CAIRN.INFO
Chercher, repérer, avancer.

LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES DANS L'UNION EUROPÉENNE : MALHEUR AUX IMMOBILES ?

Jean-Yves Carlier et Gautier Busschaert

De Boeck Supérieur | *Reflets et perspectives de la vie économique*

2013/4 - Tome LII
pages 9 à 9

ISSN 0034-2971

Article disponible en ligne à l'adresse:

---

http://www.cairn.info/revue-reflets-et-perspectives-de-la-vie-economique-2013-4-page-9.htm

---

Pour citer cet article :

Carlier Jean-Yves et Busschaert Gautier, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne : malheur aux immobiles ? »,
Reflets et perspectives de la vie économique, 2013/4 Tome LII, p. 9-9. DOI : 10.3917/rpve.524.0009

Distribution électronique Cairn.info pour De Boeck Supérieur.

© De Boeck Supérieur. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Université catholique de Louvain - - 130.104.182.89 - 15/05/2014 11h35. © De Boeck Supérieur

La libre circulation des personnes dans l'Union européenne : malheur aux immobiles ?

Jean-Yves Carlier [1] et Gautier Busschaert [2]

Résumé – *La plupart des citoyens européens optent pour la sédentarité. Malheur à eux. Le droit européen relatif à la libre circulation des personnes ne s'applique pas aux situations purement internes à un État. Les États membres peuvent traiter leurs propres nationaux de manière moins favorable que les autres citoyens européens sans subir de censure de la Cour de justice. Autrement dit, le droit de l'Union est indifférent aux discriminations à rebours. Le but de cet article est de familiariser le non-juriste avec cette règle de base du droit de l'Union européenne, en illustrant son application dans le contexte belge. Seront également abordées les critiques dont cette règle a pu faire l'objet ainsi que son érosion au gré des affaires traitées par la Cour de justice.*

Mots clés : *droit européen, libre circulation, citoyenneté européenne, discrimination à rebours, Belgique, droits sociaux.*

JEL : *K30, K33, K37*

Abstract – *Most European citizens opt for a sedentary lifestyle. Woe to them. European law on free movement of persons does not apply to situations purely internal to a State. Member States may treat their own nationals less favourably than other European citizens without being subject to the European Court of Justice's censorship. In other words, European law ignores reverse discrimination. The aim of this article is to familiarize non-lawyers with that basic rule of European law, while illustrating its application in the Belgian context. Criticism the rule has received as well as its erosion resulting from the Court's case law will also be examined.*

1. Professeur aux universités de Louvain et de Liège, avocat.
2. Assistant en droit à l'Université catholique de Louvain, gautier.busschaert@uclouvain.be.

DOI: 10.3917/rpve.524.0009

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Université catholique de Louvain - - 130.104.182.89 - 15/05/2014 11h35. © De Boeck Supérieur

1 INTRODUCTION

L'Union européenne fit ses premiers pas en tant que Communauté *économique* européenne (CEE). Ce n'est pas dire que les pères fondateurs ignoraient tout objectif d'union des hommes, comme le rappelle Jean Monnet dans ses mémoires. C'est simplement que la construction de cette union des hommes leur paraissait plus solide si elle reposait sur les fondements du travail et de l'économie. Ainsi, la mission première de cette construction européenne fut et reste d'établir un marché intérieur au sein duquel marchandises, personnes, services et capitaux circulent librement[3]. Le droit européen est par nature un droit qui s'adresse aux facteurs mobiles de production avec la particularité qu'il assure leur mobilité au travers des frontières étatiques (Barnard, 2010). Plus particulièrement, la libre circulation des personnes permet au citoyen européen, ressortissant d'un État membre, de se rendre et de séjourner dans un autre État membre afin d'y exercer une activité économique en tant que travailleur salarié ou indépendant[4]. Cette liberté s'est progressivement dégagée de son ancrage économique tant et si bien que d'autres catégories de citoyens européens, tels les étudiants et les personnes qui disposent de ressources suffisantes, ont aujourd'hui également le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres[5]. Pourtant, rares sont les citoyens européens qui optent pour la mobilité. D'après Eurostat, un total de 11,9 millions de citoyens européens résident dans un État membre autre que celui dont ils ont la nationalité au premier janvier 2009, ce qui représente 2,4 % de la population totale de l'Union européenne (Commission européenne, 2011). La majorité des citoyens européens sont immobiles.

Malheur aux citoyens sédentaires puisque le droit européen relatif à la libre circulation des personnes ne s'applique pas aux situations purement internes. Il en ressort que les États membres peuvent traiter leurs propres nationaux sédentaires de manière moins favorable que les autres citoyens européens sans que les premiers puissent recourir à la Cour de justice de l'Union européenne pour y trouver remède. Autrement dit, le droit de l'Union est indifférent aux discriminations à rebours (section 1). Pour des raisons matérielles, mais aussi institutionnelles, la Belgique fournit un terrain particulièrement propice à l'examen de ce type de discriminations. L'affaire relative à l'*assurance soins flamande* sera brièvement présentée afin d'illustrer ce propos en matière d'accès aux droits sociaux. Dans les conclusions de cette affaire, l'avocat général Sharpston a exprimé le souhait d'abandonner la règle d'exclusion des situations internes. La Cour de justice a refusé d'y faire droit (section 2). La règle d'exclusion des situations internes avait déjà suscité de vifs débats. L'affaire de l'*assurance soins flamande* n'a fait que les raviver. Les défenseurs de son maintien s'opposent aux partisans de sa levée. Il est utile d'analyser les arguments des uns et des autres (section 3). Actuellement, non sans malaise, la Cour de justice oscille entre la réaffirmation

3. Art. 26, § 2, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE).
4. Art. 21, § 1, TFUE en lien avec art. 45 et 49 TFUE.
5. Voy. 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 États membres [2004] JO L158/77.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Université catholique de Louvain - - 130.104.182.89 - 15/05/2014 11h35. © De Boeck Supérieur

du principe d'exclusion des situations purement internes et son érosion graduelle au gré des circonstances propres aux affaires dont elle est amenée à connaître (section 4).

2 LIBRE CIRCULATION, SITUATIONS PUREMENT INTERNES ET DISCRIMINATIONS À REBOURS

L'application du droit européen relatif à la libre circulation suppose l'existence d'un élément transfrontalier, parfois dit d'extranéité. C'est ainsi que les articles 34 et 35 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE) relatifs à la libre circulation des marchandises interdisent les restrictions quantitatives et les mesures d'effet équivalent *entre les États membres*. L'article 56 TFUE, plus explicite, stipule que les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites *à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation.* Enfin, l'article 63 TFUE interdit toutes les restrictions aux mouvements de capitaux *entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers*.

De même en ce qui concerne les personnes, l'article 49 TFUE interdit les restrictions à la liberté d'établissement *des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre*. Pour ce qui concerne la libre circulation des travailleurs, le droit primaire contenu dans le traité a, depuis 1957, utilisé une formulation moins explicite quant à l'exigence de mobilité. Aujourd'hui encore, l'article 45 TFUE stipule simplement que la libre circulation des travailleurs *implique l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres*… et… comporte le droit… de *se déplacer sur le territoire des États membres*… et… *de séjourner dans un des États membres*. En soi, ces formulations ne visent pas nécessairement un *autre* État membre et pourraient aussi concerner des situations internes à un seul État, en particulier en cas de circulation intra-étatique entre entités régionales. Toutefois, le droit dérivé prévoit, dans le règlement mettant en œuvre la libre circulation des travailleurs, que celle-ci procure à tout ressortissant d'un État membre *le droit d'accéder à une activité salariée et de l'exercer sur le territoire d'un autre État membre*[6]. La Directive « citoyenneté » confirme à cet égard que tout citoyen de l'Union peut se rendre ou séjourner *dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité*[7].

Ceci implique, *a contrario*, que le droit européen relatif à la libre circulation des personnes ne s'applique pas aux situations purement internes, « dont l'ensemble des éléments pertinents se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre » pour reprendre la formule consacrée par la Cour de justice[8] (Carlier 2007). La conséquence de l'exclusion des situations internes est que le droit de la libre circulation se désintéresse des discriminations à rebours. Une telle discrimination consiste

6. Règlement (UE) n° 492/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union [2011] JO L141/1, art. 1, § 1.
7. Directive 2004/38/CE précitée note 5, art. 7 § 1.
8. Voy. p.ex. C.J., 1er avril 2008, aff. C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, *Rec.*, 2008, p. I-1683, par. 33.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Université catholique de Louvain - - 130.104.182.89 - 15/05/2014 11h35. © De Boeck Supérieur

pour un État membre à réserver à ses ressortissants un traitement moins favorable qu'aux ressortissants d'autres États membres se trouvant sur son territoire (Van Elsuwege et Adam, 2008). Il s'en déduit qu'un État membre ne viole pas le droit de l'Union relatif à la libre circulation quand il refuse d'étendre à ses nationaux sédentaires des droits conférés aux ressortissants d'autres États membres sur la base des traités européens ou de la législation qui les met en œuvre (règlements, directives).

Il revient alors au législateur national de mettre fin aux discriminations à rebours dont les nationaux sédentaires seraient victimes en raison des droits liés à la libre circulation. Si une telle législation est adoptée, c'est le juge national qui jugera de son application. Celui-ci pourrait toutefois requérir l'assistance du juge européen quant aux questions d'interprétation et de validité du droit de l'Union auquel le droit national aurait choisi de faire référence. En l'absence de législation nationale particulière, le juge pourrait toujours décider que les discriminations à rebours sont contraires au principe d'égalité contenu dans la constitution nationale. Nous verrons plus loin que la Cour constitutionnelle belge est réticente à procéder de la sorte. En cas d'inaction du législateur ou du juge national, puisque l'Union européenne s'estime incompétente, la victime d'une discrimination à rebours n'aura d'autre choix que de s'adresser à la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière assure la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention européenne des droits de l'homme sans distinction aucune, fondée notamment sur l'origine nationale[9]. Elle est le forum de dernier ressort auquel les victimes de discriminations à rebours peuvent s'adresser afin de faire valoir leurs griefs sans se voir opposer la nature interne de la situation qui les concerne (Carlier, 2007).

3 LES DISCRIMINATIONS À REBOURS EN BELGIQUE

La Belgique fournit l'un des meilleurs laboratoires pour examiner les discriminations à rebours, et ce pour deux motifs : l'un matériel, l'autre institutionnel. D'un point de vue matériel, le législateur belge a voulu, dans certains domaines, supprimer les discriminations à rebours. Ainsi, la loi relative aux étrangers prévoyait, en matière de regroupement familial, un principe d'assimilation des membres de la famille du Belge aux membres de la famille d'un citoyen européen qui circule. Cette loi a toutefois fait l'objet d'une réforme en 2011 dans le cadre de restrictions à la migration familiale. Sur la forme, le principe d'assimilation du Belge au citoyen européen est maintenu, mais, sur le fond, les conditions du regroupement familial sont alignées sur les conditions pour le regroupement familial entre étrangers ressortissants d'États tiers. Le Belge qui souhaite faire venir sa famille en Belgique doit dès lors disposer de moyens de subsistance stables, suffisants et réguliers, au contraire du citoyen européen à qui une telle condition n'est pas imposée. L'abandon du principe d'assimilation n'est toutefois pas

9. Voy. art. 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Université catholique de Louvain - - 130.104.182.89 - 15/05/2014 11h35. © De Boeck Supérieur

absolu puisqu'une exception à la condition de moyens de subsistance suffisants est faite pour « les membres de la famille… qui sont les père et mère d'un Belge mineur, qui… accompagnent ou rejoignent le mineur »[10].

Cette exception est une conséquence directe de l'arrêt *Ruiz Zambrano*[11] dans lequel la Cour de justice a considéré qu'il était illégal pour la Belgique de refuser à un ressortissant d'un État tiers, qui assume la charge de ses enfants en bas âge, citoyens de l'Union qui résident en Belgique et ont la nationalité belge, le droit de séjourner en Belgique, dans la mesure où une telle décision priverait lesdits enfants de la jouissance effective de l'essentiel des droits attachés au statut de citoyen de l'Union (Carlier, 2012). Un refus de séjour en de telles circonstances aurait en effet pour conséquence que lesdits enfants se verraient obligés de quitter le territoire de l'Union pour accompagner leurs parents.

La Belgique offre aussi un intéressant terrain d'investigation pour l'étude des discriminations à rebours parce que sa structure institutionnelle de type fédéral produit, par région, des législations différentes au sein d'un même État, réservant notamment certains droits sociaux à une partie des nationaux. Cet aspect de la problématique des situations internes est parfaitement illustré par l'arrêt de la Cour de justice du 1er avril 2008 relatif à l'*assurance soins flamande*[12] (Van Elsuwege et Adam, 2008). Le régime d'assurance soins est institué en 1999 par la Communauté flamande afin d'améliorer l'état de santé et les conditions de vie des personnes ayant une autonomie réduite en raison d'une incapacité grave et prolongée. Dans sa première mouture, le décret flamand instituant l'assurance soins soumet l'affiliation audit régime à une condition de résidence dans la région de langue néerlandaise ou dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale. En 2004, afin de répondre aux objections de la Commission européenne quant à la nature restrictive de ce critère de résidence, la Communauté flamande étend le champ d'application personnel du régime d'assurance aux personnes travaillant sur le territoire desdites régions et résidant dans un État membre autre que le Royaume de Belgique.

L'extension ne suffit pas à satisfaire le gouvernement wallon et le gouvernement de la Communauté française. Tous deux introduisent un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle, invoquant que l'exclusion dudit régime des personnes qui, bien que travaillant dans la région de langue néerlandaise ou dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, résident sur le territoire national, mais en dehors du territoire de ces deux régions constitue une entrave à la libre circulation des personnes. Incertaine quant à la solution à apporter au litige, la Cour constitutionnelle pose une question préjudicielle à la Cour de justice. Celle-ci donne raison aux requérants, mais précise que la législation en cause enfreint le droit de l'Union seulement en ce qui concerne les ressortissants d'États membres autres que le Royaume de Belgique exerçant une activité professionnelle dans la région

10. Voy. Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 31 décembre 1980, p. 14584, art. 40 ter.
11. C.J., 8 mars 2011, aff. C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano contre Office national de l'emploi (ONEm)*, *Rec.*, 2011, p. I-1177.
12. Voy. C.J., 1er avril 2008, aff. C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, *Rec.*, 2008, p. I-1683.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Université catholique de Louvain - - 130.104.182.89 - 15/05/2014 11h35. © De Boeck Supérieur

de langue néerlandaise ou dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, mais résidant dans une autre partie du territoire national, ainsi que les ressortissants belges se trouvant dans la même situation et ayant fait usage de leur droit de libre circulation. Par contre, les ressortissants belges qui résident en Belgique dans les régions de langue française ou allemande et n'ont jamais exercé leur liberté de circuler à l'intérieur de l'Union européenne ne bénéficient pas de la protection du droit de l'Union. Il s'agit typiquement d'une situation purement interne qui conduit à une discrimination à rebours qui échappe au droit européen de la libre circulation.

L'intérêt de cette affaire réside bien plus dans les conclusions rendues au préalable par l'avocat général Eleanor Sharpston que dans l'arrêt lui-même. Alors que ce dernier n'a fait que réitérer la règle bien connue de l'exclusion des situations internes, l'avocat général invitait la Cour de justice à renverser sa jurisprudence sur les situations purement internes. D'emblée, elle affirme qu'« il y a quelque chose de profondément paradoxal dans l'idée que, en dépit des efforts faits ces 50 dernières années pour abolir les barrières à la liberté de circulation entre États membres, des autorités décentralisées d'États membres puissent néanmoins réintroduire des barrières par la petite porte en les instaurant à l'intérieur des États membres… [l]l se peut que les entités entre lesquelles des barrières doivent effectivement être abolies ne soient pas nécessairement toujours les États membres, mais les entités qui ont le *pouvoir réglementaire sur ce point* (que ce soient des États membres ou des autorités décentralisées à l'intérieur d'un seul État membre)[13]. »

L'avocat général avance deux arguments susceptibles de fonder un tel revirement de jurisprudence. Elle invite tout d'abord la Cour de justice à faire une application par analogie de sa jurisprudence relative à la libre circulation des marchandises. Malgré la formulation du traité, rappelée ci-dessus, la jurisprudence n'a pas limité la condamnation des barrières douanières aux situations transfrontalières. Elle a requis l'abolition des barrières douanières tant entre les États membres qu'à l'intérieur de ceux-ci[14]. Si les obstacles internes à la libre circulation des marchandises entrent dans le champ d'application du droit de l'Union, pourquoi ne pas faire de même en ce qui concerne la libre circulation des personnes ? L'avocat général fait ensuite référence aux articles du traité sur la citoyenneté de l'Union[15]. Issus du traité de Maastricht de 1992, ceux-ci prévoient que les citoyens de l'Union ont le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. Pour l'avocat général, le temps est venu de dissocier les deux droits de telle sorte que les citoyens de l'Union puissent disposer du droit de séjourner à tout endroit dans le territoire de l'Union sans que ce droit soit subordonné à l'exercice préalable de la liberté de circulation[16]. Circuler est un droit. Séjourner en serait un autre.

La Cour de justice ne suit pas les suggestions de l'avocat général. Demeurant fidèle à la logique de coopération et de subsidiarité, elle met le juge national

13. Conclusions du 28 juin 2007, par. 116-117.
14. Par. 122-132.
15. Voy. art. 20-21 TFUE.
16. Par. 143-144.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Université catholique de Louvain - - 130.104.182.89 - 15/05/2014 11h35. © De Boeck Supérieur

face à ses responsabilités. C'est à lui et à lui seul de décider, dans le cadre national, si telle discrimination à rebours doit être condamnée. La Cour de justice de l'Union donne toutefois une indication en observant que « 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'État membre concerné imposerait de faire bénéficier tout ressortissant national des mêmes droits que ceux qu'un ressortissant d'un autre État membre tirerait du droit communautaire dans une situation considérée par ladite juridiction comme étant comparable »[17]. La Cour constitutionnelle fait la sourde oreille, préférant inviter les législateurs fédéral et fédérés à mettre fin à la discrimination en cause[18]. Ce fut sans succès puisque le décret attaqué contient encore et toujours une différence de traitement entre le Belge immobile et les autres citoyens européens : le Belge immobile, en cela qu'il réside en Belgique en région de langue française ou allemande, ne jouit pas, en Flandre, des mêmes droits que le Belge qui réside ou a résidé ailleurs dans l'Union ou que les autres citoyens européens qui circulent[19].

L'affaire de l'*assurance soins flamande* illustre le problème sérieux que posent les tendances régionalistes pour l'intégrité du marché intérieur. La Belgique, comme bien d'autres États membres, confère une autonomie accrue à ses régions. Décentraliser le pouvoir de légiférer dans des matières aussi sensibles que la sécurité sociale n'est pas dépourvu d'effets bénéfiques en termes de subsidiarité et de contrôle démocratique. Le problème est toutefois que, à défaut d'évolution du droit de l'Union ou de la jurisprudence de la Cour, et en présence d'un silence prudent des cours constitutionnelles nationales, les entraves internes à la libre circulation des personnes risquent de se multiplier. À cet égard, l'avocat général Sharpston ne manque pas de souligner que « si la Flandre était un État 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 »[20]. La fiction n'est pas encore devenue réalité, mais, si la Belgique venait à se scinder en deux États, les ressortissants de l'État wallon qui travailleraient dans l'État flamand bénéficieraient indiscutablement de l'assurance soins flamande au titre de la libre circulation des personnes. Cela illustre bien le dilemme devant lequel se trouvent les partisans d'une Flandre autonome. Poussées jusqu'à l'indépendance, les revendications nationalistes, que ce soit en Flandre ou ailleurs, pourraient avoir l'effet paradoxal de réduire l'autonomie législative du nouvel État ainsi créé. Ce scénario s'est présenté après la dissolution de la Tchécoslovaquie en deux États qui, ensuite, adhérèrent à l'Union. Une législation tchèque favorise la pension de retraite des Tchèques résidant en Tchéquie et ayant, avant la scission, travaillé en Slovaquie. La même pension n'est pas accessible aux Slovaques et aux personnes résidant en Slovaquie. La Cour de justice a condamné cette discrimination sur la base d'un règlement européen visant à la coordination des régimes de sécurité sociale

17. Par. 40.
18. Cour constitutionnelle, 21 janvier 2009, n° 11/2009, accessible sur www.arbitrage.be.
19. Décret du 30 mars 1999 portant organisation de l'assurance soins, accessible sur http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm.
20. Par. 120.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Université catholique de Louvain - - 130.104.182.89 - 15/05/2014 11h35. © De Boeck Supérieur

alors que, en l'absence de scission, elle aurait refusé d'intervenir dans ce qu'elle aurait considéré comme une situation purement interne[21].

4 L'EXCLUSION DES SITUATIONS PUREMENT INTERNES : UNE RÈGLE CONTESTÉE

Les discriminations à rebours suscitent un vif débat parmi les spécialistes du droit européen. Pour certains, le raisonnement qui sous-tend l'exclusion des situations internes est de type constitutionnel. Il tient à la délimitation des compétences entre l'Union et ses États membres (Martin, 2008). Tandis que le droit national s'applique aux situations internes, le droit européen s'applique aux situations qui présentent un caractère transfrontalier. Il en va du respect de la volonté des rédacteurs des traités qui ont pris soin de préciser, en maints endroits, que le droit de la libre circulation ne protège que les mouvements au travers des frontières étatiques. Il en va également du respect de la volonté du législateur européen, le Parlement et le Conseil considérant que le droit de circulation et de séjour s'applique à tout citoyen de l'Union qui se rend ou séjourne dans un État membre *autre* que celui dont il a la nationalité.

Une autre raison souvent avancée pour maintenir les situations internes en dehors du droit de l'Union est d'ordre politique. Elle tient à la nécessité d'assurer ce que la doctrine américaine appelle une représentation virtuelle des migrants dans la société d'accueil : les migrants ne peuvent pas facilement accéder aux processus politiques de l'État membre d'accueil en manière telle que le droit européen intervient afin de corriger les discriminations dont ils pourraient être victimes (Barnard, 2010). Il est vrai que le droit de l'Union ne permet pas une pleine participation du citoyen européen à la vie politique du pays où il réside[22]. Les nationaux, en revanche, peuvent faire entendre leur voix plus facilement dans les enceintes politiques pour obtenir que la législation soit modifiée.

À l'inverse, d'autres arguments militent contre une lecture interétatique du droit de l'Union. Le moindre n'est pas que la Cour de justice a érigé la citoyenneté européenne au rang de « statut fondamental des ressortissants des États membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique »[23]. Il est vrai que, à ce jour, la citoyenneté européenne ne bénéficie pour l'essentiel qu'au citoyen de l'Union qui se rend ou séjourne dans un autre État membre. Il est toutefois permis de penser qu'à terme, la citoyenneté européenne, combinée avec le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, ne permettra plus d'ignorer les discriminations à rebours (Craig et De Búrca, 2011). La

21. Voy. C.J., 22 juin 2011, aff. C-399/09, *Marie Landtová c. Česká správa socialního zabezpečení*, *Rec.*, 2011, I-5573. Il est à noter toutefois que la Cour constitutionnelle tchèque a refusé de suivre l'enseignement de la Cour de justice de l'Union dans un arrêt du 31 janvier 2012.
22. Voy. art. 22 TFUE.
23. C.J., 20 septembre 2001, aff. C-184/99, *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, *Rec.*, 2001, I-6193, par. 31.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Université catholique de Louvain - - 130.104.182.89 - 15/05/2014 11h35. © De Boeck Supérieur

citoyenneté européenne comme statut *fondamental* suggère en effet une égalité de droits à ce point essentielle qu'elle s'en accommoderait mal. Ce statut fondamental et égalitaire de tout citoyen européen est renforcé par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui a acquis, depuis Lisbonne, valeur de droit primaire comme les traités.

Il est également difficile d'admettre que le droit de circulation et de séjour du citoyen européen ne permettrait pas de combattre les entraves intra-étatiques à la libre circulation des personnes, alors même qu'il s'oppose déjà à celles-ci dans le cadre d'autres champs matériels du droit de l'Union tels que la libre circulation des marchandises. Tel était l'argument central de l'avocat général Sharpston dans ses conclusions relatives à l'affaire *assurance soins flamande*.

Il est finalement incorrect de soutenir que les nationaux font l'objet d'une représentation adéquate auprès des institutions politiques de leur État pour la bonne raison que les responsables des différentes collectivités publiques qui constituent l'État en deçà de son pouvoir central sont amenés à prendre des décisions affectant des nationaux autres que ceux qu'ils représentent. C'est d'autant plus vrai pour les États qui optent pour une structure fédérale. L'affaire *assurance soins flamande* fournit là encore la parfaite illustration d'une mesure régionale affectant des nationaux dont les intérêts ne sont pas représentés au sein de l'assemblée législative compétente. En poussant le raisonnement plus loin, l'on pourrait même arguer qu'une telle mesure a pu être prise précisément parce que de tels intérêts ne sont pas représentés au sein du Parlement flamand. Vu sous cet angle, le concept de représentation virtuelle semble bien fournir un argument en faveur de la prise en compte des discriminations à rebours par le droit de l'Union.

5 L'EXCLUSION DES SITUATIONS PUREMENT INTERNES : UNE RÈGLE EN VOIE D'ÉROSION ?

La Cour de justice n'est pas sourde à ces critiques et hésite à appliquer la règle d'exclusion des situations internes de manière orthodoxe. Dans un certain nombre d'affaires, l'exigence d'un élément d'extranéité fut interprétée de manière large. Tantôt un déplacement passé suivi d'un retour au pays national suffit. Tantôt un déplacement virtuel, voire fictif, au travers des frontières étatiques fait parfois entrer une situation dans le champ d'application du droit de la libre circulation (Carlier, 2007). Dans *Ruiz Zambrano*, la Cour de justice a même accepté qu'un citoyen européen qui n'a pas fait usage de son droit de libre circulation puisse se prévaloir du statut fondamental de citoyen de l'Union afin de s'opposer à des mesures nationales qui ont pour effet de le priver de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par ce statut[24]. L'arrêt eut grand retentissement. C'était la première fois que la Cour de justice acceptait de traiter d'une situation purement interne. Elle eut toutefois vite fait d'en restreindre la portée en précisant par la suite que le critère relatif à la privation de l'essentiel des droits

24. Voy. *supra* note 11.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Université catholique de Louvain - - 130.104.182.89 - 15/05/2014 11h35. © De Boeck Supérieur

du citoyen de l'Union ne vaut que lorsque ce dernier se voit obligé de quitter le territoire de l'Union (Carlier, 2012)[25].

En conclusion, on constate que le droit de l'Union relatif à la libre circulation des personnes navigue entre l'affirmation de la règle d'exclusion des situations internes et son érosion, voire sa suppression, lorsque l'essentiel des droits du citoyen est en cause (Barnard, 2010). La démarche se comprend. La Cour de justice doit en effet concilier intégration européenne et souveraineté nationale. La Cour connaît la réticence des États membres à céder du terrain sur la question des discriminations à rebours. En même temps, elle sait combien celles-ci deviennent difficilement acceptables dans une Union qui érige la citoyenneté européenne au rang de statut fondamental. Sa stratégie est d'amener, par petits pas, à une meilleure protection des droits de tout citoyen européen. Progressivement, le bonheur des mobiles pourrait s'étendre aux immobiles.

BIBLIOGRAPHIE

Barnard, C. (2010), *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, New York: OUP.

Carlier, J.-Y. (2007), *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles : Larcier.

Carlier, J.-Y. (2009), « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne (1er janvier-31 décembre 2008) », *Journal de droit européen*, pp. 79-83.

Carlier, J.-Y. (2012), « La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne : année 2011 », *Journal de droit européen*, pp. 85-92.

Commission européenne (2011), *Demography report 2010: Older, more numerous and diverse Europeans*, Luxembourg : Office des Publications de l'UE.

Craig, P. et G. De Búrca (2011), *EU Law: Texts, Cases and Materials*, New York: OUP.

Martin, D. (2008), « Internal situations and the temptation of Pandora », *European Journal of Migration Law*, pp. 365-372.

Van Elsuwege, P. et S. Adam (2008), « Situations purement internes, discriminations à rebours et collectivités autonomes après l'arrêt sur l'assurance soins flamande », *Cahiers de droit européen*, pp. 655-711.

25. C.J., 15 novembre 2011, aff. C-256/11, *Murat Dereci et autres c. Bundesministerium für Inneres*, non encore publié au *Recueil*.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Université catholique de Louvain - - 130.104.182.89 - 15/05/2014 11h35. © De Boeck Supérieur