels la législation communautaire sur le service public universel (21), sur la protection des consommateurs, sur la protection de la santé et de la sécurité au travail, sur les droits des travailleurs licenciés ou encore sur les marchés publics. Le bénéfice des droits que portent ces législations n'est nullement subordonné aux situations présentant une dimension internationale, ainsi que l'illustre l'arrêt historique de la Cour de justice dans l'affaire *Francovich* (22). Prononcé en matière de protection des droits et intérêts des travailleurs licenciés et célèbre pour avoir posé le principe de la responsabilité des Etats membres en cas d'absence de transposition ou de transposition incorrecte d'une directive endéans le délai imparti à cet effet, cet arrêt concernait un travailleur italien, salarié d'une entreprise italienne établie sur le territoire italien, et dans le cadre d'un litige l'opposant à la République

(18) CJCE, aff. C-43/75, *Defrenne II*, 8 avril 1976, *Rec.*, p. 445.

(19) Voy. à ce sujet Editorial comments, «Two-speed European Citizenship? Can the Lisbon Treaty help close the gap?», *C.M.L. Rev.*, 2008, pp. 1 à 11.

(20) Cour EDH, aff. *Matthews c. Royaume-Uni*, req. n° 24833/94, 18 février 1999. Voy. pour une application de ces principes, CJCE, aff. C-145/04, *Espagne c. Royaume-Uni*, 12 septembre 2006, *Rec.*, p. I-7917.

(21) Voy. la directive 2002/22/CE du Parlement et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive «service universel»), *J.O.*, L 108/51, 24 avril 2002, spéc. art. 3, §1^{er}.

(22) CJCE, aff. jtes. C-6 et 9/90, *Francovich et Bonifaci e.a.*, 19 novembre 1991, *Rec.*, p. I-5357.

italienne. Certaines mesures adoptées au titre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice semblent également marquer une certaine distance par rapport à l'élément transfrontalier, ainsi qu'en atteste la décision-cadre sur le statut des victimes dans les procédures pénales (23).

Pourtant, nombre de ces règles génératrices de droits — et, corollairement, d'obligations — ont pour but d'harmoniser les conditions de concurrence, d'exercice d'une activité économique ou, plus généralement, d'existence, où que l'on se trouve sur le territoire de la Communauté, tout en garantissant des degrés élevés de sécurité, de santé, d'accès aux services publics d'intérêt général, de protection de l'environnement, et — progressivement — de justice. Apparaît ainsi malgré tout, en filigrane de ces législations, la volonté de faciliter les mouvements de biens, personnes, services ou capitaux entre les Etats membres (24). D'autres exemples corroborent cette idée. Pour n'en rendre qu'un seul : la règle de *minimis*, familière du droit des aides d'Etat (25) et, plus généralement, le critère de l'affectation du commerce intra-communautaire en droit de la concurrence, présentent un lien certes indirect (26) mais étroit avec la problématique des situations purement internes. Une aide d'état, une entente entre entreprises ou un abus de position dominante ne sont en principe sanctionnés que lorsqu'ils ont un effet sur le fonctionnement du marché intérieur, réduisant les possibilités ou opportunités d'échange entre les Etats membres.

Notons que toutes les mesures d'harmonisation prises au niveau communautaire n'ont pas pour but ou pour effet de supprimer les dis-

(23) Décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales, *J.O.*, L 82/1, 22 mars 2001.

(24) L'on ne vise pas ici des mesures qui ont pour fonction de participer à la réalisation d'un objectif essentiel d'intérêt général pour la Communauté et qui sont largement détachées de l'objectif de faciliter les mouvements. Ainsi en va-t-il, par exemple, de la directive 92/43/CEE du Conseil du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages (*J.O.*, L 206/7, 22 juillet 1992).

(25) Voy. par ex. le Règlement 1998/2006/CE de la Commission du 15 décembre 2006 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides de *minimis*, *J.O.*, L 379/5, 28 décembre 2006. Voy. égal. la définition de la «concentration de dimension communautaire» visée à l'article 1^{er} du Règlement 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *J.O.*, L 24/1, 29 janvier 2004.

(26) La Cour de justice n'a en effet pas mis longtemps à admettre que le commerce intra-communautaire pouvait être affecté, au sens de l'actuel article 81 du traité CE, par une entente conclue entre des entreprises d'un seul Etat membre, la Cour évoquant à ce sujet l'*interpénétration économique* recherchée par le traité. Voy. CJCE, aff. C-8/72, *Vereniging van Cementhandelaren c. Commission*, 17 oct. 1972, *Rec.*, p. 977, points 26 à 31.

criminations à rebours, en particulier lorsqu'elles s'articulent autour du principe de reconnaissance mutuelle (27).

2. — *Les assouplissements jurisprudentiels*

La jurisprudence de la Cour de justice a permis de faire évoluer sensiblement la définition de l'élément transfrontalier, même si ce dernier n'a jamais été remis en cause de manière globale. Sont successivement appréhendées dans la suite de l'article la libre circulation des personnes et des services (a) et celle des marchandises (b), qui ont connu un sort partiellement distinct devant les juridictions communautaires.

a) *La libre circulation des personnes et des services*

L'une des nuances les plus importantes à la théorie des situations purement internes est l'impossibilité pour les Etats membres de traiter moins favorablement qu'un ressortissant d'un autre Etat membre un propre ressortissant qui a *déjà fait usage de la liberté de circuler* au sein de la Communauté. Telle est la teneur de l'arrêt *Knoors* (28). Monsieur Knoors, citoyen néerlandais, souhaitait invoquer la liberté d'établissement et la libre prestation des services pour exercer ses activités d'installateur-plombier aux Pays-Bas. La législation néerlandaise exigeait néanmoins de ses propres nationaux une formation professionnelle spécifique pour l'admission à cette profession. Or, Monsieur Knoors avait travaillé plusieurs années en Belgique. Selon la Cour, le fait d'avoir résidé régulièrement sur le territoire d'un autre Etat membre et d'y avoir acquis une qualification professionnelle reconnue par les dispositions du droit communautaire est suffisant pour bénéficier des droits et libertés garantis par le traité (29). Le raisonnement de la Cour est visiblement fondé sur l'effet utile des libertés fondamentales prévues par le traité, «*qui ne seraient pas pleinement réalisées si les États membres pouvaient refuser le bénéfice des dispositions du droit communautaire à ceux de leurs ressortissants qui ont fait usage des facilités prévues par ce droit*» (30).

(27) Ainsi, une directive visant davantage à faciliter le libre exercice de la profession de coiffeur qu'à harmoniser les législations nationales concernant cet exercice n'empêche pas l'application d'une législation plus favorable aux coiffeurs ressortissants d'autres Etats membres et à ceux ayant obtenu leur diplôme à l'étranger. CJCE, aff. jtes. C-29 à 35/94, *Procédure pénale c. Aubertin et autres*, 16 février 1995, *Rec.*, p. I-301, points 12 et 13.

(28) CJCE, aff. C-115/78, *Knoors*, 7 février 1979, *Rec.*, p. 399.

(29) *Idem*, point 24.

(30) *Idem*, point 20.

Cette protection s'étend à une personne qui a obtenu un diplôme dans un autre Etat membre lorsqu'elle retourne dans son pays d'origine, et ce même si ce diplôme ne conditionne pas l'accès à une profession salariée ou indépendante (31). Au contraire, un ressortissant d'un Etat membre qui n'a jamais résidé ou travaillé dans un autre Etat membre ne peut en principe pas invoquer les libertés de circulation communautaires (32). Il s'ensuit qu'un Etat membre peut par exemple, dans cette hypothèse, refuser l'entrée ou le séjour sur son territoire à un membre de sa famille qui a la nationalité d'un pays tiers, alors qu'un tel droit existe en droit communautaire (33). A l'inverse, une personne qui, même si elle concentre la quasi-intégralité de ses liens de rattachement dans un seul Etat membre (nationalité, activité professionnelle, conflit avec une administration de cet Etat membre), réside dans un autre Etat membre, est en droit d'invoquer le bénéfice des libertés de circulation (34).

Une perspective professionnelle purement hypothétique dans un autre Etat membre est insuffisante pour rattacher une situation au droit communautaire (35). Néanmoins, la jurisprudence récente de la Cour de justice tend à *interpréter de plus en plus souplement la condition transfrontalière* (36). Le domaine de la libre prestation des services a été particulièrement propice à ce développement, ce qui semble logique dès lors que l'on souhaite assurer la libre circulation de services qui impliquent de moins en moins de déplacements physiques. Dans l'arrêt *Alpine Investments*, la Cour était confrontée à une interdiction faite à un prestataire établi aux Pays-Bas de contacter téléphoniquement des clients potentiels, sans leur autorisation écrite préalable, en vue de leur proposer divers services financiers. Dans la mesure

(31) CJCE, aff. C-61/89, *Bouchoucha*, 3 oct. 1990, *Rec.*, p. I-3551; CJCE, aff. C-19/92, *Kraus*, 31 mars 1993, *Rec.*, p. I-1663; CJCE, aff. C-234/97, *Fernandez de Bombadilla*, 8 juillet 1999, *Rec.*, p. I-4773.

(32) CJCE, aff. C-180/83, *Moser*, 28 juin 1984, *Rec.*, p. 2539. Voy. égal. CJCE, aff. C-299/95, *Kremzow*, *op. cit.*, note 6.

(33) CJCE, aff. jtes. 35 et 36/82, *Morson et Jhanjan*, *op. cit.*, note 11.

(34) CJCE, aff. C-152/03, *Ritter-Coulais*, 21 février 2006, *Rec.*, p. I-1711. Dans cette dernière affaire, la Cour de justice a considéré que la situation des époux Ritter-Coulais, de nationalité allemande, présentait bien un élément d'extranéité suffisant que pour appliquer l'article 39 du traité CE. Pourtant, le litige qui avait donné lieu à ces questions préjudicielles les opposait à l'administration fiscale allemande, au sujet de revenus obtenus en Allemagne. La circonstance que ces époux résidaient en France — sans y travailler ou y avoir travaillé — ne permettait pas de qualifier la situation de purement interne. Voy. les conclusions contraires sur ce point de l'avocat général Léger, prononcées le 1^{er} mars 2005, spéc. point 57.

(35) CJCE, aff. C-180/83, *Moser*, *op. cit.*, note 32, point 18.

(36) Voy. not. dans le même sens, H. GAUDIN, «Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire», *R.A.E.*, 2003-2004/1, p. 17.

où les appels visaient tant des clients hollandais que des clients étrangers, la Cour conclut à l'applicabilité des dispositions du traité CE relatives à la libre prestation des services, et ce nonobstant l'absence de déplacement physique du prestataire vers un autre Etat membre (37).

Cette tendance très souple en matière de services a parfois donné lieu à des cas «limite», où d'aucuns ont estimé que la Cour avait identifié une dimension transfrontalière dans des situations qui ne présentaient qu'un lien très éloigné avec le marché intérieur. L'affaire *Carpenter* en constitue probablement l'un des meilleurs et des plus célèbres exemples. Le litige à l'origine du renvoi préjudiciel dans cette affaire portait sur la reconnaissance d'un droit de séjour au Royaume-Uni à une ressortissante philippine, elle-même épouse d'un britannique. La seule circonstance que Mr. Carpenter prestait des services à destination d'annonceurs publics établis dans d'autres Etats membres, sans toutefois quitter son Etat de résidence, suffit, selon la Cour, à mettre en œuvre la protection résultant de l'article 49 du traité CE, lu à la lumière du droit fondamental au respect de la vie familiale. La Cour jugea que Mr. Carpenter pourrait être gêné dans l'exercice de ces activités si son épouse ne se voyait pas reconnaître le droit de vivre à ses côtés (38).

Cette affaire évoque l'arrêt *Singh*, plus ancien, où la Cour de justice avait déjà interprété très librement le lien de rattachement au droit communautaire (39). Le litige opposait Mr. Singh, ressortissant indien, au Ministère de l'Intérieur britannique. Mr. Singh et son épouse, une ressortissante britannique, avaient tous deux travaillé en Allemagne. De retour au Royaume-Uni, Mr. Singh, en sa qualité d'époux d'une britannique, avait été autorisé à y séjourner à titre temporaire. Suite au divorce des époux Singh, le Ministère de l'Intérieur réduisit le temps de séjour de Mr. Singh et, par la suite, ordonna son expulsion. En principe, un ressortissant communautaire a le droit de se faire accompagner par son conjoint et ses enfants lorsqu'il circule au sein de la Communauté. Ces derniers peuvent séjourner avec lui sur le territoire du pays d'accueil. Au Royaume-Uni, un tel droit de séjour n'était toutefois pas reconnu aux conjoints de travailleurs non-migrants. La Cour de justice estima que la libre circulation des per-

(37) CJCE, aff. C-384/93, *Alpine Investments BV*, 10 mai 1995, *Rec.*, p. I-1141, points 20 à 22. Voy. égal., pour des illustrations dans le domaine des jeux et paris, CJCE, aff. C-67/98, *Zenatti*, 21 octobre 1999, *Rec.*, p. I-7289; CJCE, aff. C-243/01, *Gambelli e.a.*, 6 novembre 2003, *Rec.*, p. I-13031.

(38) CJCE, aff. C-60/00, *Carpenter*, 11 juillet 2002, *Rec.*, p. I-6279, point 30.

(39) CJCE, aff. C-370/90, *Singh*, 7 juillet 1992, *Rec.*, p. I-4265.

sonnes s'opposait à une décision telle que l'ordre d'expulsion en cause dans cette affaire : un ressortissant d'un Etat membre pourrait, selon la Cour, être dissuadé de quitter son pays d'origine pour exercer une activité professionnelle dans un autre Etat membre si son conjoint et ses enfants n'étaient pas autorisés, eux aussi, à entrer et à séjourner sur le territoire de l'Etat d'origine dans des conditions au moins équivalentes à celles qui leur sont reconnues par le droit communautaire sur le territoire de l'Etat d'accueil (en l'occurrence, l'Allemagne) (40). Subrepticement, la Cour de justice semble avoir sanctionné dans cette affaire une discrimination à rebours. En effet, la liberté de circulation proscriit les obstacles au *déplacement* d'une personne vers un autre Etat membre. Cette liberté s'oppose en particulier à des mesures dissuasives qui placent une personne qui s'est déplacée et qui souhaite retourner dans son pays d'origine dans une position moins favorable que si elle était demeurée sur le territoire de ce dernier. Or, en l'occurrence, les époux Singh n'avaient, à leur retour sur le territoire britannique, pas subi un traitement moins favorable que celui qui leur aurait été réservé s'ils n'avaient pas quitté le Royaume-Uni, puisqu'un droit de séjour n'y est en tout état de cause pas reconnu aux travailleurs non-migrants. La loi britannique n'avait donc à proprement parler aucun effet dissuasif ou décourageant sur le départ de Mme. Singh du Royaume-Uni vers un autre Etat membre, bien au contraire. La Cour a en réalité accepté dans cet arrêt d'établir une connexion entre le droit communautaire et un déplacement «en miroir» : le mouvement vers le pays d'origine doit être protégé par la libre circulation même dans une situation où, en réalité, aucun obstacle n'existe à la libre circulation vers un autre Etat membre (41). Quelle que soit sa qualification technique, cette démarche revenait à appliquer les principes de la libre circulation dans une espèce proche d'une situation purement interne (42).

Ces illustrations nous conduisent à dire que le critère déterminant pour qualifier une situation de purement interne ou de transfrontalière ne semble pas toujours être l'effectivité du marché intérieur, mais plu-

(40) *Idem*, point 20.

(41) Voy. sur ce point les conclusions de l'avocat général Tesouro, prononcées le 20 mai 1992, point 5.

(42) Voy. égal., plus récemment, CJCE, aff. C-291/05, *Eind*, 11 déc. 2007, *Rec.*, p. I-10719. Voy. sur ce sujet M. POIARES MADURO, «The Scope of European Remedies : the Case of Purely Internal Situations and Reverse Discrimination», in C. KILPATRICK, T. NOVITZ, P. SKIDMORE (eds), *The Future of Remedies in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 124 et 125; N. SHUIBHNE, «Free movement of persons and the wholly internal rule : time to move on?», *C.M.L. Rev.*, 2002, pp. 744 à 746.

tôt le souhait de la Cour d'éviter si possible les discriminations à rebours. Ceci la conduit inévitablement, de temps à autre, à identifier des liens assez artificiels avec le droit communautaire tout en maintenant sa jurisprudence traditionnelle (43).

b) *La libre circulation des marchandises*

En matière de libre circulation des marchandises, il convient de distinguer les barrières tarifaires et non-tarifaires. Ainsi que nous l'avons déjà évoqué, le principe est désormais fermement établi que les *barrières tarifaires* contreviennent à l'interdiction des droits de douane et taxes d'effet équivalent, même lorsqu'elles ne sont imposées que sur une partie du territoire d'un Etat membre (une région, une province, une commune, etc.) (44). Dans son arrêt *Lancry*, la Cour a jugé que, si les articles 23 et 25 du traité CE ne visent expressément que les échanges entre États membres, c'est parce que les auteurs du traité ont «*présupposé l'inexistence de taxes présentant les caractéristiques d'un droit de douane à l'intérieur de ces Etats*» (45). Le même raisonnement s'applique en cas de taxes sur les marchandises exportées d'une région vers d'autres régions du même Etat membre (46), voire même à l'occasion du transport d'une marchandise hors des limites du territoire d'une commune (47). Plus récemment, la Cour a estimé que l'exportation de pommes de terre de Jersey à destination du Royaume-Uni ne mettait pas en jeu une situation purement interne, vu la possibilité de

(43) A. TRYFONIDOU, «Reverse Discrimination in Purely Internal Situations», *L.I.E.I.*, 2008, pp. 51 et 52; E. SPAVENTA, «Seeing the wood despite the trees? On the scope of Union citizenship and its constitutional effects», *C.M.L. Rev.*, 2008, p. 33; A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 290. Un autre exemple du même type peut être trouvé dans l'affaire *Jia*, relative à une ressortissante chinoise qui entendait rejoindre sa belle-fille allemande établie en Suède. Rattachant cette affaire à la liberté d'établissement, la Cour de justice accepta de répondre sur le fond aux questions préjudicielles qui lui étaient posées. Pourtant, le lien entre le déplacement de Mme. Jia en Suède et la possibilité pour sa belle-fille, seule ressortissante communautaire en cause dans cette affaire, de s'établir librement en Suède afin d'y exercer une activité professionnelle indépendante était extrêmement ténu. L'on en veut pour preuve que la belle-fille de Mme. Jia était établie en Suède depuis 1995, soit huit ans avant que la décision litigieuse de refus de séjour ne soit prise par les autorités suédoises. Son établissement en Suède n'était donc manifestement pas influencé ni *a fortiori* menacé par la présence ou l'absence de sa belle-mère. Voy. CJCE, aff. C-1/05, *Jia*, 9 janvier 2007, *Rec.*, p. I-1.

(44) Voy. *supra*, arrêts cités à la note 11.

(45) CJCE, aff. jtes. C-363 et 407 à 411/93, *Lancry*, *op. cit.*, note 12, point 29.

(46) CJCE, aff. jtes. C-485 et 486/93, *Simitzi*, *op. cit.*, note 12, point 25.

(47) CJCE, aff. C-72/03, *Carbonati Apuani (Marbre de Carrare)*, *op. cit.*, note 12.

les réexporter vers d'autres Etats membres (48). A l'instar des réactions partagées auxquelles a donné lieu l'affaire *Carpenter*, ce dernier arrêt a été critiqué par certains auteurs en raison du lien peu évident qu'il dégage avec le marché intérieur (49).

Les *barrières non-tarifaires* connaissent un sort tout différent. La distinction centrale concerne ici les productions nationales et celles venant d'autres Etats membres. Dans l'affaire *Mathot*, relative à l'obligation imposée aux seuls préparateurs belges, à l'exclusion de leurs concurrents établis dans d'autres Etats membres, d'indiquer le nom et l'adresse du producteur sur l'emballage du beurre, la Cour a conclu qu'une telle différence de traitement ne relevait pas du champ d'application du droit communautaire (50). L'élément crucial retenu par la Cour pour écarter l'application du droit communautaire est dès lors que l'importation ou la commercialisation des marchandises importées ne doit pas être affectée par la législation en cause. Seule, une barrière non-tarifaire qui concerne exclusivement des produits nationaux échappe en principe au droit communautaire, en l'absence d'harmonisation s'entend (51). Ce principe fut confirmé dans l'affaire *3 Glocken*, où la Cour a jugé, d'une part, qu'une loi sur la production des pâtes alimentaires appliquée aux produits importés était incompatible avec les articles 30 et 36 du traité CEE, mais que, d'autre part, ce constat d'incompatibilité ne portait pas préjudice à l'application de cette législation aux seuls producteurs de pâtes établis sur le territoire italien (52). Cette dernière précision semblait nécessaire pour éviter un effet de dérégulation, en l'absence d'une harmonisation avancée sur le plan communautaire.

Cependant, dans certaines affaires préjudicielles qui ne présentaient aucun élément transfrontalier, la Cour de justice n'a pas hésité à se prononcer sur la législation ou la réglementation portée devant elle, pour peu qu'elles emportaient une discrimination sur la base de la nationa-

(48) CJCE, aff. C-293/02, *Jersey Produce Marketing Organisation* ("Jersey potatoes"), 8 novembre 2005, *Rec.*, p. I-9543, point 65.

(49) A. TRYFONIDOU, «Case note. ECJ, C-293/02, *Jersey Produce Marketing Organisation*», *C.M.L. Rev.*, 2006, p. 1738.

(50) CJCE, aff. C-98/86, *Ministère public contre Mathot*, 18 février 1987, *Rec.*, p. 809, point 9.

(51) Voy. les conclusions de l'avocat général Cosmas dans l'affaire *Belgapom*, présentées le 23 mars 1995 (aff. C-36/94, point 13).

(52) CJCE, aff. C-407/85, *3 Glocken e.a.*, 14 juillet 1988, *Rec.*, p. 4233, point 25. Voy., pour l'application de ces principes à une législation adoptée par une collectivité autonome, compétente sur une partie seulement du territoire national, CJCE, aff. jtes. C-1 et 176/90, *Aragonesa de Publicidad*, 25 juillet 1991, *Rec.*, p. I-4151, point 24.

lité. Ebauchée dans l'affaire *Smanor* (53), cette approche devait surtout être consacrée dans le célèbre arrêt *Pistre*. Cette affaire concernait des ressortissants français, poursuivis pénalement pour avoir commercialisé des produits de salaison en France sous un étiquetage mentionnant la dénomination «montagne» sans avoir reçu une autorisation préalable pour ce faire, ainsi que l'exigeait pourtant la réglementation française. Bien que tous les éléments de cette affaire étaient cantonnés à l'intérieur d'un seul Etat membre, la Cour estima que la différence de traitement entre les marchandises d'origine nationale et les marchandises importées pouvait avoir, «*au moins potentiellement*», des effets défavorables pour la libre circulation des marchandises entre les Etats membres et, à ce titre, méconnaissait le droit communautaire (54). La Cour fut probablement encouragée dans une telle approche par la volonté d'assurer au plus vite l'uniformité d'interprétation du droit communautaire au sein de la Communauté et d'écarter sans retard toute barrière non-tarifaire présentant un caractère discriminatoire.

L'arrêt *Guimont* limite toutefois cette ligne de conduite aux seules mesures discriminatoires. Cette affaire concernait une procédure pénale intentée contre un producteur de fromage qui n'avait pas respecté une réglementation française prohibant l'utilisation de l'appellation «emmental» pour des fromages sans croûte, qu'ils soient ou non produits en France. La situation à l'origine du renvoi préjudiciel ne présentait en l'occurrence aucun élément d'extranéité (autre que la propension de la règle à s'appliquer également à des productions étrangères), de sorte que la Cour de justice n'estima pas pouvoir écarter dans son ensemble la réglementation en cause (55). Néanmoins, la Cour, soucieuse de déployer pleinement les fonctionnalités du renvoi préjudiciel, accepta de se prononcer sur la question posée par le juge français. Selon une formule dont devait s'inspirer le dispositif de l'arrêt sur l'assurance soins flamande, la Cour, tout en constatant le caractère purement interne de la situation à l'origine du renvoi préjudiciel, accepta d'apprécier la norme en question au regard de la libre circulation des marchandises, pour le cas où le droit national donnerait obligation au juge de renvoi de «*faire bénéficier un producteur national des mêmes droits que ceux qu'un producteur d'un Etat membre tirerait du droit communautaire dans la même situation*» (56).

(53) CJCE, aff. C-298/87, *Smanor*, 14 juillet 1988, *Rec.*, p. 4489, points 8 et 9.

(54) CJCE, aff. jtes. C-321 à 324/94, *Procédure pénale contre Pistre e.a.*, 7 mai 1997, *Rec.*, p. I-2343, point 45. Voy. égal. CJCE, aff. C-254/98, *TK-Heimdienst Sass GmbH*, 13 janvier 2000, *Rec.*, p. I-151, point 14.

(55) CJCE, aff. C-448/98, *Guimont*, *op. cit.*, note 11, points 19 et 20.

(56) *Idem*, point 23.

La différence de protection offerte aux personnes soumises à des mesures discriminatoires et des mesures indistinctes ne semble pas à l'abri de toute critique. Quoi qu'il en soit, il est très intéressant de constater que le juge national qui avait posé la question préjudicielle n'a pas donné beaucoup de cas à la distinction opérée par la Cour entre cette affaire et l'arrêt *Pistre*. Sans évaluer si le droit communautaire s'appliquait au cas de Monsieur Guimont, *quod non*, le juge le relaxa, estimant que l'application de la réglementation nationale risquait d'entraver les échanges intracommunautaires (57).

Si elles ne mettent pas en cause, en soi, l'exigence d'un élément transfrontalier en vue de conclure au caractère communautaire d'un litige, ces illustrations traduisent à nouveau le malaise de la Cour de justice face aux discriminations à rebours.

Notons encore que la Cour s'est estimée compétente, dans l'affaire *Dzodzi*, pour statuer à titre préjudiciel dans des situations dont tous les éléments sont cantonnés à l'intérieur d'un Etat membre mais où le droit communautaire leur a été rendu applicable par le droit national, précisément dans le but d'éviter les discriminations à rebours (58). Cette jurisprudence, qui s'explique par la nécessité d'assurer l'uniformité d'interprétation du droit communautaire, concerne tant la libre circulation des personnes (59) que des marchandises (60) ou des capitaux (61). Il semble utile de relever la spécificité des Etats fédéraux à l'égard de telles situations purement internes mais communautaires «par ricochet». Dans les hypothèses où la mise en œuvre du droit communautaire ressortit à la compétence des entités fédérées (comme c'est le cas, par exemple, de l'assurance soins en Belgique), ces derniè-

(57) Tribunal de police de Belley, *Ministère Public c. Jean-Pierre Guimont*, 27 mars 2001, inédit.

(58) CJCE, aff. C-297/88, *Dzodzi*, 18 oct. 1990, *Rec.*, p. I-3763, point 41. Le législateur belge avait prévu l'assimilation du conjoint d'un Belge ressortissant d'un Etat tiers au conjoint d'un ressortissant communautaire, ressortissant d'un Etat tiers, et ce afin d'éviter des discriminations à rebours dans la mise en œuvre du Règlement 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté. Voy. égal. CJCE, aff. C-28/95, *Leur-Bloem*, 17 juillet 1997, *Rec.*, p. I-4161, point 32 ainsi que les conclusions présentées par l'avocat général Eleanor Sharpston le 3 juillet 2008 dans l'affaire *Les Vergers du Vieux Tauves SA* (CJCE, aff. C-48/07, points 29 à 38).

(59) CJCE (ord.), aff. C-250/03, *Mauri*, 17 février 2005, *Rec.*, p. I-1267, point 21; CJCE, aff. C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, 30 mars 2006, *Rec.*, p. I-2941, point 29; CJCE, aff. C-380/05, *Centro Europa 7 Srl*, 31 janvier 2008, *Rec.*, p. I-349, point 69.

(60) Outre l'arrêt *Guimont*, précité, voy. par ex. CJCE, aff. C-239/02, *Douwe Egberts e.a.*, 15 juillet 2004, *Rec.*, p. I-7007, point 58.

(61) Voy. par ex., CJCE, aff. C-515, 519 à 524 et 540/99, *Reisch e.a.*, *op. cit.*, note 11, point 26.

res seules assument la responsabilité politique du maintien ou de la suppression des discriminations à rebours, sous réserve d'une vérification de leur compétence pour ce faire. Sur ce dernier point, toutefois, la seule combinaison d'un principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination et d'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité apte à en assurer le respect ne garantit pas de manière absolue et automatique une protection contre les discriminations à rebours. En particulier, il n'est pas certain qu'une juridiction constitutionnelle estime comparables la situation des ressortissants d'autres Etats membres et des nationaux ayant fait usage de leur liberté de circuler au sein de la Communauté et celle des citoyens «sédentaires» — plus précisément, ceux qui ne se déplacent qu'au sein d'un Etat membre.

3. — *Problèmes et incohérences*

L'exigence d'un élément transfrontalier est fermement défendue par certains, pour qui la suppression de ce critère de rattachement emporterait un effet global de dérégulation (62). En l'absence d'harmonisation au niveau communautaire, chaque norme interne créatrice d'obligations, même dépourvue d'effet discriminatoire, représenterait potentiellement une barrière à la circulation, justifiable seulement pour des motifs d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique ou des raisons impérieuses d'intérêt général. Ce point de vue est toutefois critiqué sous plusieurs angles (a). Paradoxalement, l'extension progressive du champ d'application personnel des libertés de circulation alimente un peu plus encore le malaise qui entoure les discriminations à rebours, posant même la question de savoir si la position actuelle de la Cour pourra réellement être maintenue à moyen ou à long terme (b).

a) *Un principe critiqué*

Une majorité de la doctrine s'oppose à l'exigence systématique d'un élément d'extranéité comme condition pour l'invocation des libertés de circulation (63). Les discriminations à rebours sont souvent jugées inacceptables au regard du principe communautaire de non discrimi-

(62) C. RITTER, «Purely internal situations, reverse discrimination, Guimont, Dzodzi and Article 234», *E.L.Rev.*, 2006, p. 710.

(63) Voy., pour une critique de l'approche classique de la Cour au regard du principe général de non discrimination, les conclusions présentées par l'avocat général Poiares Maduro dans l'affaire dite du «marbre de Carrare» (aff. C-72/03, *op. cit.*, note 12); A. TRYFONIDOU, *op. cit.*, note 43, spéc. pp. 61 à 64. Voy. égal. la doctrine citée *infra* à la note 92.

nation inscrit à l'article 12 du traité CE, applicable lorsqu'une personne ne peut invoquer les règles d'égalité résultant des libertés économiques inscrites dans le traité. L'examen des arrêts où l'article 12 est spécifiquement examiné démontre en effet que la Cour entend en réserver le bénéfice aux seuls citoyens qui ont exercé leur droit de se mouvoir librement au sein de la Communauté (64). Il est vrai que cette disposition n'opère, selon la formule retenue par le traité CE, que « dans le domaine d'application » de ce traité.

L'affaire *Angonese* illustre assez bien les conséquences parfois heurtantes de la distinction entre les situations purement internes et les situations communautaires (65). Un ressortissant italien, résidant dans la province italienne de Bolzano, souhaitait obtenir un emploi dans une compagnie bancaire privée siégeant dans cette même province. Cette compagnie subordonnait l'obtention de l'emploi en question à la présentation d'un certificat de connaissance linguistique, qui n'était délivré que suite à la réussite d'un examen organisé exclusivement dans la province de Bolzano. Monsieur Angonese, ayant suivi dans le passé des études universitaires en Autriche, était parfaitement bilingue (italien/allemand) mais n'entendait pas se soumettre à cet examen. La Cour jugea la condition imposée par la compagnie contraire à la libre circulation des travailleurs. La Cour a pu faire jouer la libre circulation, dans ce cas, exclusivement en raison du fait que Monsieur Angonese avait, par le passé, étudié dans un autre Etat membre. Si Monsieur Angonese avait par contre suivi son cursus universitaire dans une autre province d'Italie, il n'aurait pu revendiquer le bénéfice de la libre circulation, à défaut de présenter une situation « communautaire ».

Dans une étude qui devait annoncer ses conclusions dans l'affaire du « marbre de Carrare », précitée, l'avocat général Miguel Poiares Maduro a admis que la jurisprudence relative aux discriminations à rebours pouvait être conçue comme une forme de préservation de l'autonomie des Etats membres dans la définition de leurs politiques propres, tout autant que comme un encouragement à la circulation des biens et des personnes à travers les frontières entre les Etats membres de l'Union européenne (66). Cette jurisprudence incitative reposerait sur une concurrence normative *entre* Etats membres, composée de reconnaissance mutuelle et de règles minimales, et serait

(64) K. LENAERTS, « Union citizenship and the principle of non-discrimination on grounds of nationality », in *Festschrift til Claus Gulmann*, København, Forlaget Thomson A/S, 2006, p. 308.

(65) CJCE, aff. C-281/98, *Angonese*, 6 juin 2000, *Rec.*, p. I-4139.

(66) M. POIARES MADURO, *op. cit.*, note 42, p. 131.

jugée préférable par eux à des niveaux trop élevés d'harmonisation. L'auteur relève néanmoins que limiter la plupart des mesures d'harmonisation aux seules situations transfrontalières décuple le risque de voir poindre des discriminations à rebours. Ce risque témoignerait à lui seul de la dimension communautaire des discriminations à rebours. Sans nécessairement se montrer favorable à un renversement pur et simple de la jurisprudence sur le sujet, il encourageait à réfléchir à un nouvel équilibre entre cette idée de concurrence normative et l'égalité de traitement, en tant que principe général de droit communautaire, autant qu'au risque de distorsions résultant du maintien de règles plus strictes à l'égard des situations ne présentant pas d'élément d'extranéité.

D'autres auteurs ont avancé que, si les discriminations à rebours sont conceptuellement acceptables et politiquement appropriées dans un système de compétences partagées, il n'en va pas ainsi lorsque la différence de traitement se produit là où les compétences de la Communauté et celles des Etats membres concourent à la résolution de situations intrinsèquement identiques (67). La prétendue déconnexion au droit communautaire des situations qui ne présentent pas d'élément transfrontalier ne serait alors qu'artificielle. Les Etats membres seraient à tout le moins obligés, dans ces cas, de démontrer l'utilité du maintien d'une différenciation et de la proportionnalité de cette dernière au regard du but poursuivi (68).

L'analyse de la jurisprudence révèle par ailleurs que l'identification des situations purement internes et de leurs conséquences en termes de discrimination conduit parfois à des incohérences. Une critique récurrente concerne la différence d'approche de la Cour entre barrières tarifaires et non-tarifaires en matière de libre circulation des marchandises (69), de même qu'entre la libre circulation des biens et les autres libertés (70). Suivant notamment les arrêts *Lancry* et *Simitzi*, précités, l'unicité du territoire douanier commun implique qu'une taxe qui est perçue à l'occasion du franchissement d'une frontière, même interne à un Etat membre, est susceptible de constituer une taxe d'effet équivalant à un droit de douane. Or, cette logique n'a pas été transposée

(67) E. CANNIZZARO, «Producing 'Reverse Discrimination' Through the Exercise of EC Competences», *Y.E.L.*, 1997, p. 36.

(68) *Idem*, p. 42.

(69) Voy. par ex. R.-E. PAPADOPOULOU, *op. cit.*, note 4, pp. 104 et 105.

(70) Voy. par ex. L. IDOT, «Variations sur le domaine spatial du droit communautaire», in M.-N. JOBARD-BACHELIER, P. MAYER (éd.), *Le droit international privé. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 445 et 446.

aux autres libertés, une dichotomie que n'ont pas manqué de critiquer certains avocats généraux (71).

Ces diverses considérations pourraient contribuer à expliquer l'évolution remarquable dans la jurisprudence de la Cour, cette dernière assouplissant peu à peu la condition d'extranéité afin de limiter les cas de discriminations à rebours (72). La Cour a, de plus, cherché à étendre sa compétence pour se prononcer sur l'application du droit communautaire à des situations internes, soit en s'attachant aux effets d'une mesure sur le commerce intracommunautaire en général (*Pistre*), soit en déployant sans retard et de la manière la plus large possible les fonctionnalités de la procédure de renvoi préjudiciel (*Guimont*). Ces évolutions posent néanmoins à leur tour des problèmes de sécurité juridique et ouvrent la voie à d'éventuels abus de procédure en vue d'échapper à l'application du droit national (73).

b) *Un principe insoutenable?*

Non sans un certain paradoxe, ces critiques sont renforcées par l'extension considérable du champ d'application personnel des libertés de circulation et du principe de non discrimination, en particulier suite à l'introduction de la *citoyenneté européenne*. Dans une Communauté dont l'objectif principal était l'intégration du marché, une distinction pouvait être, en effet, plus légitimement défendue entre ceux qui

(71) Voy. par exemple l'opinion de l'avocat général Geelhoed dans l'affaire *Reisch*, précitée, concernant la libre circulation des capitaux. Cet avocat général voyait dans l'unité économique née de l'Union économique et monétaire un parallèle avec celle du territoire douanier commun (points 104 et 105). Dans l'affaire sur l'assurance soins flamande, l'avocat général Sharpston a aussi indiqué que la Cour « n'a pas encore pleinement exploré les incidences sur la libre circulation des personnes de la justification conceptuelle qu'elle a donnée de l'abolition des barrières douanières intérieures affectant la libre circulation des marchandises » (point 132).

(72) A. TRYFONIDOU, *op. cit.*, note 43, pp. 47 à 52.

(73) Voy., sur le principe de sécurité juridique en droit communautaire, G. P. ROMANO, « Le principe de sécurité juridique à l'épreuve des arrêts *Gasser et Owusu* », *C.D.E.*, 2008, pp. 175 à 210. Concernant la question de l'abus, il y a lieu de rappeler que « les intentions qui ont pu inciter un ressortissant d'un État membre à travailler dans un autre État membre sont indifférentes en ce qui concerne son droit d'entrée et de séjour sur le territoire de ce dernier État, du moment où il exerce ou souhaite exercer une activité réelle et effective » (CJCE, aff. C-53/81, *Levin*, 23 mars 1982, *Rec.*, p. 1035, point 23). En revanche, si les facilités créées par le droit communautaire en faveur des travailleurs migrants et de leur conjoint étaient invoquées dans le cadre de mariages de complaisance conclus afin de contourner les dispositions relatives à l'entrée et au séjour des ressortissants de pays tiers, il y aurait bel et bien un abus qui fait obstacle au bénéfice des libertés de circulation. Voy. CJCE, aff. C-109/01, *Akrich*, 23 sept. 2003, *Rec.*, p. I-9607, points 55 à 58. *Cpr.*, CJCE, aff. C-200/02, *Zhu et Chen*, 19 octobre 2004, *Rec.*, p. I-9925.

s'étaient déplacés pour travailler dans un autre Etat membre — ainsi que les membres de leur famille — et les travailleurs «sédentaires». A la limite, la subsistance de discriminations à rebours pouvait même être considérée comme une incitation au déplacement transfrontalier. Désormais, l'«imprégnation» à la libre circulation repose sur des critères plus larges mais également moins précis que l'exercice d'une activité professionnelle dans un autre Etat membre. Une telle transformation du rapport du droit communautaire à la personne rend plus délicate qu'autrefois l'identification, au cas par cas, des situations «purement internes». Elle rend également plus interpellante la distinction entre ceux qui, parmi ces citoyens, bénéficient pleinement de la liberté de circulation et les autres.

Cette mutation des libertés de circulation pose tout d'abord des problèmes d'ordre temporel. Ainsi, l'exercice antérieur d'une liberté doit-il directement précéder ou non l'invocation du bénéfice du droit communautaire par le ressortissant d'un Etat membre, à l'encontre de ce dernier (74)? Quelle doit être la durée minimale de l'éventuel séjour à l'étranger? Les types d'usages antérieurs à prendre en considération posent également question. Qu'en est-il, par exemple, des études dans un autre Etat membre? De quels types d'études doit-il être tenu compte? Quelle devrait être leur durée minimale (75)? Toujours dans le même registre, la Cour ne semble pas encore avoir exploré toutes les conséquences de l'aspect passif de la libre prestation des services pour la problématique abordée dans le présent article (76). Un ressortissant d'un Etat membre qui est allé passer ses vacances dans un autre Etat membre, y a résidé dans un hôtel ou un camping, s'y est restauré et s'y est adonné à ses loisirs favoris, n'a-t-il pas fait usage de sa liberté de circuler? Le fait pour le ressortissant d'un Etat membre de solliciter les services à distance dispensés par un opérateur économique situé dans un autre Etat membre, tout en ne se déplaçant pas, ne le place-t-il pas dans une situation «communautaire» qui, par la suite, le met à l'abri de toute discrimination à rebours? A la lumière de ces interrogations, il apparaît très difficile, dans de nombreux cas,

(74) Ce problème, qui n'a pas été solutionné par la Cour de justice dans l'affaire sur l'assurance soins flamande, est évoqué par I. VAN DER STEEN, *op. cit.*, note 2, p. 306. Voy. égal. D. MARTIN, *op. cit.*, note 2, p. 372.

(75) Ainsi, la question pourrait être posée de savoir si un stage linguistique suivi à l'étranger pendant une ou deux semaines durant les vacances scolaires, par exemple à la fin des études primaires, est suffisant à cet égard.

(76) Selon une jurisprudence constante, la libre circulation des services bénéficie non seulement à ceux qui les prestent (ou entendent les prester) mais aussi à ceux qui en sont les destinataires. Voy. not. CJCE, aff. C-186/87, *Cowan*, 2 février 1989, *Rec.*, p. 195.

d'identifier avec une prévisibilité satisfaisante les situations qui ne tolèrent point de discrimination à rebours.

Dans le même ordre d'idées, distinguer les situations purement internes et les situations communautaires pourrait poser des problèmes de preuve. Lorsqu'elle est saisie de questions préjudicielles à l'occasion de litiges concrets, la Cour de justice dispose d'éléments portés à sa connaissance au cours de la procédure. Ces derniers doivent lui permettre de se prononcer sur l'existence d'un lien de rattachement au droit communautaire. Les administrations des Etats membres ne bénéficient nullement d'un tel cadre d'analyse, face pourtant à un nombre de cas infiniment plus élevé que ceux dont la Cour de justice est appelée à connaître. Par-delà les cas évidents — par exemple, celui d'une personne en situation de retour après être partie travailler dans un autre Etat membre —, il sera souvent délicat de départir les situations dont tous les éléments sont cantonnés à un Etat membre de celles qui présentent un lien d'extranéité.

Notons enfin que l'insécurité qui règne dans le domaine des discriminations à rebours paraît favorisée par les variations relevées dans l'identification, par la Cour de justice, du lien de rattachement au droit communautaire. La Cour met tantôt l'accent sur l'effet concret que la mesure en cause pourrait avoir sur les libertés de circulation — un dessein exprimé par exemple dans l'affaire *Knoors*, étendant le bénéfice du droit communautaire aux ressortissants d'un Etat membre en situation de retour —, tantôt prend distance avec cette analyse conséquentialiste en admettant l'existence d'un lien avec le droit communautaire alors même que l'effet des mesures en cause sur le marché intérieur est tout au plus minime. Cette seconde catégorie trouve une illustration dans les affaires *Carpenter* ou *Jia* (77).

C. — DISCRIMINATIONS À REBOURS ET CITOYENNETÉ EUROPÉENNE

L'insertion de la citoyenneté européenne, déjà évoquée brièvement dans le point précédent, avait généré l'espoir d'un renversement de la position traditionnelle de la Cour sur les discriminations à rebours (1). L'issue réservée par celle-ci à cette question demeure controversée (2).

(77) M. POIARES MADURO, *op. cit.*, note 42, pp. 124 et 125.

1. — *Le refus par la Cour de justice
d'un bouleversement du lien de rattachement
au droit communautaire*

L'article 17 du traité CE institue la citoyenneté de l'Union, réservée en principe aux nationaux des Etats membres. Les articles suivants du traité clarifient le contenu des droits liés à la citoyenneté européenne. Contrairement à ses dispositions consacrées au marché intérieur, le traité semble être moins marqué ici par une conditionnalité transfrontalière (78). L'article 18 énonce le droit de tout citoyen de l'Union « *de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres* », sous réserve des « *limitations et conditions prévues par le présent traité (...)* ». L'article 2 du traité UE donne quant à lui pour but à l'Union de « *renforcer la protection des droits et des intérêts des ressortissants de ses États membres par l'instauration d'une citoyenneté de l'Union* ». Ces formules se détachent des références explicites au passage d'une frontière, qui ponctuent les dispositions du traité relatives aux libertés de circulation « économiques ». Ces dispositions devaient-elles pour autant emporter un assouplissement de la position de la Cour sur les situations purement internes ? L'avocat général Léger, dans ses conclusions précédant l'affaire *Boukhalfa*, estimait, dès 1995, que :

« (...) si l'on déduit toutes les conséquences qui s'attachent (au) principe (de citoyenneté), tous les citoyens de l'Union, quelle que soit leur nationalité, doivent jouir exactement des mêmes droits et être soumis aux mêmes devoirs. Poussé jusqu'au bout, un tel concept devrait permettre de parvenir à une assimilation parfaite des citoyens de l'Union, quelle que soit leur nationalité. Cette assimilation devrait opérer de la même façon qu'elle existe entre les nationaux d'un même Etat » (79).

Il fallut néanmoins attendre l'affaire *Uecker et Jacquet* pour que la Cour ait spécifiquement l'occasion de se prononcer sur la question. La réponse fut assez sèche : quoique le statut qu'elle confère ait vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats membres (80), « *la citoyenneté de l'Union (...) n'a pas pour objectif d'étendre le champ d'application matériel du traité également à des situations internes n'ayant aucun rattachement au droit communautaire* » (81). La Cour justifia cette solution par l'article 47 du traité UE, selon lequel

(78) Voy., au sujet des droits de vote et d'éligibilité, *supra*, I.B.1. et spéc. la note 20.

(79) Conclusions présentées le 15 novembre 1995 dans l'affaire C-214/94, *Boukhalfa*, point 63.

(80) CJCE, aff. C-184/99, *Grzelczyk*, 20 septembre 2001, *Rec.*, p. I-6193, point 31.

(81) CJCE, aff. jtes. C-64 et 65/96, *Uecker et Jacquet*, *op. cit.*, note 11, point 23.

aucune disposition du traité d'Union n'affecte les traités instituant les Communautés européennes, sous réserve des dispositions portant modification desdits traités. Dans la mesure où la citoyenneté européenne, et plus particulièrement l'article 17 du traité CE, a été introduite par le traité sur l'Union européenne, la Cour en a déduit que cette disposition ne pouvait avoir pour effet de porter atteinte à l'exigence d'un élément transfrontalier en matière de libre circulation des travailleurs (82). Nous reviendrons sur cette interprétation curieuse de l'article 47 du traité UE dans l'analyse de l'arrêt sur l'assurance soins flamande.

L'absence de mise en cause de l'exigence traditionnelle d'un élément d'extranéité à l'aune de la citoyenneté européenne est maintenue dans l'arrêt sur l'assurance soins flamande (83) ainsi que dans l'arrêt *Metock* du 25 juillet 2008 (84). La citoyenneté européenne n'interdit donc pas, en soi, les discriminations à rebours (85). Il est d'ailleurs significatif que les affaires dans lesquelles la Cour a reconnu des droits autonomes issus de la citoyenneté, en particulier l'arrêt fondateur *Martínez Sala* (86), présentaient systématiquement un aspect transnational, fût-il parfois hypothétique (*García Avello* (87)), établi «par ricochet» (*Schempp* (88)) voire créé artificiellement par les parties en vue de bénéficier de l'application du droit communautaire (*Zhu et Chen* (89)).

(82) *Idem*, point 23 *in fine*.

(83) CJCE, aff. C-212/06, *op. cit.*, note 2, points 39 et 40.

(84) CJCE, aff. C-127/08, *Metock*, 25 juillet 2008, n.e.p., points 77 et 78.

(85) Voy. *contra*, V. HATZOPOULOS, «Current Problems of Social Europe», College of Europe, *Research papers in Law*, 7/2007, p. 9.

(86) CJCE, aff. C-85/96, *Martínez Sala*, 12 mai 1998, *Rec.*, p. I-2691. Voy. égal., sur les conditions de résidence imposées pour le bénéfice de certains types d'allocations, CJCE, aff. C-406/04, *De Cuyper*, 18 juillet 2006, *Rec.*, p. I-6947; CJCE, aff. C-192/05, *Tas-Hagen*, 26 oct. 2006, *Rec.*, p. I-10451.

(87) CJCE, aff. C-148/02, *García Avello*, 2 oct. 2003, *Rec.*, p. I-11613. Voy. égal., pour une application particulièrement souple du lien de rattachement au droit communautaire, les conclusions présentées le 14 février 2008 par l'avocat général Mazák dans l'affaire C-33/07, *Gheorghe Jipa* (spéc. points 32 à 34). Dans son arrêt du 10 juillet 2008, la Cour ne discute même pas de l'applicabilité du droit communautaire au cas d'espèce, la perspective d'une interdiction faite par un Etat membre à l'un de ses ressortissant de se rendre dans le futur dans d'autres Etats membres ayant en l'occurrence paru suffire à l'examen au fond de la violation alléguée de la libre circulation des citoyens européens (CJCE, aff. C-33/07, *Gheorghe Jipa*, 10 juillet 2008, n.e.p.). Ces affaires semblent marquer une certaine évolution par rapport à la jurisprudence *Kremzow*, précitée (voy. note 6), où la Cour avait décidé qu'une détention illégale du ressortissant d'un Etat membre dans ce même Etat, même si elle avait (eu) pour effet de l'empêcher de se déplacer au sein de la Communauté, ne suffisait pas à établir un élément transfrontalier.

(88) CJCE, aff. C-403/03, *Schempp*, 12 juillet 2005, *Rec.*, p. I-6421.

(89) CJCE, aff. C-200/02, *Zhu et Chen*, *op. cit.*, note 73.

Ceci ne revient bien entendu pas à dire que la citoyenneté européenne n'a eu aucune incidence sur la libre circulation en général. Ainsi, les dispositions de l'article 18, paragraphe 2 du traité CE se sont-elles vu reconnaître un effet direct devant les juridictions nationales à l'égard des citoyens de l'Union qui n'exercent pas/plus une activité professionnelle, salariée ou indépendante (90). Non sans un certain paradoxe, cette extension, d'une part, est à la source d'une plus grande insécurité juridique quant à l'identité des bénéficiaires de la libre circulation et, d'autre part, participe à la multiplication des discriminations à rebours (91).

2. — Une position controversée

Cette lecture de la citoyenneté européenne a été critiquée par de très nombreux auteurs, qui avaient placé dans celle-ci l'espoir d'une résolution des problèmes et incohérences liés aux discriminations à rebours (92). Il est vrai néanmoins que l'article 18 du traité CE est subordonné aux «*limitations et conditions*» prévues par le traité, un peu à l'image du principe de non-discrimination inscrit à l'article 12, qui n'opère que «*(d)ans le domaine d'application*» du traité CE. Un autre contre-argument est tiré de la répartition des compétences entre le droit communautaire et le droit national, qui se traduit principale-

(90) CJCE, aff. C-413/99, *Baumbast et R*, 17 septembre 2002, *Rec.*, p. I-7091, point 86. Voy. égal. CJCE, aff. C-224/02, *Pusa*, 29 avril 2004, *Rec.*, p. I-5763, point 17.

(91) Voy. égal. *supra*, I.B.3.b.

(92) Voy., pour un plaidoyer en faveur de la suppression de l'exigence du franchissement d'une frontière nationale comme condition du bénéfice des libertés de circulation et du principe de non discrimination, au regard de la citoyenneté européenne, F.G. JACOBS, «Citizenship of the European Union — A Legal Analysis», *E.L.J.*, 2007, p. 598; C. JACQUESON, «Union citizenship and the Court of Justice: something new under the sun? Towards social citizenship», *E.L. Rev.*, 2002, p. 260; S. O'LEARY, *The Evolving Concept of Community Citizenship. From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*, The Hague, Kluwer law International, 1996, pp. 277 et 278; N. SHUIBHNE, *op. cit.*, note 42, pp. 731 à 777; E. SPAVENTA, *op. cit.*, note 43, pp. 13 à 45; H. TONER, «Judicial Interpretation of European Union Citizenship — Transformation or Consolidation?», *Maastricht Journ. of Eur. and Comp. Law*, 2000/2, p. 170; R.C.A. WHITE, «Free movement, equal treatment, and citizenship of the Union», *I.C.L.Q.*, 2005, p. 80. Voy. égal. pour un point de vue plus réservé, F. PICOD, «Libre circulation et situation interne», *R.A.E.*, 2003-2004/1, pp. 47 à 54. Dans une perspective *de lege ferenda* mais pour une reconnaissance du caractère gênant des discriminations à rebours dans un processus d'unification aussi avancé que celui de l'Union européenne, voy. H. TAGARAS, «Règles communautaires de libre circulation, discriminations à rebours et situations dites 'purement internes'», in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, *op. cit.*, note 16, pp. 1499 à 1538.

ment dans le principe d'attribution des compétences contenu à l'article 5 du traité CE. Ce principe est lui-même lié à la double légitimité sur laquelle repose la Communauté européenne, fondée tout à la fois sur les peuples *et* les Etats membres. Les discriminations à rebours ne seraient qu'un «*by-product*» voire même un «*necessary evil*» dans un système de *multilevel constitutionalism* et ne pourraient dès lors être résolues qu'au niveau des Etats membres (93). D'autres arguments ont été avancés comme, par exemple, le caractère complémentaire de la citoyenneté européenne par rapport à la citoyenneté nationale ou encore la circonstance que certains Etats membres refusent tout contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois (par exemple, au Royaume-Uni), n'organisent qu'un contrôle de type préventif de ces dernières (tel était le cas, jusqu'à récemment, en France (94)) ou encore centralisent le contrôle répressif de la constitutionnalité des lois entre les mains d'une seule juridiction (par exemple, en Belgique). Or, les juges confrontés à des dispositions législatives contrevenant à une éventuelle prohibition des discriminations à rebours pourraient être appelés, si le droit communautaire le leur imposait, à écarter ces dernières. Un tel «contrôle diffus» sur les lois heurterait les options prises par certains Etats membres quant au contrôle de constitutionnalité.

Le poids de ces divers arguments ne saurait être nié, même si les obstacles techniques à la levée de l'exigence d'un élément transfrontalier au sens strict du terme, de même que l'effet de dérégulation au sein des ordres juridiques des Etats membres, restent selon nous à démontrer. Comme l'illustre le sort particulier réservé aux taxes d'effet équivalant à des droits de douane, l'une et l'autre piste relèvent plus probablement de deux approches distinctes de l'intégration communautaire et auxquelles les traités n'ont pas apporté de réponse préconçue. Il semble nécessaire toutefois de revenir sur la dernière objection, tenant à l'organisation du contrôle de constitutionnalité au sein des Etats membres. Cet argument à l'appui du maintien de la jurisprudence traditionnelle repose sur une tautologie puisqu'il n'a de sens que si l'on situe l'appréciation de la validité d'un acte législatif en dehors du champ d'application du droit communautaire. Il est alors indéniable que, dans un tel cas, l'ordre juridique communautaire n'est pas en mesure de porter atteinte aux arrangements constitutionnels des Etats

(93) C. RITTER, *op. cit.*, note 62, p. 691; A. TRYFONIDOU, *op. cit.*, note 43, p. 44.

(94) La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a en effet introduit dans la Constitution de la V^{ème} République un article 61-1, qui crée la question préjudicielle de constitutionnalité. Désormais, la constitutionnalité d'une loi pourra être contestée *après son adoption*, à l'occasion d'un procès. Le Conseil constitutionnel ne peut toutefois en être saisi que par les deux juridictions suprêmes de l'ordre administratif (le Conseil d'Etat) et judiciaire (la Cour de cassation).

membres et qui participent de leur identité propre. Si, par contre, le caractère communautaire de certaines discriminations à rebours est admis, ce problème ne se pose pas. Le contrôle «diffus» de constitutionnalité opéré par les juges nationaux — le cas échéant suite à un renvoi préjudiciel — ne se distingue alors pas fondamentalement du rôle traditionnel des juridictions nationales, chargées d'assurer le respect de la primauté du droit communautaire en coopération avec la Cour de justice, en ce compris envers des actes qui, en droit interne, ont une nature législative.

II. — L'«assurance soins» flamande à l'épreuve des contrôles national et communautaire de constitutionnalité

Ce cadre d'analyse posé, il convient, dans un deuxième temps, de se pencher plus spécifiquement sur l'affaire relative à l'assurance soins flamande qui, ainsi qu'il a été annoncé dans l'introduction, pose une nouvelle fois et avec une particulière acuité le problème des situations purement internes et des discriminations à rebours. Le décret flamand sur l'assurance soins a fait l'objet de diverses procédures devant la Cour constitutionnelle belge (95). Un premier axe de contestation visait l'incompétence de la Communauté flamande pour adopter une mesure qui, aux yeux de ses détracteurs, ressortissait à la sécurité sociale et, partant, aux compétences de l'Etat fédéral (A). Dans un second temps, c'est le critère de résidence retenu par le régime de l'assurance soins qui a été critiqué (B) (96). L'arrêt prononcé par la Cour de justice le 1^{er} avril 2008 représente l'une des étapes-clé de ce second volet, tout en n'apportant pas une réponse complète (C).

(95) Pour des raisons de lisibilité, nous nous référerons, dans la suite du propos, à la «Cour constitutionnelle», même à l'égard d'arrêts rendus par cette juridiction à l'époque où elle s'appelait encore «Cour d'arbitrage». Pour un aperçu du système constitutionnel belge, voy. not. A. GERLACHE, J. VANDE LANOTTE, M. UYTENDAELE *et al.*, *La Belgique pour les débutants : le labyrinthe belge. Guide pratique*, Bruges, La Charte, 2007; T. VANDAMME, «Prochain Arrêt : La Belgique! Explaining Recent Preliminary References of the Belgian Constitutional Court», *E.C.L.R.*, 2008, spéc. pp. 129 à 131.

(96) Voy. sur ces diverses procédures F. JUDO, «De Vlaamse Zorgverzekering voor het Arbitragehof: nooit vier zonder vijf», *Chr. D.S. — Soc. Kron.*, 2007/4, pp. 189 à 193; G. LOOSVELDT, B. VAN BUGGENHOUT, «Belangrijk ingrediënt Vlaams 'socialebeschermingsrecht' aanvaard: de zorgverzekering en het Arbitragehof», *R.D.S.-T.S.R.*, 2001, pp. 407 à 433.

A. — LE CONFLIT «INTERNE» DE COMPÉTENCES :
ENTRE SÉCURITÉ SOCIALE ET AIDE AUX PERSONNES

1. — *Le décret flamand sur l'assurance soins*

L'assurance soins flamande a été instituée par un décret du 30 mars 1999 (97). Ce décret — qui, en droit belge, a la même valeur qu'une loi fédérale (98) — est né de la volonté de la Flandre de prendre des mesures en vue de prévenir les conséquences du vieillissement de sa population et des difficultés rencontrées au niveau fédéral pour s'entendre sur la mise en place d'un tel système (99). L'assurance soins, partiellement financée par un système de cotisations individuelles, permet la prise en charge des frais encourus par les personnes affectées d'une autonomie réduite en raison d'une incapacité grave et prolongée nécessitant aides et services non-médicaux. Un fonds spécifique (le *Vlaams Zorgfonds*) fut dans le même temps créé. Une telle initiative n'était pas isolée en Europe, ainsi qu'en attestent les régimes comparables mis en place en Autri-

(97) *Mon. b.*, 28 mai 1999. Voy. sur cette législation : G. LOOSVELDT, B. VAN BUGGENHOUT, «De zorgverzekering in Vlaanderen : Laten we wel wezen!», *R.W.*, 2000-2001/10, pp. 329 à 334; L. VAN ROMPAEY, B. VAN BUGGENHOUT, «De Vlaamse zorgverzekering : de kwalificatie naar Europees versus Belgisch recht», *Chr. D.S. — Soc. Kron.*, 2002/3, pp. 105 à 115. Voy. sur la dimension internationale de l'assurance soins flamande : F. GOYENS, «Vlaamse zorg in EG-Verordening nr. 1408/71», *R.D.S.-T.S.R.*, 2002, pp. 29-69; S. VANSTEENKISTE, «Vlaamse, Belgische en Europese sociale zekerheid — juridische aspecten van de Vlaamse zorgverzekering, naar Belgisch en Europees recht», *B.T.S.Z.*, 2004, pp. 33 à 65; F. RUELENS, «Internationale aspecten van de Vlaamse zorgverzekering», *Expat News*, 2006/8, pp. 16 et 17; F. RUELENS, «De internationale aspecten van de Vlaamse zorgverzekering», *Expat News*, 2005/8, pp. 5 à 8; G. LOOSVELDT, «Vlaamse zorgverzekering : een nieuwe poging tot volledige afstemming op de Europese regelgeving», *T.v.W.*, 2006, pp. 255 et 256; V. VERDEYEN, «De zorgverzekering en Verordening 1408/71», *T.v.W.*, 2004, pp. 322 et 323.

(98) Cette règle est inscrite, pour ce qui est des Communautés, aux articles 127, §2 (matières culturelles et enseignement), 128, §2 (matières personnalisables) et 130, §2 (compétences de la Communauté germanophone) de la Constitution belge.

(99) Voy. à ce sujet X. DELGRANGE, «La Cour d'arbitrage momifie la compétence fédérale en matière de sécurité sociale (Obs. ss. C.A., 33/2001, 13 mars 2001)», *R.B.D.C.*, 2/2001, spéc. pp. 216 à 219. En réaction à l'arrêt de la Cour de justice, Rudy Demotte, actuel Ministre-Président de la Communauté française et de la Région wallonne, a estimé qu'il serait plus cohérent, à l'avenir, que l'Etat fédéral instaure une assurance dépendance (voy. www.demotte.wallonie.be/site/Textes.asp?DocID=558&v1ID=&RevID=&namePage=&pageParent=).

che (100), en Allemagne (101), en France (102) ou encore au Luxembourg (103).

En vertu de l'article 4 de la Constitution belge, la Belgique comprend quatre *régions linguistiques* : la région de langue française, la région de langue néerlandaise, la région bilingue de Bruxelles-Capitale et la région de langue allemande. Ces régions sont des aires géographiques et non des collectivités politiques. Elles ne sauraient, à ce titre, être confondues avec les Régions et les Communautés, voire les Commissions communautaires compétentes sur le territoire de la région bilingue de Bruxelles-Capitale, qui ont quant à elles le statut de *collectivités fédérées*. Dans sa version originaire, le décret *zorgverzekering* de la Communauté flamande reposait sur un champ d'application personnel articulé autour de la résidence. La résidence effective en région unilingue de langue néerlandaise ou bilingue de Bruxelles-Capitale conditionnait en effet tant l'obligation d'affiliation (dans le premier cas) ou la faculté de s'affilier (dans le second) à une caisse d'assurance soins que la prise en charge du coût de l'aide, une fois le risque réalisé (104). Un décret flamand du 18 mai 2001 avait complété le dispositif en subordonnant cette prise en charge à la résidence ininterrompue en Flandre ou à Bruxelles, pendant cinq ans au moins, précédant la demande (105). A Bruxelles, la prise en charge supposait l'affiliation sans interruption à une caisse agréée d'assurance soins depuis dix ans au moins.

(100) Voy. la *Bundespflegegeldgesetz* (loi sur l'indemnité de soins) du 19 janvier 1993.

(101) Voy. la *Gesetzliche Pflegeversicherung* (loi sur l'assurance dépendance) du 26 mai 1994, intégrée au *Sozialgesetzbuch* (livre XI).

(102) Voy. la loi du 24 janvier 1997 tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance.

(103) Voy. la loi du 18 juin 1998 portant introduction d'une assurance dépendance.

(104) Voy. les art. 4, §§1^{er} et 2 et art. 5, 3^o du décret (version originaire). Sur ce point, voy. J. POIRIER, S. VANSTEENKISTE, «Le débat sur la fédéralisation de la sécurité sociale en Belgique : le miroir du vouloir-vivre ensemble?», *R.B.S.S.*, 2000, p. 352. L'aide aux personnes étant une matière personnalisable, la compétence de la Communauté flamande sur le territoire de la région bilingue de Bruxelles-Capitale ne concerne, dans ce domaine, que les personnes qui font le choix de se soumettre à la législation flamande.

(105) Art. 6, al. 1^{er}, 2^o du décret fl. du 18 mai 2001 modifiant le décret du 30 mars 1999 portant organisation de l'assurance soins, *Mon. b.*, 28 juillet 2001.

2. — *Les arrêts de la Cour constitutionnelle belge relatifs au conflit interne de compétences*

Le décret sur l'assurance soins flamande s'inscrit dans un débat déjà ancien en Belgique sur la portée constitutionnelle du concept de «sécurité sociale». Epine dorsale de la solidarité interpersonnelle, la sécurité sociale demeure, en Belgique, un bastion de compétence de l'Etat fédéral, alors que la matière de l'aide aux personnes ressortit pour sa part aux Communautés (106). Le décret sur l'assurance soins était une manifestation parmi d'autres de la volonté de la Flandre d'assumer davantage de responsabilités dans le domaine de la sécurité sociale dite de «compensation de frais» (*kostencompenserende regelingen*), par contraste avec la sécurité sociale des «revenus de remplacement», qui, pour sa part, pouvait demeurer fédérale (107).

Sans surprise, le décret fut attaqué devant la Cour constitutionnelle, successivement par la Caisse auxiliaire d'assurance maladie-invalidité, par la Communauté française et, enfin, par la Commission communautaire française. Le premier recours fut déclaré irrecevable (108). Dans le troisième, la Commission communautaire française dénonçait essentiellement une violation par le décret sur l'assurance soins de la compétence fédérale réservée en matière de droit des assurances. La Cour rejeta ce recours au fond, estimant pour l'essentiel que cette réserve faisait exception à la compétence des Régions en matière économique et était de stricte interprétation (109). C'est essentiellement et pour la première fois à l'occasion du recours introduit par le Gouvernement de la Communauté française que la Cour constitutionnelle a eu l'occasion de confirmer la compétence du législateur flamand pour adopter le décret instaurant un régime d'assu-

(106) Art. 5, §1^{er} II de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (*Mon. b.*, 15 août 1980). L'ensemble de la matière de l'aide aux personnes ne ressortit toutefois pas aux Communautés, l'Etat fédéral étant seul compétent, par exemple, en matière de revenu d'intégration sociale. Sur l'articulation des deux chefs de compétence, voy. J. VELAERS, J. VANPRAET, «De materiele en territoriale bevoegdheidsverdeling inzake sociale zekerheid en sociale bijstand», *T.B.P.*, 2008/6, pp. 323 à 345.

(107) X. DELGRANGE, *op. cit.*, note 99, pp. 219 et 220. Dès 1999, le Parlement flamand s'était exprimé en faveur d'un transfert complet, aux collectivités fédérées, de la compétence normative, d'exécution et de financement en matière de politique familiale et de la santé, en ce compris l'assurance soins de santé et les allocations familiales (Resolutie van het Vlaams Parlement van 3 Maart 1999 betreffende het tot stand brengen van meer coherente bevoegdheidspakketten in de volgende staats Hervorming, *Parl. St. Vl. P.*, 1998-1999, 1342/4, p. 2). Ces attentes sont restées pour l'heure insatisfaites.

(108) Cour Const., arrêt n° 9/2000, 19 janvier 2000.

(109) Cour Const., arrêt n° 8/2003, 22 janvier 2003, spéc. B.5. et B.6.

rance soins (110). A travers la résolution de ce litige particulièrement sensible sur le plan politique, la Cour réaffirmait son rôle central dans l'édification du fédéralisme en Belgique (111).

B. — L'INTERNATIONALISATION DU LITIGE :
LE CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL
DU RÉGIME FLAMAND D'ASSURANCE SOINS

1. — *Les préoccupations de la Commission européenne*

La mise en cause de la constitutionnalité du décret flamand sur l'assurance soins ne devait néanmoins pas s'arrêter là. Le refus de la Cour constitutionnelle de ranger l'assurance soins flamande dans le champ de la sécurité sociale ne préjudiciait en rien la qualification d'un tel régime en droit communautaire (112). La Cour de justice avait en effet déjà estimé par le passé que des prestations qui, à l'instar de la *zorgverzekering*, visent à améliorer l'état de santé et la vie des personnes dépendantes, ont essentiellement pour but de compléter l'assurance maladie et doivent dès lors être regardées comme des prestations de maladie au sens du règlement 1408/71 sur la sécurité sociale des travailleurs migrants (113). Telle était la teneur des arrêts *Molenaar* (114) et *Gaumain-Cerri et Barth* (115), relatifs à la *Pflegeversicherungsgesetz* allemande, ainsi que *Jauch* (116) et *Hosse* (117), qui concernaient pour leur part la *Bundespflegegeldgesetz* autrichienne. De telles prestations répondent en effet à la double condition d'être, d'une part, octroyées aux bénéficiaires en-dehors de toute appréciation individuelle et discrétionnaire des besoins personnels, sur la base d'une situation légalement définie, et, d'autre part, de se rapporter à l'un des

(110) Cour Const., arrêt n° 33/2001, 13 mars 2001, spéc. B.3.3. à B.3.5.

(111) P. MARTENS, «Le rôle de la Cour d'arbitrage dans l'édification du fédéralisme en Belgique», *R.B.D.C.*, 1/2003, pp. 9 et 10.

(112) L. VAN ROMPAEY, B. VAN BUGGENHOUT, *op. cit.*, note 97, pp. 109 à 115; F. GOYENS, *op. cit.*, note 97, pp. 42 et s. et 55 et s.

(113) Ce règlement est appelé à être remplacé lorsque sera entré en vigueur le Règlement du Parlement et du Conseil 883/2004/CE du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *J.O.*, L 166/1, 30 avril 2004. Cette entrée en vigueur est toutefois subordonnée à l'entrée en vigueur d'un règlement d'exécution, qui n'a à ce jour pas encore été adopté.

(114) CJCE, aff. C-160/96, *Molenaar*, 5 mars 1998, *Rec.*, p. I-843, points 20 à 25.

(115) CJCE, aff. jtes. C-502/01 et C-31/02, *Gaumain-Cerri et Barth*, 8 juillet 2004, *Rec.*, p. I-6483, point 23.

(116) CJCE, aff. C-215/99, *Jauch*, 8 mars 2001, *Rec.*, p. I-1901, point 28.

(117) CJCE, aff. C-286/03, *Hosse*, 21 février 2006, *Rec.*, p. I-1771, point 38.

risques limitativement énumérés à l'article 4, §1^{er} du règlement 1408/71 (118).

La Commission européenne estima que le régime flamand d'assurance soins tombait sous le champ d'application de ce règlement. Il devait dès lors bénéficier aux travailleurs migrants travaillant en Flandre, même s'ils résident dans un autre Etat membre (119). Par ailleurs, les prestations de l'assurance soins semblaient devoir bénéficier à une personne résidant dans un autre Etat membre que l'Etat compétent, lors de la réalisation du risque (120). Convaincue que diverses dispositions du règlement 1408/71, et plus généralement la libre circulation des personnes et des marchandises, s'opposaient aux critères de résidence retenus par le décret flamand, la Commission adressa à la Flandre deux lettres de mise en demeure les 17 décembre 2002 et 19 février 2003. Les reproches de la Commission portaient sur le fait que le décret sur l'assurance soins, d'une part, était automatiquement applicable aux personnes résidant en Flandre mais travaillant dans un autre Etat membre, et, d'autre part et inversement, ne bénéficiait pas aux personnes travaillant en Flandre mais résidant dans un autre Etat membre (121). Ceci mettait à mal, selon la Commission, les règles de coordination prévues par le Règlement 1408/71.

2. — *Les adaptations successives
du champ d'application personnel
du décret sur l'assurance soins*

Le Gouvernement flamand mit sur pied une commission d'experts à l'effet de répondre à ces objections. Cette commission proposa l'ajout d'une disposition au décret — un article 1^{er} *bis* — précisant que le régime de l'assurance soins flamande s'appliquait sans préjudice

(118) Voy. par ex. CJCE, aff. C-249/83, *Hoeckx*, 27 mars 1985, *Rec.*, p. 973, points 12 à 14.

(119) Art. 13, 2^o *a* du Règlement 1408/71.

(120) Art. 19, al. 1^{er} du Règlement 1408/71. En effet, il était peu probable que l'assurance soins flamande puisse bénéficier de l'exception au caractère exportable reconnue en faveur des prestations spéciales en espèces à caractère non-contributif, visées aux articles 4, §2*bis* et 10*bis* du Règlement 1408/71 et interprétée strictement par la Cour dans l'arrêt *Jauch*, précité. Le régime d'assurance soins flamand repose en effet sur un système de cotisations individuelles.

(121) La Commission reprochait également au décret flamand d'opérer une discrimination sur la base de la nationalité en matière de sécurité sociale en ne reconnaissant pas le bénéfice du régime de l'assurance soins aux ressortissants turcs, algériens, tunisiens et marocains travaillant en Flandre tout en n'y résidant pas. Une telle discrimination était jugée contraire aux accords d'association conclus par la Communauté et ses Etats membres avec ces Etats.

de la législation européenne et des traités internationaux (122). La section de législation du Conseil d'Etat estima toutefois qu'un tel ajout ne répondait qu'insuffisamment aux objections de la Commission (123). Le Parlement flamand révisa dès lors en profondeur le champ d'application personnel du décret (124), une révision qui opéra avec effet rétroactif au 1^{er} octobre 2001, date d'entrée en vigueur de la version originaire du décret sur l'assurance soins. Désormais, le décret prévoit expressément que toute personne habitant en Flandre ou en Région de Bruxelles-Capitale et à laquelle s'applique le régime de sécurité sociale d'un autre Etat membre en vertu des règles de coordination du règlement 1408/71, est exclue du champ d'application du régime d'assurance soins (art. 2 *bis*). Inversement, toute personne qui n'habite pas en Belgique mais qui est soumise à la sécurité sociale belge en vertu de ces mêmes règles de coordination tombe sous le champ d'application du décret, pour peu qu'elle travaille en Flandre ou à Bruxelles (art. 2 *ter*). Sur le plan de l'invocabilité du droit aux prestations, la condition de résidence contenue à l'article 5, 3^o du décret est supprimée mais compensée par l'obligation faite aux personnes dispensées de régulariser leur situation, en payant l'équivalent de cinq années de cotisations. Le décret limite également la condition d'une résidence *ininterrompue* durant une période de cinq ans sur le territoire de la région unilingue de langue néerlandaise ou de la région bilingue de Bruxelles-Capitale aux seules personnes qui ne sont pas ressortissantes d'Etats membres de l'Union européenne ou de l'Espace Economique Européen (ci-après, l'EEE) (125).

Le décret, tel que modifié le 30 avril 2004, semblait encore présenter deux écueils principaux (126). Tout d'abord, la suppression pure et simple de la condition de résidence effective, sur le plan de l'invocabilité, permettait l'octroi de prestations au titre de l'assurance soins à des personnes résidant en-dehors de l'EEE. Ensuite, sur le plan du droit communautaire, des contacts informels avec la Direction Géné-

(122) Gedachtewisseling over het eindverslag van de expertencommissie ter voorbereiding van de afstemming van de regelgeving Vlaamse zorgverzekering op de Europese regelgeving met Mevrouw Liesbeth Van Rompaey, voorzitter van de expertencommissie, *Parl. St. Vl. P.*, 2003-2004, 2001/1, 5 januari 2004, p. 5.

(123) C.E., avis n° 36.539/3, *Parl. St. Vl. P.*, 2003-2004, 16 maart 2004, 1970/2.

(124) Decreet van 30 april 2004, *Mon. b.*, 9 juni 2004.

(125) Faisant suite aux remarques de la Commission à ce sujet, le décret supprima également cette condition à l'égard des personnes ressortissantes d'un Etat tiers avec lequel la Communauté européenne a conclu un accord d'association incluant une clause portant interdiction de discrimination sur la base de la nationalité.

(126) Voy. Memorie van toelichting, *Parl. St. Vl. P.*, 2004-2005, 376/1, 8 juni 2005, pp. 3 à 7.

rale des Affaires Sociales de la Commission mirent en lumière que l'imposition d'une régularisation aux personnes ressortissantes de l'Union européenne ou de l'EEE, sous forme de paiement, heurtait le principe de totalisation contenu dans le Règlement 1408/71 (127). Le décret sur l'assurance soins fut dès lors une nouvelle fois modifié (128), de telle sorte que, d'une part, le bénéficiaire de la prise en charge suppose, au moment de celle-ci, que l'usager réside légalement dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans un Etat partie à l'EEE (129), et que, d'autre part, l'affiliation à l'assurance sociale de façon ininterrompue dans les Etats membres de l'Union européenne ou dans les Etats parties à l'EEE puisse être prise en compte dans le calcul de la période d'assurance minimale requise (130). La Commission parut satisfaite de ces amendements et décida, le 4 avril 2006, de ne pas poursuivre la procédure en manquement.

3. — *Une nouvelle procédure en annulation devant la Cour constitutionnelle belge*

Ces diverses modifications avaient pour résultat d'exclure du régime d'assurance soins l'ensemble des personnes, quelle que soit leur nationalité, travaillant en région de langue néerlandaise ou bilingue de Bruxelles-Capitale mais résidant en Wallonie. Mécontentes de ce nouveau champ d'application personnel, la Communauté française de Belgique et la Région wallonne portèrent la nouvelle mouture du décret devant la Cour constitutionnelle belge (131). Dans son recours en annulation, le Gouvernement de la Communauté française prend divers moyens, tirés pour l'essentiel, d'une part, de la violation des principes d'égalité et de non discrimination visés aux articles 10 et 11 de la Constitution belge, coordonnée en 1994, de la liberté de circulation des citoyens européens, de la libre circulation des travailleurs et de la liberté d'établissement, de même que de diverses dispositions du Règlement 1408/71 et, d'autre part, d'un empiètement sur les compétences fédérales en matière de sécurité sociale ainsi que d'une violation du principe de l'union économique et de l'unité monétaire au sein de

(127) Art. 18 du Règlement 1408/71. Voy. égal. l'art. 6 du nouveau Règlement 883/2004, non encore entré en vigueur. Voy. à ce sujet CJCE, aff. C-135/99, *Elsen*, 23 novembre 2000, *Rec.*, p. I-10409, spéc. points 33 à 36.

(128) Decreet van 22 november 2005, *Mon. b.*, 12 januari 2006.

(129) *Idem*, art. 5, 3° nouv.

(130) *Idem*, art. 5, 5° nouv.

(131) Voy. Cour const., aff. jtes. n^{os} 3194 (recours introduit par le Gouvernement de la Communauté française) et 3195 (recours introduit par le Gouvernement wallon).

l'Etat fédéral belge. Ce dernier principe, initialement dégagé par la Cour constitutionnelle (132) et inscrit depuis 1988 dans la loi spéciale (133), n'est qu'une manifestation de la libre circulation des personnes, des marchandises et des capitaux au sein de l'Etat belge et renvoie, selon la formule usuelle de la Cour constitutionnelle belge, au «*cadre institutionnel d'une économie bâtie sur des composantes et caractérisée par un marché intégré (l'union économique) et l'unité de la monnaie (l'union monétaire)*» (134). Le Gouvernement wallon oriente ses critiques sous un angle identique, mais y ajoute que le décret sur l'assurance soins, en englobant dans son aire de compétence territoriale la Belgique envisagée dans son ensemble, méconnaîtrait les articles 128, §2 et 130, §2 de la Constitution, dispositions limitant les compétences de la Communauté flamande à la Flandre et à Bruxelles.

Dans son arrêt interlocutoire du 19 avril 2006, la Cour constitutionnelle rejeta les critiques formulées à l'endroit du décret en matière de répartition des compétences, reprenant en particulier l'argumentation développée dans l'arrêt 33/2001, relatif à l'articulation de l'assurance soins flamande au concept de «sécurité sociale» (135). De façon plus significative pour la présente étude, la Cour constitutionnelle rejeta en quelques lignes le moyen tiré de l'union économique et de l'unité monétaire. La Cour conclut que le «*montant et les effets limités des mesures critiquées*» étaient trop faibles que pour qu'il soit porté atteinte à la compétence du législateur fédéral en cette matière (136). Subtilement, la Cour rejette de la sorte le moyen pris de la libre circulation des personnes au sein de la Belgique, non pas tant en niant l'existence d'une entrave mais plutôt en appliquant l'adage *de minimis non curat praetor* (137). Une telle appréciation se distingue nettement

(132) Voy. not. Cour const., arrêt n° 47/88, 25 février 1988, relatif à une taxe wallonne sur les eaux exportées vers les autres régions (6.B.4).

(133) «En matière économique, les Régions exercent leurs compétences dans le respect des principes de la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux et de la liberté de commerce et d'industrie, ainsi que dans le respect du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire, tel qu'il est établi par ou en vertu de la loi, et par ou en vertu des traités internationaux» (art. 6, §1^{er}, VI, al. 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles).

(134) Voy. not. Cour const., arrêt n° 32/91, 14 novembre 1991 (5.B.1.7). Voy., pour une illustration dans le domaine de la libre circulation des personnes, Cour const., arrêt n° 53/99, 26 mai 1999, relatif à la suppression, en Flandre, des indemnités de transfert des footballeurs amateurs (B.6.4).

(135) Cour const., arrêt n° 51/2006, 19 avril 2006 (B.7 à B.10.6).

(136) *Idem*, B.10.3.

(137) Ce raisonnement se distingue légèrement de celui de la section de législation du Conseil d'Etat, tout en aboutissant à un résultat identique. Le Conseil d'Etat avait en effet conclu à l'absence de violation du principe de l'union économique et de l'unité monétaire en prenant appui sur la possibilité — certes limitée —

de celle opérée en droit communautaire — singulièrement par la Cour de justice —, où toute entrave à la libre circulation, même d'importance mineure, est en principe sanctionnée (138). Au vu de cette différence d'approche, il paraît dès lors aventureux de tenter de déduire d'un arrêt de la Cour de justice dénonçant une violation de la libre circulation par une législation limitée à une partie du territoire belge une rupture parallèle et systématique avec l'union économique et l'unité monétaire dans le domaine des situations purement internes (139).

Comme à l'accoutumée, la Cour constitutionnelle distingue son analyse du moyen tiré de l'union économique et de l'unité monétaire — tenu pour un principe de répartition compétences — de celui pris de l'égalité et de la non discrimination. Cette démarche doit se comprendre au regard de la réalité institutionnelle d'un Etat fédéral fondé sur le principe d'une répartition exclusive des compétences entre collectivités fédérale et fédérées. L'autonomie dont jouissent ces dernières leur permet de mener des politiques différentes, dans la sphère de leurs compétences, et ce même si ces politiques ont un effet potentiellement restrictif sur la libre circulation. Or, une telle autonomie d'action serait privée de portée réelle «*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 prin-*

laissée par le Règlement 1408/71 d'appliquer un autre critère que celui du lieu de travail en vue de déterminer la législation applicable (C.E., avis n° 36.539/3, *op. cit.*, note 123, point 9). La voie empruntée par le Conseil d'Etat s'écarte de l'examen habituel des libertés de circulation par la Cour de justice, où l'appréciation d'une entrave ne se limite pas au seul examen du critère de rattachement à la législation en cause mais comporte également une analyse de l'effet restrictif que cette dernière peut avoir sur la libre circulation dans le marché intérieur. L'interprétation donnée en l'espèce par le Conseil d'Etat quant à la justification du critère de résidence devait d'ailleurs être entièrement invalidée par la Cour de justice. Voy. *infra*, II.C.

(138) Voy. CJCE, aff. C-49/89, *Corsica Ferries France*, 13 décembre 1989, *Rec.*, p. 4441, point 8; CJCE, aff. C-34/98, *Commission c. France*, 15 février 2000, *Rec.*, p. I-1049, point 46. Voy. *a contrario*, pour un cas où la Cour de justice a jugé que les effets restrictifs de la réglementation en cause étaient trop aléatoires ou indirects, CJCE, aff. C-190/98, *Graf*, 27 janvier 2000, *Rec.*, p. I-493, point 24.

(139) C'est pourtant une telle conséquence qu'un auteur entend tirer de l'arrêt *Geurts*, par lequel la Cour de justice a déclaré contraire à la liberté d'établissement une législation flamande subordonnant le bénéfice de l'exonération des droits de succession sur les transmissions d'entreprises et sociétés familiales à une condition d'emploi sur le territoire flamand (CJCE, aff. C-464/05, *Geurts et Vogten*, 25 octobre 2007, *Rec.*, p. I-9325). Voy. G. PARISIS, «Arrêt *Geurts*. Les transmissions d'entreprises en exonération de droits sous le feu de la législation européenne», *J.D.E.*, 2008/3, p. 78.

cipes d'égalité et de non discrimination)» (140). Cela étant, les collectivités fédérées belges sont tenues de respecter les principes d'égalité et de non discrimination à l'occasion de l'exercice de leurs compétences. Constatant que les moyens pris de l'égalité et de la non-discrimination posaient en l'occurrence des problèmes d'interprétation du droit communautaire, la Cour constitutionnelle saisit la Cour de justice de quatre questions préjudicielles. Ces dernières s'articulent autour de trois problèmes. Premièrement, le Règlement 1408/71 s'applique-t-il en l'espèce? Ensuite, la libre circulation des personnes s'oppose-t-elle à des critères de rattachement articulés autour de la résidence, tels que ceux retenus par le régime d'assurance soins, et qui ont pour effet d'exclure du champ d'application de cette législation les personnes travaillant en Flandre ou à Bruxelles mais résidant en Wallonie? Enfin, dans la mesure où une annulation du décret du 30 avril 2004 rétablirait le décret sur l'assurance soins dans sa version antérieure, les critères de résidence «absolus» retenus jusqu'alors seraient-ils compatibles ou non avec les principes de libre circulation (141)?

C. — LE CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL
DE L'ASSURANCE SOINS FLAMANDE
À L'ÉPREUVE DE LA COUR DE JUSTICE

Dans son arrêt rendu sur renvoi préjudiciel, la Cour de justice, à l'instar de son avocat général, n'a aucun mal à ranger le régime flamand d'assurance soins dans le champ d'application du Règlement 1408/71. Se référant aux arrêts dans lesquels elle s'était penchée sur l'assurance dépendance allemande et sur l'assurance soins autrichienne, elle conclut que les prestations prévues par le décret flamand ont pour objet principal de compléter celles allouées au titre de l'assurance maladie et sont donc des «prestations de maladie» au sens de l'article 4, §1^{er} a dudit règlement (142). Mme. l'avocat général Eleanor Sharpston et la Cour de justice interprètent par contre très différemment la portée des principes de libre circulation au regard de l'assu-

(140) Voy. not. Cour const., arrêt n° 25/91, 10 octobre 1991 (B.4); arrêt n° 37/92, 7 mai 1992 (B.3); arrêt n° 55/92, 9 juillet 1992 (5.B.14); arrêt n° 44/93, 10 juin 1993 (B.3); arrêt n° 35/95, 25 avril 1995 (B.12.2); arrêt n° 120/98, 3 décembre 1998 (B.4). Voy., plus récemment, Cour const., arrêt n° 119/2004, 30 juin 2004 (B.4.2) et arrêt n° 190/2005, 14 décembre 2005 (B.4.7).

(141) Pour rappel, avant la modification intervenue par le décret du 30 avril 2004, les avantages de l'assurance soins ne pouvaient être octroyés qu'aux personnes affiliées à une caisse d'assurance soins domiciliées de façon ininterrompue depuis au moins cinq ans en région de langue néerlandaise ou dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale.

(142) CJCE, aff. C-212/06, *op. cit.*, note 2, points 20 à 22.

rance soins flamande. Alors que l'avocat général plaide en faveur d'une évolution de la jurisprudence relative aux situations internes (1), la Cour rappelle au contraire avec fermeté qu'elle n'a pas compétence pour sanctionner les discriminations à rebours, une telle responsabilité reposant sur les ordres juridiques des Etats membres (2).

1. — *L'intégration par l'effectivité du marché intérieur et la citoyenneté européenne*

Malgré le fait qu'elle scinde son analyse en deux parties — l'une consacrée à la situation des ressortissants des autres Etats membres que la Belgique et des ressortissants belges ayant fait usage du droit à la libre circulation, l'autre relative aux ressortissants belges n'appartenant pas à cette dernière catégorie —, l'avocat général Sharpston invite la Cour à reconnaître à toutes ces personnes une égale protection de leur liberté de circulation communautaire, partout sur le territoire de la Communauté.

L'avocat général estime tout d'abord que le critère de résidence retenu par le législateur flamand dresse une entrave à la libre circulation des *personnes tombant «naturellement» dans le champ d'application du droit communautaire*. Certains travailleurs pourraient en effet, tout en travaillant en Flandre ou à Bruxelles, préférer fixer leur résidence en Wallonie, par exemple parce que les membres de leur famille sont francophones et que les logements y sont moins coûteux. Par ailleurs, en accord avec les observations de la Commission sur ce point, l'avocat général est d'avis que le critère de résidence retenu par la législation flamande sur l'assurance soins met en péril le système de coordination des régimes de sécurité sociale prévu par le règlement 1408/71. Ce dernier part en effet du principe que l'«Etat membre» qu'il vise à identifier, compétent en matière de sécurité sociale, l'est à l'égard de l'ensemble des personnes qui travaillent sur son territoire et pour toutes les prestations visées par le règlement. Or, en l'espèce, la Communauté flamande n'exerce ses compétences que sur une partie du territoire de la Belgique, en manière telle que seules les personnes placées sous son autorité peuvent ou doivent souscrire une assurance soins. Dans ces circonstances, la *lex loci laboris* semble s'imposer. Détachée de toute considération de résidence, elle permettrait aux travailleurs migrants employés en région de langue néerlandaise ou à Bruxelles de bénéficier de prestations d'assurance soins, quand bien même résideraient-ils «sur le territoire d'un Etat membre autre que l'Etat compétent» au sens de l'article 19, §1^{er} du Règlement. Cette aire de référence renverrait non pas seulement au territoire des autres Etats membres, sujets du droit des gens, mais aussi, au regard de la spéci-

ficité institutionnelle de la Belgique, à l'espace où s'exerce l'autorité d'une collectivité fédérée distincte de la collectivité de référence pour l'octroi de l'avantage social en cause (143).

Cette dernière partie du raisonnement, très intéressante sur le plan conceptuel, implique un degré élevé de réception du fédéralisme belge. Elle repose en effet — pour les seuls besoins et dans les seules limites du droit communautaire — sur un découplage entre le concept d'*Etat membre* au sens du droit des gens et celui, plus fonctionnel, d'*autorité ou de collectivité autonome*, titulaire d'une compétence législative dans une aire géographique donnée. Dans la même foulée, l'avocat général estime que, même s'il était démontré que l'organisation interne des compétences en Belgique proscrit le recours par la Flandre à la *lex loci laboris*, cette seule circonstance ne pourrait en tout état de cause justifier l'entrave à la libre circulation qu'emporte le critère de résidence retenu au titre de l'assurance soins (144). Il est en effet de jurisprudence constante qu'une autorité d'un Etat membre ne saurait exciper de dispositions, pratiques ou situations de son ordre juridique interne, y compris celles découlant de son organisation constitutionnelle, pour justifier une inobservance des obligations découlant du droit communautaire (145).

Pour ce qui est des *ressortissants belges n'ayant pas fait usage de leur liberté de circulation communautaire*, l'avocat général rappelle tout d'abord que ces personnes se trouvent, selon la jurisprudence constante de la Cour, dans une situation purement interne. Partant, elles ne peuvent en principe invoquer à leur profit les libertés de circulation. Toutefois, ajoute Eleanor Sharpston :

«(I)l y a quelque chose de profondément paradoxal dans l'idée que, en dépit des efforts faits ces cinquante dernières années pour abolir les barrières à la liberté de circulation entre Etats membres, des autorités décentralisées d'Etats membres puissent néanmoins réintroduire des barrières par la petite porte en les instaurant à l'intérieur des Etats membres» (146).

Autrement dit, la progression du fait régional dans de nombreux Etats membres de la Communauté — relevée par l'avocat général elle-même dans la première partie de son raisonnement (147) — pourrait

(143) En l'espèce, il s'agit du territoire constitué par les régions unilingues de langue française et de langue allemande. Voy. les points 93 à 97 des conclusions.

(144) Point 103 des conclusions.

(145) CJCE, aff. C-87/02, *Commission c. Italie*, 10 juin 2004, *Rec.*, p. I-5975, point 38; CJCE, aff. C-102/06, *Commission c. Autriche*, 26 octobre 2006, *Rec.*, p. I-111 point 9.

(146) Point 116 des conclusions.

(147) Point 118 des conclusions.

tôt ou tard mettre à mal l'effectivité du marché intérieur si la Cour de justice maintenait une acception trop stricte du lien de rattachement au droit communautaire. Un parallélisme paraît pouvoir être tracé entre cette crainte et celle exprimée à plusieurs reprises par la Cour de justice que l'abolition entre les Etats membres des obstacles à la libre circulation des personnes pourrait être compromise si la suppression des barrières d'origine étatique venait à être neutralisée par des obstacles résultant de l'exercice de leur autonomie juridique par des associations ou organismes de droit privé (148). L'on sait que la Cour, dans ce cas, a jugé indispensable d'étendre à ces dernières entités l'obligation de ne pas entraver la libre circulation.

Notons que l'avocat général ne semble pas limiter son analyse aux seules barrières créées par des collectivités qui, à l'instar des entités fédérées en Belgique, jouissent de compétences législatives autonomes et qui, à ce titre, devraient pouvoir être assimilées, pour les besoins des libertés de circulation communautaires, à des «Etats membres». Elle paraît en effet l'étendre aux *autorités décentralisées* qui, quoique sujettes à la tutelle d'une autorité supérieure, disposent du pouvoir réglementaire à l'origine de l'entrave et sont dès lors en principe compétentes pour y mettre fin (149).

L'avocat général défend également une réévaluation de la jurisprudence traditionnelle relative aux situations purement internes dans le domaine de la libre circulation des personnes au regard de la justification conceptuelle — et non pas pratique (150) — qui a été donnée

(148) Voy. CJCE, aff. C-36/74, *Walrave et Koch*, 12 déc. 1974, *Rec.*, p. 1405, point 18; CJCE, aff. C-415/93, *Bosman*, 15 déc. 1995, *Rec.*, p. I-4921, point 83; CJCE, aff. C-281/98, *Angonese*, *op. cit.*, note 65, point 32.

(149) Point 117 des conclusions. L'avocat général ne donne pas de précisions sur la distinction qu'elle opère entre *autorités décentralisées* et *législateurs autonomes*. En droit constitutionnel, l'élément déterminant qui permet de distinguer les deux concepts est la *tutelle*. Une autorité décentralisée jouit certes d'une autonomie qui lui permet de développer ses politiques propres, mais l'exercice de cette autonomie est subordonné à un contrôle en légalité et/ou en opportunité, opéré — systématiquement ou non — par une collectivité politique supérieure. A l'inverse, l'éclatement du pouvoir législatif au sein d'un Etat fédéral suppose en principe l'octroi du «dernier mot» aux entités fédérale et fédérées, dans leurs sphères respectives de compétences. L'exercice de ce pouvoir législatif n'est soumis à aucun contrôle de type politique mais seulement, le cas échéant, à une vérification juridictionnelle de constitutionnalité.

(150) L'avocat général estime que la justification pratique de cette solution, évoquée par la Cour dans l'arrêt fondateur *Lancry*, précité, et tenant à l'impossibilité ou à la difficulté, d'un point de vue administratif, de distinguer les produits d'origine nationale des produits originaires d'autres Etats membres, ne peut être transposée à la libre circulation des personnes (point 125 des conclusions). Nous avons toutefois relevé plus haut les incertitudes qui entourent l'identification du lien de

par la Cour à la suppression des barrières douanières, même à l'intérieur des Etats membres. A l'instar de ce que la Cour a jugé en matière douanière dans l'arrêt *Carbonati Apuani*, mieux connu sous le nom d'arrêt «marbre de Carrare» (151), il ne serait pas impossible de considérer que les auteurs du traité ont envisagé la libre circulation des personnes au sein de la Communauté en considérant que les entraves intérieures, au sein même des Etats membres, seraient à jamais abolies (152).

L'avocat général poursuit son exposé par des développements substantiels consacrés à la citoyenneté européenne, de nature selon elle à permettre une réinterprétation du concept de «situation purement interne» dans le domaine de la libre circulation des personnes. Elle critique tout d'abord la lecture de l'article 47 du traité UE proposée par la Cour de justice dans l'affaire *Uecker et Jacquet*, évoquée plus haut, estimant — à juste titre selon nous — que cette disposition avait pour seul objectif de protéger l'acquis communautaire suite à la création des deuxième et troisième piliers, et non pas d'empêcher toute évolution des droits et libertés communautaires à la faveur de la citoyenneté européenne (153). Elle relève également que la formulation de l'article 18 du traité CE évoque non seulement le droit de *circuler* mais aussi celui de *résider* partout dans la Communauté (154). La reconnaissance d'un droit autonome à la résidence pourrait fonder l'interdiction d'une discrimination à rebours dans une hypothèse telle que celle en cause dans cette affaire, puisqu'un ressortissant belge dont la situation est entièrement circonscrite à la Belgique serait découragé, lorsqu'il travaille en Flandre ou à Bruxelles, à résider en territoire wallon.

Enfin, la différence de traitement qui pourrait naître, suite à un arrêt de la Cour, de l'absence d'extension du bénéfice de l'assurance soins à une catégorie spécifique de ressortissants belges résulte de l'application combinée du droit interne et du droit communautaire. Cette discrimination surviendrait précisément en raison de l'effet de la libre circulation et présenterait par conséquent un caractère «communautaire» (155). Il s'en déduirait que le groupe formé par les

rattachement personnel au droit communautaire, au regard de la jurisprudence récente de la Cour de justice. Nous ne sommes dès lors pas aussi certains que l'avocat général Sharpston qu'il serait beaucoup plus aisé d'opérer les distinctions nécessaires, s'agissant des personnes.

(151) Voy. *supra*, note 12.

(152) Point 130 des conclusions.

(153) Point 138 des conclusions. Voy. *supra*, I.B. Voy. pour une critique similaire, N. BERNARD, *op. cit.*, note 4, p. 11.

(154) Points 143 et 144 des conclusions.

(155) Point 151 des conclusions.

ressortissants belges travaillant en Flandre ou à Bruxelles mais résidant en Wallonie et n'ayant pas exercé de droits économiques classiques de libre circulation «*relève néanmoins en principe du champ d'application du droit communautaire et/ou est suffisamment affecté par son application (de telle sorte) qu'il doit lui aussi pouvoir invoquer le droit communautaire*» (156).

Consciente de l'audace de son raisonnement, l'avocat général Sharpston appelait néanmoins de ses vœux une réflexion plus approfondie sur le sujet (157), seul le Royaume des Pays-Bas ayant déposé des observations dans l'affaire sur l'assurance soins (158).

2. — *L'intégration par la complémentarité des ordres juridiques communautaire et des Etats membres*

A l'effet d'évaluer le critère de résidence retenu par le décret flamand sur l'assurance soins, la Cour opère une distinction, à l'instar de son *amicus curiae*, entre les ressortissants belges qui n'ont pas fait usage de leur liberté de circuler et les autres ressortissants communautaires.

La Cour décide que les libertés de circulation visées aux articles 39 et 43 du Traité CE s'opposent à une condition de résidence telle que celle retenue par le régime flamand d'assurance soins. Ces libertés impliquent en effet non pas seulement la possibilité de se déplacer vers un autre Etat membre, mais aussi celle de choisir librement la partie du territoire de ce dernier où résider (159). Aucun motif tiré de l'organisation constitutionnelle interne complexe de la Belgique ne saurait justifier pareille entrave (160).

Répondant explicitement au moyen tiré de la citoyenneté européenne, la Cour est par contre d'avis que les principes de libre circulation ne sauraient bénéficier aux Belges qui, même s'ils travaillent en

(156) Point 154 des conclusions.

(157) Points 156 et 157 des conclusions.

(158) La circonstance que le gouvernement fédéral belge n'ait pas déposé d'observations dans le cadre de la procédure préjudicielle devant la Cour de justice et qu'il ne soit pas intervenu dans la procédure devant la Cour constitutionnelle est révélatrice des fortes dissensions politiques qui caractérisent ce dossier.

(159) CJCE, aff. C-212/06, *op. cit.*, note 2, points 47 et 48.

(160) *Idem*, point 58. Notons que la Cour retient uniquement la qualification d'entrave, sans examiner la question de savoir si elle revêt un caractère discriminatoire sur la base de la nationalité. L'avocat général était d'avis que le décret flamand contenait une discrimination indirecte sur la base de la nationalité (point 83 des conclusions).

Flandre ou à Bruxelles et résident en Wallonie, se trouvent dans une situation purement interne à la Belgique (161). La Cour se garde néanmoins de répondre à la plupart des arguments qui étaient soulevés par l'avocat général Sharpston en faveur d'une reconsidération de cette approche traditionnelle, en particulier au regard de la qualité de collectivité autonome de la Communauté flamande. La Cour se contente de rappeler la formule *Guimont* en matière d'entraves non discriminatoires dans le secteur de la libre circulation des marchandises :

«(L)'interprétation de dispositions du droit communautaire pourrait éventuellement être utile à la juridiction nationale, y compris au regard de situations qualifiées de purement internes, en particulier dans l'hypothèse où le droit de l'Etat membre concerné imposerait de faire bénéficier tout ressortissant national des mêmes droits que ceux qu'un ressortissant d'un autre Etat membre tirerait du droit communautaire dans une situation considérée par ladite juridiction comme étant comparable» (162).

Ce renvoi au droit interne rappelle la logique de complémentarité que défend la Cour dans le domaine des discriminations à rebours, et qu'elle n'a pas souhaité mettre en cause en l'espèce au regard de la structure fédérale de l'Etat belge. Proche de la philosophie de l'arrêt *Dzodzi* (163), ce paragraphe évoque indirectement l'exigence d'une interprétation uniforme du droit communautaire, en ce compris là où il n'est *a priori* pas appelé à s'appliquer : dès lors que le droit interne étend à tout ressortissant national le bénéfice du droit communautaire, ce dernier doit être interprété de la même manière sur l'ensemble du territoire de la Communauté.

Un tel renvoi n'en est pas moins curieux. En effet, dans des affaires du type *Guimont*, le recours à une telle formule — dont le contenu n'a en soi rien de révolutionnaire — était nécessaire pour justifier la compétence préjudicielle de la Cour de justice face à des litiges qui ne présentaient à première vue aucun élément d'extranéité (164). Seul, le renvoi à une éventuelle prohibition des discriminations à rebours en droit interne avait permis à la Cour de justice d'examiner une éventuelle entrave à la libre circulation. Par contre, l'usage d'une telle formule semble nettement moins utile dans l'arrêt sur l'assurance soins. La Cour de justice, saisie par la Cour constitutionnelle belge dans le cadre d'un contentieux objectif portant sur le champ d'application personnel

(161) CJCE, aff. C-212/06, *op. cit.*, note 2, point 39.

(162) *Idem*, point 40.

(163) Voy. *supra*, note 58.

(164) Voy. à ce sujet J. DE BEYS, «Le droit européen est-il applicable aux situations purement internes? A propos des discriminations à rebours dans le marché unique», *J.T.D.E.*, 2001, pp. 137 à 144.

du décret sur l'assurance soins, dans son ensemble, devait en effet — en tout état de cause — répondre aux questions préjudicielles qui lui était posées et qui concernaient, pour une large part, des personnes tombant incontestablement sous le champ des libertés de circulation. Le caractère techniquement superflu de la répétition de la formule *Guimont* est d'autant plus flagrant que, dans son arrêt *Steen II*, la Cour avait déjà jugé qu'aucun obstacle ne s'opposait, en droit communautaire, à ce qu'une «*jurisdiction nationale, confrontée à une question de droit interne, (apprécie) s'il y a une discrimination dans le cadre de ce dernier et si et comment celle-ci doit être éliminée*» (165). Cette liberté implique clairement la possibilité — voire parfois l'obligation — pour une juridiction nationale de se référer à la solution qu'offrirait le droit communautaire s'il trouvait application, une question que se posait précisément le juge allemand à l'origine du renvoi préjudiciel dans cette affaire. Peut-être cette répétition s'explique-t-elle par le souci d'adoucir dans la forme la solution finalement retenue et qui, nous l'avons vu, fait l'objet de critiques de plus en plus pressantes. L'accent mis par la Cour sur la nécessité d'interpréter le droit national conformément au droit communautaire de la libre circulation lorsque le premier impose de faire bénéficier les ressortissants «*sédentaires*» des droits que porte le second traduit aussi, probablement, le malaise de la Cour face aux différences de traitement qui résultent du maintien de sa jurisprudence traditionnelle sur les situations purement internes. Il en va en particulier ainsi dans le cas où cette jurisprudence ne garantit pas le bénéfice du droit communautaire à des personnes dont la situation est marquée par un élément transfrontalier mais non international au sens du droit des gens, par exemple lorsqu'elles traversent la «*frontière*» qui sépare la Flandre et Bruxelles de la Wallonie.

En résumé, le décret flamand sur l'assurance soins n'est donc pas conforme à la libre circulation des personnes et devra dès lors, à tout le moins, voir son champ d'application personnel adapté eu égard au droit communautaire (166). L'arrêt de la Cour de justice laisse par contre à la seule Cour constitutionnelle belge, dont l'arrêt est encore attendu au moment d'achever ces lignes, le soin d'examiner l'existence d'une éventuelle violation des principes d'égalité et de non-discrimination en droit belge envers les Belges se trouvant dans une situation purement interne (167).

(165) CJCE, aff. C-132/93, *op. cit.*, note 14, point 10.

(166) Voy. *contra* Gedachtewisseling over de impact van Europa op het Vlaamse beleid inzake Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, Verslag uitgebracht door Anne Marie Hoebeke, *Parl. St. Vl. P.*, 2007-2008, 8 juli 2008, 1794/1, p. 6.

(167) Voy. *infra*, III.A.

III. — Collectivités autonomes et lien de rattachement aux libertés de circulation communautaires

A. — UNE RÉCEPTION SÉLECTIVE DE LA RÉALITÉ FÉDÉRALE BELGE PAR LA COUR DE JUSTICE

Le refus de la Cour de justice de mettre en cause son point de vue traditionnel sur les discriminations à rebours a été accueilli favorablement par divers auteurs (168). Nous sommes au contraire d'avis que l'analyse proposée par la Cour présente un certain paradoxe dans l'approche de la dialectique entre territorialité (ou résidence) et champ d'application personnel de la libre circulation des personnes.

En effet, dans la première étape de son raisonnement (celle relative aux «situations purement internes»), la Cour ignore largement le découpage territorial de la Belgique et la circonstance que la Communauté flamande exerce l'essentiel de ses compétences sur une partie seulement du territoire de cet Etat membre. Réintroduisant dans son analyse le paramètre de la nationalité, pourtant largement absent de la réglementation sur l'assurance soins, elle exclut ainsi de la protection accordée par le droit communautaire, en seulement deux paragraphes, les «*ressortissants belges exerçant une activité professionnelle sur le territoire de la région (unilingue) de langue néerlandaise* (ndlr., en Flandre) *ou sur celui de la région bilingue de Bruxelles-Capitale* (ndlr., en Région bruxelloise), *mais qui résident dans les régions (unilingues) de langue française* (soit le territoire de la Région wallonne,

(168) Voy. not. Y. JORENS, *op. cit.*, note 2, p. 211; D. MARTIN, *op. cit.*, note 2, pp. 370 et 371; I. VAN DER STEEN, *op. cit.*, note 2, p. 304. Ce dernier auteur justifie plus particulièrement le point de vue de la Cour de justice par le principe d'attribution des compétences, visé à l'article 5 du traité CE. Ce principe ferait interdiction à la Cour de justice de se prononcer sur des situations qui ne présentent pas d'élément transfrontalier (au sens classique du terme, voy. *infra*) et ne peuvent donc être qualifiées de «communautaires». Ce raisonnement est toutefois empreint d'une certaine circularité. La question cruciale qui était posée à la Cour de justice dans l'affaire sur l'assurance soins flamande n'était pas de savoir si la Cour était liée par le principe d'attribution des compétences, ce qui est bien entendu le cas. La Cour devait plutôt déterminer — épreuve nettement plus complexe — si et dans quelle mesure la situation des Belges résidant en Wallonie et travaillant en Flandre ou à Bruxelles, tout en n'ayant pas encore fait usage de leur liberté de circulation, ne présentait pas un lien suffisant avec le droit communautaire que pour permettre à ces derniers de bénéficier de la libre circulation accordée à toute autre ressortissant communautaire se trouvant dans une situation de résidence et d'emploi identique. Dès lors que la dimension communautaire d'une telle situation serait admise, l'intervention de la Cour de justice à titre préjudiciel s'inscrirait en parfaite conformité avec le principe de l'attribution des compétences.

duquel doivent être soustraites les neuf communes de la Communauté germanophone) *ou allemande* (ndlr., le territoire des neuf communes de la Communauté germanophone) *et n'ont jamais exercé leur liberté de circuler à l'intérieur de la Communauté européenne*» (169). Empêchant exclusivement les restrictions aux mouvements entre la Belgique et le reste de la Communauté européenne, la libre circulation ne saurait bénéficier à ceux qui n'entendent se déplacer qu'à l'intérieur de la Belgique. Peu importe qu'une collectivité fédérée assume la responsabilité finale d'une politique telle que celle de l'assurance soins sur des portions délimitées du territoire de la Belgique, à l'exclusion d'autres collectivités.

A l'inverse, la Cour, dans la seconde étape de son raisonnement, assume pleinement les conséquences en droit communautaire du fédéralisme belge et de la répartition géographique des compétences qu'il emporte. La circonstance que la Communauté flamande exerce ses compétences sur une portion seulement du territoire de la Belgique (170) fournit à la Cour un argument pour conclure que la libre circulation des personnes doit permettre à toute personne entrant dans le champ d'application d'une telle liberté non pas uniquement de s'installer ou de se réinstaller sans entrave dans le pays d'accueil, mais aussi de choisir librement la partie du territoire national où le faire. La Cour pose ainsi le principe du «libre choix du transfert du lieu de résidence» *au sein* de l'ensemble du territoire national de destination (171). Elle ne s'occupe nullement de la question de la compétence de la Communauté flamande pour étendre les effets de sa législation en matière d'aide aux personnes à des individus résidant en-dehors de son aire d'action puisque, d'une part, le droit communautaire jouit d'une primauté sur le droit interne des Etats membres, en ce compris de rang constitutionnel et que, d'autre part, il est constant qu'un Etat membre — ou, en l'occurrence, une collectivité fédérée dotée de compétences autonomes — ne saurait exciper de son organisation consti-

(169) CJCE, aff. C-212/06, *op. cit.*, note 2, point 37.

(170) En Belgique, les *communautés* ne sont pas des collectivités «territoriales» au sens premier du mot puisque, en particulier, plusieurs d'entre elles exercent leurs compétences en région bilingue de Bruxelles-Capitale. Elles sont plutôt appelées à exercer leurs attributions dans une *aire de compétence* (F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 321). Le critère linguistique est toujours sous-jacent dans la définition de cette aire (M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 977). Les *régions*, dont les compétences sont essentiellement économiques, sont par contre plus aisément identifiables comme collectivités territoriales au sens strict.

(171) CJCE, aff. C-212/06, *op. cit.*, note 2, points 47 et 48 de l'arrêt.

tutionnelle pour justifier l'inobservance des obligations résultant du droit communautaire (172).

Nonobstant le vocable utilisé par l'arrêt, cette deuxième partie du raisonnement de la Cour ne revient donc pas tant à assurer la liberté de circulation *vers la Belgique* : rien en soi, dans la réglementation flamande, ne décourage un ressortissant d'un autre Etat membre à venir s'établir en Belgique, ou plus précisément en Flandre ou à Bruxelles. L'intervention de la Cour de justice a bien davantage pour effet de garantir la liberté de circulation *vers la Wallonie* (173), pour peu que l'on admette à cet égard un découplage entre le concept de «circulation» et l'exercice d'une activité économique (174).

Sur le plan du droit communautaire, rien n'empêche donc une différence de traitement en matière de libre circulation entre les ressortissants belges travaillant en Flandre ou à Bruxelles mais habitant en Wallonie et qui n'ont pas précédemment exercé leur droit à la libre circulation et, d'autre part, les ressortissants d'autres Etats membres, voire les ressortissants belges ayant précédemment circulé au sein de la Communauté, et se trouvant dans une situation professionnelle et de résidence identiques. Une telle différence de traitement n'étant toutefois pas *imposée* par le droit communautaire, le législateur flamand ne saurait tirer argument de ce dernier pour échapper à un contrôle du respect des principes d'égalité et de non discrimination en droit belge (175). Le moyen tiré du droit constitutionnel (national) serait

(172) *Idem*, points 57 et 58.

(173) Ou plus précisément la somme des territoires formés par la région unilingue de langue française et des neuf communes de la région unilingue de langue allemande.

(174) Rappelons que les personnes que la Cour de justice entend protéger sont celles qui, bénéficiaires «naturelles» des libertés de circulation, travaillent en Flandre ou à Bruxelles mais résident en Wallonie.

(175) Cette question avait rebondi à l'occasion d'un litige porté par la voie préjudicielle devant la Cour constitutionnelle belge, dans lequel une personne qui avait épargné en dollars n'avait pu bénéficier d'une garantie partielle de son dépôt suite à la faillite de l'institution financière dépositaire. La législation belge excluait en effet du bénéfice du Fonds de protection les devises autres que l'euro ou d'autres monnaies d'Etats membres de l'Union européenne, telles le dollar. La directive 94/19/CE prévoyait en principe la mise sur pied de systèmes de garantie couvrant des dépôts de toutes espèces, mais *permettait* l'exclusion de devises étrangères autres que l'euro et celles des Etats membres. Chargée de se prononcer sur la conformité de cette exclusion, en Belgique, aux principes d'égalité et de non discrimination, la Cour constitutionnelle jugea que : «(é)tant donné que l'exclusion prévue par la directive est facultative, la manière dont le législateur use ou non de cette faculté n'est pas nécessairement justifiée au regard des articles 10 et 11 de la Constitution (principes d'égalité et de non discrimination)». Voy. Cour const., arrêt n° 110/2001, 20 septembre 2001 (B.3.6). Nous soulignons.

donc la voie indiquée afin d'éviter les discriminations à rebours dans la Communauté européenne (176). A l'heure d'achever ces lignes, la Cour constitutionnelle belge ne s'était pas encore prononcée sur cette question. La rare jurisprudence de cette juridiction disponible à ce sujet ne rend toutefois pas évidente une solution qui consisterait à imposer, sur le pied des principes d'égalité et de non-discrimination, l'extension des libertés de circulation communautaires aux ressortissants belges qui n'en ont pas fait usage dans le passé (177).

B. — LES COLLECTIVITÉS AUTONOMES,
SOURCES D'UN NOUVEL EQUILIBRE
EN MATIÈRE DE DISCRIMINATIONS À REBOURS?

Comme l'illustrent certains exemples cités dans la présente étude (178), le renvoi aux juridictions nationales génère une forte insé-

(176) Un exemple significatif d'une telle solution est la réponse de la Cour constitutionnelle italienne après l'affaire *3 Glocken* (*op. cit.*, note 52). Dans son arrêt du 30 décembre 1997, la Cour constitutionnelle italienne a jugé qu'une discrimination à rebours entre les producteurs nationaux et les producteurs communautaires ne pouvait être admise parce qu'elle méconnaissait le principe d'égalité de traitement prévu à l'article 3 de la Constitution italienne. Voy. les conclusions présentées le 6 mars 2003 par l'avocat général Léger dans l'affaire C-294/01, *Granarolo*, points 79 à 82.

(177) Ainsi, dans son arrêt n° 47/92 du 18 juin 1992, la Cour constitutionnelle était-elle appelée à se prononcer sur un moyen visant à dénoncer une législation censée défavoriser les titulaires de diplômes belges par rapport aux titulaires de diplômes étrangers. La Cour jugea que la situation d'une personne ayant étudié à l'étranger et celle d'une personne qui a suivi ses études en Belgique ne pouvaient être comparées (B.7). Dans l'arrêt n° 52/94 du 29 juin 1994, la Cour constitutionnelle, confrontée à un problème du même type, ne s'est pas prononcée sur la question dans la mesure où la directive en cause (89/48 établissant un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur) n'avait pas encore été transposée par les Communautés en Belgique et qu'une violation du principe constitutionnel d'égalité ne pouvait dès lors être présumée à ce moment (B.10). Un auteur s'est d'ailleurs clairement exprimé en faveur d'une solution rejetant le moyen tiré des principes d'égalité et de non-discrimination dans l'affaire sur l'assurance soins (S. VANSTEENKISTE, *op. cit.*, note 97, pp. 57 et 58; voy. égal. l'argumentaire développé par le Gouvernement flamand devant la Cour constitutionnelle dans l'affaire relative au nouveau Code flamand du logement, Cour const. (Bel.), arrêt n° 101/2008, 10 juillet 2008, A.17.6.1). Il nous paraît néanmoins qu'un point de vue différent pourrait être défendu. Il semble en effet difficile de justifier, en droit constitutionnel belge, que les Belges résidant en Wallonie et travaillant à Bruxelles ou en Flandre ne pourraient bénéficier de l'assurance soins, au même titre que les ressortissants d'autres Etats membres se trouvant dans une situation de résidence et de travail identiques. Après tout, le seul élément qui distingue ces personnes est la nationalité ou le fait que ces Belges n'ont pas encore fait usage de leur liberté de circuler dans la Communauté.

(178) Voy. en particulier les jurisprudences nationales citées aux notes 57 et 176.

curité juridique autour des discriminations à rebours. Admettre, comme le fait la Cour, que les discriminations à rebours sont du ressort des seuls Etats membres, c'est également prendre le risque de créer de nouvelles différences de traitement entre les citoyens de l'Union, selon que l'Etat membre — voire la collectivité autonome — auquel ils ressortissent entend ou non lutter contre ce type de discrimination, voire même que les juges nationaux disposent des outils procéduraux nécessaires pour ce faire (179). Nous souhaiterions évoquer une alternative à l'approche proposée par la Cour de justice, en prenant pour point de départ la spécificité de l'organisation constitutionnelle de certains Etats membres — dont la Belgique — déjà soulignée par l'avocat général Sharpston.

1. — *Une nouvelle conception de l'élément transfrontalier*

L'élément d'extranéité comme condition d'application des libertés de circulation repose sur la prémisse traditionnelle qu'un ressortissant d'un Etat membre ne peut se prévaloir de ces libertés à l'encontre de son Etat d'origine que quand *sa situation est assimilable à celle d'un non-national* (180). Cette assimilation est articulée autour de l'usage précédent de la liberté de circuler au sein de la Communauté. Etant donné la structure fédérale de la Belgique, la question peut être posée de savoir si la situation d'un résident Wallon qui travaille en Flandre ou à Bruxelles, au regard du décret sur l'assurance soins, ne doit pas être assimilée, par exemple, à celle d'un ressortissant français ou hollandais qui se trouve dans une situation de résidence et professionnelle comparables, pour les besoins de la libre circulation.

Dans les domaines où elles jouissent de compétences exclusives, les collectivités autonomes, en pratique, se trouvent dans la position d'«Etats membres» au regard du droit communautaire. L'avocat général Sharpston avait d'ailleurs relevé que «(s)i la Flandre était un Etat indépendant membre de l'Union, l'impossibilité pour les habitants de la Wallonie travaillant en Flandre de s'affilier au régime flamand d'assurance soins heurterait clairement le traité» (181). Or, le risque ne saurait être négligé que des collectivités autonomes, en particulier celles dont les activités ne sont pas soumises à la tutelle d'un autre niveau de pouvoir, ne tentent de réintroduire au sein des Etats mem-

(179) E. CANNIZZARO, *op. cit.*, note 67, p. 31; A. ILIOPOULOU, *op. cit.*, note 43, pp. 312 et s.

(180) Voy. *supra*, I.B.2.a.

(181) Point 120 des conclusions.

bres des barrières en principe prohibées entre ces derniers. Ou qu'elles ne soient pas compétentes pour les corriger, en raison de l'organisation constitutionnelle de l'Etat membre auquel elles appartiennent. De solides arguments semblent dès lors fonder la légitimité de la Communauté européenne à combattre les discriminations à rebours qui se présentent dans ces cas de figure (182).

Comme l'on vient de l'évoquer, une telle solution reposerait sur un assouplissement du concept d'*Etat membre* plutôt que sur une révolution de la logique qui sous-tend les situations purement internes. Elle ne mettrait en effet pas en cause, dans son principe, la position habituelle de la Cour quant aux discriminations à rebours. L'on s'entend en effet généralement pour considérer qu'une telle discrimination consiste, pour un *Etat membre*, à réserver à *ses ressortissants* un traitement moins favorable qu'aux ressortissants d'autres Etats membres (183). Cette définition ne semble pas incontestablement couvrir l'hypothèse de «discrimination à rebours» identifiée dans l'affaire sur l'assurance soins. En réalité, pour peu que l'on admette d'interpréter plus soupagement qu'à ce jour le concept d'«Etat» pour les besoins de la libre circulation, l'assurance soins flamande ne met en effet pas en jeu une situation à proprement parler interne : la Flandre n'a en effet nullement, par cette législation, désavantagé ses «propres ressortissants» par rapport aux ressortissants d'autres Etats membres de la Communauté. Bien au contraire, si le bénéfice du régime de l'assurance soins devait être étendu aux ressortissants d'autres Etats membres résidant en Wallonie mais que les ressortissants belges «sédentaires» résidant dans cette même région en étaient privés, ce seraient plutôt des personnes ressortissant à une *autre* collectivité politique autonome, active sur le territoire wallon, qui seraient désavantagées. La conséquence en est, selon nous, que la Communauté flamande ne peut en principe justifier le critère de résidence retenu, ni à l'égard des personnes résidant dans un autre Etat membre, ni à l'égard de celles qui résident en Wallonie, quelle que soit la nationalité de ces dernières et l'éventuel usage des libertés de circulation qu'elles ont pu faire par le passé. Pour l'exprimer autrement, toutes devraient bénéficier de la libre circulation communautaire.

La reconnaissance de la spécificité des collectivités autonomes ou régionales dans le contexte des discriminations à rebours pourrait puiser une certaine inspiration dans la matière des aides d'Etat.

(182) *Cpr.* J. DE BEYS, *op. cit.*, note 164, p. 144.

(183) Voy. par ex. la définition proposée par E. CANNIZZARO, *op. cit.*, note 67, p. 29.

Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, l'article 87 du traité CE interdit des mesures nationales favorisant certaines entreprises ou productions par rapport à d'autres, qui se trouvent dans une situation factuelle et juridique comparable. Confrontée à la question de savoir si des mesures fiscales adoptées par une collectivité autonome entraînent dans une telle interdiction, la Cour a explicitement conclu, dans l'affaire dite du *Régime fiscal des Açores*, que :

«(L)e cadre de référence ne doit pas nécessairement être défini dans les limites du territoire de l'Etat membre concerné (...). Il ne saurait être exclu qu'une entité infraétatique dispose d'un statut de droit et de fait la rendant suffisamment autonome par rapport au gouvernement central d'un État membre pour que, par les mesures qu'elle adopte, ce soit cette entité, et non le gouvernement central, qui joue un rôle fondamental dans la définition de l'environnement politique et économique dans lequel opèrent les entreprises. En pareil cas, c'est le territoire sur lequel l'entité infraétatique, auteur de la mesure, exerce sa compétence, et non le territoire national dans son ensemble, qui constitue le contexte pertinent pour rechercher si une mesure adoptée par une telle entité favorise certaines entreprises par rapport à d'autres se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable, au regard de l'objectif poursuivi par la mesure ou le régime juridique concerné» (184).

Dans un arrêt du 11 septembre 2008, prononcé au sujet de mesures fiscales adoptées par la Communauté autonome basque, la Cour a précisé les critères qui permettent de conclure qu'une entité infraétatique constitue un tel cadre juridique pertinent (185). Tout d'abord, une autorité régionale ou locale doit être dotée, sur le plan constitutionnel, d'un statut politique et administratif distinct de celui du gouvernement central (*autonomie institutionnelle*). Ensuite, les décisions de cette entité doivent être adoptées sans que le gouvernement central puisse intervenir directement sur leur contenu (*autonomie procédurale*). Enfin, les conséquences de ces décisions ne peuvent pas être compensées par des actions des autres entités régionales ou le gouvernement central (*autonomie économique et financière*). Notons qu'aucun de ces critères n'entend limiter formellement l'application de cette jurisprudence à des collectivités fédérées puisque le critère de l'autonomie procédurale n'implique pas en soi l'absence de toute possibilité de contrôle sur l'entité infraétatique, mais bien une «intervention directe» du pouvoir central dans la définition du «contenu» d'une politique déter-

(184) CJCE, aff. C-88/03, *République portugaise c. Commission*, 6 sept. 2006, *Rec.*, p. I-7115, points 57 et 58.

(185) CJCE, aff. jointes C-428/06 à 434/06, *Unión General de Trabajadores de la Rioja e.a.*, 11 sept. 2008, n.e.p., point 51.

minée (186). En tout état de cause, l'exercice d'un contrôle juridictionnel sur les actes adoptés par une entité infraétatique ne suffit pas pour conclure à l'absence d'autonomie suffisante de cette dernière (187).

L'application de ces critères dans le contexte du fédéralisme belge impliquerait que la Communauté flamande — et non pas l'Etat belge — doive être considérée comme le «cadre juridique pertinent» pour apprécier le champ d'application de la libre circulation des personnes au regard du régime d'assurance soins. Si cette jurisprudence est, à l'heure actuelle, limitée aux aides d'Etat, rien ne semble toutefois empêcher d'étendre la logique qui la sous-tend à l'identification des situations purement internes en matière de libre circulation des personnes. Si une telle lecture devait être suivie, une situation purement interne ne se présenterait donc qu'à l'intérieur d'une aire géographique inférieure à celle d'un Etat membre, dans le cas où une entité infraétatique — notamment en raison de son statut et de ses pouvoirs — peut être considérée comme autonome sur les plans institutionnel, procédural et économique.

2. — *Une rupture avec la logique du marché intérieur?*

La construction suggérée dans les lignes qui précèdent ne semble pas aller à l'encontre de la logique du marché intérieur. Bien au contraire, elle vise à lui en donner une lecture plus dynamique.

Premièrement, comme Anastasia Iliopoulou l'a fort justement remarqué, le marché intérieur, en l'état actuel de son développement, n'entend pas régler les situations marquées par la *sédentarité* (188). Cette affirmation ne serait pas remise en cause par une interprétation étendant, dans l'affaire discutée dans ces lignes, le bénéfice des libertés de circulation aux Belges résidant en Wallonie mais travaillant en Flandre ou à Bruxelles et n'ayant jamais fait usage de leur liberté de circulation *dans d'autres Etats membres*. La situation de ces personnes

(186) Ceci semble être confirmé dans le jugement du Tribunal de Première Instance des CE relatif à la réforme fiscale entreprise à Gibraltar. La question se posait de savoir si le rôle du Gouverneur de Gibraltar, représentant de la Couronne britannique, de même que les pouvoirs législatifs résiduels de la Reine sur ce territoire, conféraient ou non au Royaume-Uni un pouvoir d'intervention directe dans la définition du contenu de la réforme fiscale. Le Tribunal répondit négativement à cette question et conclut que le territoire de référence, pour les besoins de l'examen de l'existence d'une aide d'Etat, était celui de Gibraltar et non du Royaume-Uni. Voy. TPICE, aff. jtes. T-211 et 215/04, *Gibraltar c. Commission*, 18 décembre 2008, n.e.p., spéc. points 89 à 100.

(187) *Idem*, point 83.

(188) A. ILIOPOULOU, *op. cit.*, note 43, p. 269.

semble difficilement pouvoir être qualifiée de *purement* interne ou sédentaire. Elles opèrent en effet un mouvement dans l'Union en vue d'exercer des activités professionnelles sur un territoire où s'exerce l'autorité finale d'une collectivité publique distincte de l'Etat membre dont elles sont ressortissantes (189). La dimension géographique et dynamique du marché intérieur reste donc bien présente : toutes les règles de l'ordre juridique d'un Etat membre ne seraient en effet pas soumises au «test» de la libre circulation, mais seulement celles qui traduisent l'exercice d'une autonomie législative sur une partie de son territoire, et à l'égard des seules personnes qui présentent un élément d'extranéité au regard de ce dernier. Une telle solution pourrait bien entendu n'être que provisoire, dans l'attente d'évolutions plus profondes de la logique du marché intérieur à l'aune de la citoyenneté européenne.

En second lieu, il nous semble que la position actuelle de la Cour de justice sur les situations purement internes, qui continue à reposer sur l'acception traditionnelle d'*Etat membre*, emporte des effets pervers pour le parachèvement du marché intérieur lui-même. Nous souhaiterions à cet égard relever les conséquences potentiellement négatives du maintien des discriminations à rebours pour le développement d'une Europe, fondée sur le «*progrès économique et social*» et l'«*élimin(ation) (d)es barrières qui la divisent*» (190) ainsi que sur l'«*égalité des chances*» et la lutte contre la «*ségrégation professionnelle*» (191). Un travailleur ou un étudiant aux ressources modestes pourraient avoir tendance, dans un premier temps, à limiter la charge (familiale, sociale, économique,...) de leur «déplacement» en allant travailler ou étudier dans une autre région de leur propre pays, quitte à ne s'aventurer dans un autre Etat membre qu'après avoir acquis l'assise financière et l'expérience nécessaires dans leur pays d'origine. Encourager ce premier déplacement peut donc aussi avoir pour effet, à terme, de favoriser la fluidité des mouvements vers d'autres Etats membres. A l'inverse, admettre les obstacles posés au premier déplacement de ces «*citoyens de seconde classe*» (192), c'est également, selon nous, prendre une liberté critiquable avec l'esprit premier du projet communautaire, à savoir sa fonction d'intégration.

(189) Voire de la collectivité autonome ou régionale sur le territoire de laquelle elles résident.

(190) Voy. le préambule du traité CE, second paragraphe.

(191) Conclusions de la Présidence, Conseil européen de Lisbonne des 23 et 24 mars 2000, *Bull. UE*, 3/2000, point 29, quatrième tiret.

(192) A. ILIOPOULOU, *op. cit.*, note 43, p. 272.

Conclusion

Par son arrêt prononcé dans l'affaire sur l'assurance soins flamande, la Cour de justice confirme son refus de remettre en question sa jurisprudence traditionnelle sur les situations purement internes. La Cour n'estime pas davantage devoir changer son point de vue au regard des discriminations à rebours qui présentent une forte connotation communautaire, nonobstant le principe général d'égalité inscrit à l'article 12 du traité CE.

Si les arguments ne manquent assurément pas pour justifier le maintien de cette position, nous ne pouvons pourtant nous empêcher de considérer que l'équilibre ainsi dégagé entre l'effectivité du marché intérieur et la double légitimité sur laquelle repose la construction européenne (*Peuples — Etats membres*) ne peut être indéfiniment maintenu. En particulier, les processus croissants de régionalisation dans de nombreux Etats membres pourraient, à terme, rendre largement fictives les «libertés de circulation» dans les situations de déplacement à l'intérieur d'un Etat, si nombreuses pourtant. Dans une Union davantage orientée vers ses citoyens, il nous paraît que les barrières posées par une collectivité jouissant d'une autonomie suffisante aux mouvements de marchandises, de personnes, de services et de capitaux devraient être interdites pour le tout, y compris en ce qu'elles s'appliquent à des ressortissants de l'Etat membre dont cette collectivité est une composante et qui n'ont jamais fait usage de leur liberté de circuler dans un autre Etat membre. Il devrait à tout le moins en aller ainsi lorsque cette collectivité assume la responsabilité finale d'une politique sur une partie du territoire d'un Etat membre et est, partant, seule apte à corriger les discriminations à rebours dans la sphère de ses compétences. Dans un tel cas, le «cadre juridique pertinent» de la libre circulation ne se situe plus nécessairement au niveau de l'Etat membre mais bien à un degré infra-étatique.

Un dialogue constitutionnel entre les juridictions nationales et la Cour de justice pourrait s'organiser sur ce dernier point, notamment grâce à la procédure de renvoi préjudiciel. Ces diverses pistes de réflexion, qui posent une nouvelle fois la question de la prise en compte de la réalité constitutionnelle des collectivités autonomes dans la construction européenne (193), prolongent en tout cas la conception stimulante d'un marché unique en constante mutation et qui — et

(193) Voy., sur cette problématique, P. VAN NUFFEL, «What's in a Member State? Central and Decentralized Authorities before the Community Courts», *C.M.L. Rev.*, 2001, pp. 871 à 901; J. WAKEFIELD, «The plight of the regions in a multi-layered Europe», *E.L. Rev.*, 2005, pp. 406 à 419.

c'est sans doute là une source inépuisable d'espoir — «*n'a pas encore donné toute sa mesure*» (194).

Post scriptum

Par un arrêt du 21 janvier 2009, la Cour constitutionnelle belge a annulé le décret flamand sur l'assurance soins (arrêt 2009-011). La Cour constitutionnelle confirme que le décret contrevient au droit communautaire, en ce qu'il exclut de l'assurance soins les personnes ressortissantes d'un autre Etat membre de l'Union européenne ou les Belges ayant fait usage de leur droit de libre circulation au sein de l'Union européenne, travaillant en Flandre ou à Bruxelles mais résidant en Wallonie. Contrairement à la suggestion de la Communauté française et de la Région wallonne, la juridiction nationale écarte toutefois toute possibilité d'extension du régime flamand de l'assurance soins aux Belges qui se trouvent dans une situation professionnelle et de résidence identiques mais n'ont jamais fait usage de leur droit de libre circulation. Le système constitutionnel belge, fondé sur une répartition exclusive des compétences territoriales entre législateurs communautaires, n'autorise pas la Flandre à étendre son système d'assurance soins à des personnes qui n'habitent pas sur le territoire de sa compétence. Les seules exceptions à ce principe sont celles qui découlent de l'application du droit communautaire, qui jouit d'une primauté sur le droit interne belge. La différence de traitement qui en résulterait serait uniquement imputable à l'absence de régime comparable dans les autres régions de la Belgique et ne méconnaîtrait dès lors pas les principes constitutionnels d'égalité et de non discrimination.

La solution apportée par la Cour constitutionnelle belge dans l'affaire sur l'assurance soins renforce le point de vue critique défendu dans le présent article. Elle démontre, à l'inverse de ce que d'aucuns pouvaient penser, que les ordres constitutionnels internes et les principes d'égalité qu'ils renferment ne permettent pas systématiquement de remédier aux discriminations à rebours. La circonstance que le système constitutionnel de la Belgique, dans ce cas précis, va jusqu'à empêcher le législateur flamand de mettre fin à une telle discrimination conforte par ailleurs le sentiment qu'une attention particulière devrait être prêtée au degré d'autonomie que présentent certaines collectivités pour la définition des situations purement internes en matière de libre circulation des personnes.

(194) A. MATTERA, «Editorial. Le Marché intérieur : 'une brèche dans les dures murailles des souverainetés nationales'», *C.D.E.*, 2002, p. 527.