

## CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M<sup>ME</sup> ELEANOR SHARPSTON

présentées le 28 juin 2007<sup>1</sup>

1. Le présent renvoi de la Cour d'arbitrage<sup>2</sup>, devenue Cour constitutionnelle<sup>3</sup> (Belgique), concerne la compatibilité d'un régime d'assurance soins tel que celui mis en place par la Communauté flamande avec différentes dispositions du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil<sup>4</sup> et avec les articles 18 CE, 39 CE et 43 CE.

2. Une question plus vaste est de savoir si le droit communautaire empêche une entité autonome d'un État membre de subordonner le bénéfice de prestations de sécurité sociale à la condition de résider dans l'aire de compétence territoriale de cette entité autonome ou dans le territoire d'un autre État membre en excluant de ce fait les personnes qui travaillent dans l'aire de compétence territoriale en question tout en résidant dans une autre partie du territoire national.

3. De manière plus large encore, quelle est l'incidence du droit communautaire sur la structure fédérale ou décentralisée d'un État membre et sur ce qui est réputé être une «situation purement interne» échappant à la sphère du droit communautaire?

### Prologue — Le royaume de Belgique en tant qu'État fédéral

4. La structure fédérale de l'État belge, à l'instar de la Communauté mais de manière centrifuge<sup>5</sup>, n'a pas vu le jour au terme d'une construction d'ensemble<sup>6</sup>. Elle est le fruit de modifications successives lancées au départ par le souhait flamand d'obtenir une autonomie culturelle, qui s'est traduite dans les Communautés, et par le souhait wallon

1 — Langue originale: l'anglais.

2 — Arbitragehof en langue néerlandaise et Schiedshof en langue allemande.

3 — La dénomination de la juridiction de renvoi a été remplacée par Cour constitutionnelle/Grondwettelijk Hof/Verfassungsgerichtshof dans la révision de la Constitution adoptée le 7 mai 2007 (*Moniteur belge* du 8 mai 2007, p. 25101 et 25102).

4 — Règlement 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 (JO L 149, p. 2), modifié à de nombreuses reprises et dernièrement par le règlement (CE) n° 629/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 5 avril 2006 (JO L 114, p. 1).

5 — Voir Lenaerts, K., «Constitutionalism and the many faces of federalism», *American Journal of Comparative Law*, 1990, p. 205 à 263.

6 — Voir le célèbre passage de la déclaration que Robert Schuman a faite le 9 mai 1950: «l'Europe ne se fera pas d'un coup ni dans une construction d'ensemble: elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de faits».

d'autonomie économique, qui s'est concrétisé dans les Régions<sup>7</sup>.

les Régions agissent donc chacune comme législateur autonome dans leur propre sphère de compétences.

5. Le Royaume de Belgique comprend à présent trois Communautés: la Communauté française, la Communauté flamande et la Communauté germanophone<sup>8</sup>, trois Régions: la Région wallonne, la Région flamande et la Région bruxelloise<sup>9</sup> et 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<sup>10</sup>.

7. Les décrets sont les instruments juridiques dont disposent les trois Communautés ainsi que les Régions flamande et wallonne pour exercer leurs compétences législatives. Les décrets ont force de loi au même rang que les lois fédérales<sup>12</sup>.

## Cadre juridique

6. Les Communautés et les Régions se sont vu conférer des compétences exclusives pour certaines matières<sup>11</sup>. Les Communautés et

*Droit communautaire*

7 — Pour un éclairage complémentaire en langue anglaise sur la structure fédérale plutôt complexe de la Belgique, voir Peeters, P., «The Federal Structure: Kingdom, Regions and Communities», dans Craenen, G., (éd.), *The Institutions of Federal Belgium: An Introduction to Belgian Public Law*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1996, p. 55 à 69. Pour une analyse approfondie de la structure fédérale de la Belgique: Alen, A., et Muylle, K., *Compendium van het Belgisch staatsrecht*, Diegem, Kluwer, 2004, p. 239 à 499 et Uyttendaele, M., *Précis de droit constitutionnel belge. Regards sur un système institutionnel paradoxal*, 3<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 815 à 1071.

8 — Article 2 de la Constitution belge. Les versions en langues néerlandaise et allemande de la Constitution parlent respectivement de «Gemeenschappen» et de «Gemeinschaften».

9 — Article 3 de la Constitution belge. Les versions en langues néerlandaise et allemande de la Constitution parlent respectivement de «Gewesten» et de «Regionen».

10 — Article 4 de la Constitution belge. Les versions en langues néerlandaise et allemande de la Constitution parlent respectivement de «taalgebieden» et de «Sprachgebiete». Sur la distinction entre les Communautés, les Régions et les régions linguistiques, voir P. Peeters (précité à la note 7).

11 — Voir Alen, A., et Muylle, K., p. 348 à 354 et Uyttendaele, M., p. 945 à 947 (précités à la note 7). Tous deux relèvent que le régime de compétences exclusives connaît un certain nombre de nuances et de dérogations.

8. L'article 17 CE dispose:

«1. Il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas.

12 — Voir articles 127 § 2, 128 § 2, 129 § 2, 130 § 2 et 134, deuxième alinéa, de la Constitution belge et article 19 § 2 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (Bijzondere wet tot hervorming der instellingen, *Moniteur belge* du 15 août 1980).

2. Les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par le présent traité.» [...]

9. L'article 18 CE dispose:

«1. Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par le présent traité et par les dispositions prises pour son application.

[...]»

10. L'article 39 CE dispose:

«1. La libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté.

2. Elle implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail.

11. L'article 43 CE dispose:

«Dans le cadre des dispositions visées ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. [...]

La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, [...], dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants [...]»

12. Les passages suivants des dixième et onzième considérants du règlement n° 1408/71<sup>13</sup> intéressent la présente affaire:

«[...]

13 — Dans la suite des conclusions, je me référerai à la version du règlement n° 1408/71 en vigueur à la date de l'arrêt de renvoi de la Cour d'arbitrage (10 mai 2006), que j'estime être la plus appropriée pour la juridiction de renvoi.

[...], en vue de garantir le mieux l'égalité de traitement de tous les travailleurs occupés sur le territoire d'un État membre, il est approprié de déterminer comme législation applicable, en règle générale, la législation de l'État membre sur le territoire duquel l'intéressé exerce son activité salariée ou non salariée [14];

réfugiés résidant sur le territoire d'un des États membres ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants. [...]

[...] il convient de déroger à cette règle générale dans des situations spécifiques justifiant un autre critère de rattachement;

14. L'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71 ancre le principe de l'égalité de traitement:

[...]

«Les personnes auxquelles les dispositions du présent règlement sont applicables sont soumises aux obligations et sont admises au bénéfice de la législation de tout État membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de celui-ci, sous réserve de dispositions particulières contenues dans le présent règlement. [...]

13. L'article 2 du règlement n° 1408/71 énumère les personnes couvertes par le règlement:

15. L'article 4 trace le champ d'application matériel du règlement n° 1408/71:

«1. Le présent règlement s'applique aux travailleurs salariés ou non salariés et aux étudiants qui sont ou ont été soumis à la législation d'un ou de plusieurs États membres et qui sont des ressortissants de l'un des États membres ou bien des apatrides ou des

«1. Le présent règlement s'applique à toutes les législations relatives aux branches de sécurité sociale qui concernent:

a) les prestations de maladie et de maternité; [...]

14 — Cette note concerne la seule version en langue anglaise.

2. Le présent règlement s'applique aux régimes de sécurité sociale généraux et spéciaux, contributifs et non contributifs, ainsi qu'aux régimes relatifs aux obligations de l'employeur ou de l'armateur concernant les prestations visées au paragraphe 1.

subsistance eu égard à l'environnement économique et social dans l'État membre concerné, ou

*2bis.* Le présent article s'applique aux prestations spéciales en espèces à caractère non contributif relevant d'une législation qui, de par son champ d'application personnel, ses objectifs et/ou ses conditions d'éligibilité, possède les caractéristiques à la fois de la législation en matière de sécurité sociale visée au paragraphe 1, et de l'assistance sociale.

On entend 'par prestations spéciales en espèces à caractère non contributif', les prestations:

a) qui sont destinées:

- i) à couvrir à titre complémentaire, subsidiaire ou de remplacement, les risques correspondant aux branches de la sécurité sociale visées au paragraphe 1, et à garantir aux intéressés un revenu minimal de

- ii) uniquement à assurer la protection spécifique des personnes handicapées, en étant étroitement liées à l'environnement social de ces personnes dans l'État membre concerné, et

- b) qui sont financées exclusivement par des contributions fiscales obligatoires destinées à couvrir des dépenses publiques générales et dont les conditions d'attribution et les modalités de calcul ne sont pas fonction d'une quelconque contribution pour ce qui concerne leurs bénéficiaires. Les prestations servies à titre de complément d'une prestation contributive ne sont toutefois pas considérées, pour ce seul motif, comme des prestations contributives, et

- c) qui sont énumérées à l'annexe II bis <sup>[15]</sup>.

*2ter.* Le présent règlement n'est pas applicable aux dispositions de la législation d'un

15 — L'assurance soins flamande n'est pas reprise dans l'annexe II bis.

État membre concernant les prestations spéciales à caractère non contributif, mentionnées à l'annexe II section III, dont l'application est limitée à une partie de son territoire [16].

a son siège ou son domicile sur le territoire d'un autre État membre;

[...]

b) la personne qui exerce une activité non salariée sur le territoire d'un État membre est soumise à la législation de cet État même si elle réside sur le territoire d'un autre État membre; [...]

16. Sous réserve de certaines exceptions qui ne jouent pas en l'espèce, l'article 13 désigne la loi applicable aux travailleurs migrants:

17. L'article 19 comporte les règles générales, en matière de maladie et de maternité, en cas de résidence dans un État membre autre que l'État compétent:

«1. [...] [L]es personnes auxquelles le présent règlement est applicable ne sont soumises qu'à la législation d'un seul État membre. Cette législation est déterminée conformément aux dispositions du présent titre.

«1. Le travailleur salarié ou non salarié qui réside sur le territoire d'un État membre autre que l'État compétent et qui satisfait aux conditions requises par la législation de l'État compétent pour avoir droit aux prestations, compte tenu, le cas échéant, des dispositions de l'article 18 [17], bénéficie dans l'État de sa résidence:

2. [...]

a) la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un État membre est soumise à la législation de cet État, même si elle réside sur le territoire d'un autre État membre ou si l'entreprise ou l'employeur qui l'occupe

a) des prestations en nature servies, pour le compte de l'institution compétente,

16 — L'assurance soins flamande n'est pas non plus reprise à l'annexe II, section III.

17 — L'article 18 organise la totalisation des périodes d'assurance, d'emploi ou de résidence pour les prestations de maladie et de maternité.

par l'institution du lieu de résidence, selon les dispositions de la législation qu'elle applique, comme s'il y était affilié;

- b) des prestations en espèces servies par l'institution compétente selon les dispositions de la législation qu'elle applique. Toutefois, après accord entre l'institution compétente et l'institution du lieu de résidence, ces prestations peuvent être servies par cette dernière institution, pour le compte de la première, selon les dispositions de la législation de l'État compétent. [...]»

4. Le travailleur salarié ou non salarié et les membres de sa famille visés à l'article 19 qui transfèrent leur résidence sur le territoire de l'État compétent bénéficient des prestations selon les dispositions de la législation de cet État, même s'ils ont déjà bénéficié de prestations pour le même cas de maladie ou de maternité avant le transfert de leur résidence.»

*Législation interne en cause*

18. L'article 21 comporte les règles générales, en matière de maladie et de maternité, en cas de séjour ou de transfert de résidence dans l'État compétent:

«1. Le travailleur salarié ou non salarié visé à l'article 19, paragraphe 1, qui séjourne sur le territoire de l'État compétent bénéficie des prestations selon les dispositions de la législation de cet État comme s'il y résidait, même s'il a déjà bénéficié de prestations pour le même cas de maladie ou de maternité avant son séjour.

19. Par décret du 30 mars 1999<sup>18</sup> (ci-après le «décret de 1999»), la Communauté flamande a instauré une «assurance soins» (zorgverzekering) couvrant, dans les limites d'un plafond mensuel, des prestations d'aide et de services non médicaux aux personnes ne pouvant plus accomplir les actes quotidiens nécessaires à leurs besoins élémentaires ni mener les activités qui y sont liées<sup>19</sup>.

18 — Décret de la Communauté flamande portant organisation de l'assurance soins (Decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 30 maart 1999 houdende de organisatie van de zorgverzekering) (*Moniteur belge* du 28 mai 1999, p. 19149).

19 — Article 3 du décret de 1999, tel que modifié par l'article 40 du décret de la Communauté flamande, du 20 décembre 2002, contenant diverses mesures d'accompagnement du budget 2003 (Decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 20 december 2002, houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2003) (*Moniteur belge* du 31 décembre 2002, p. 59138).

[...]

20. L'assurance soins flamande a été instaurée pour répondre aux besoins de la population vieillissante en Flandre<sup>20</sup>. Elle vise en particulier à fournir une aide financière à l'assistance, dans des tâches quotidiennes, de la population croissante de personnes âgées et plus généralement de ceux qui ont besoin de cette aide sans considération de leur âge<sup>21</sup>.

21. Les Communautés française et germanophone n'ont pas mis en place de régime d'assurance soins de cette nature.

22. L'article 2, paragraphe 1, du décret de 1999 définit la prestation d'aide et de service non médicaux comme suit:

«l'aide et l'assistance fournies par des tiers à une personne ayant une capacité réduite d'autonomie dans un cadre résidentiel, semi-résidentiel ou ambulatoire».

20 — Voir Cantillon, B., «L'indispensable réorientation de l'assurance-dépendance flamande/De noodzakelijke heroriëntering van de Vlaamse zorgverzekering», *Revue belge de sécurité sociale/Belgisch Tijdschrift voor Sociale Zekerheid*, 2004, p. 9 à 13. Voir aussi sur les objectifs spécifiques de l'assurance soins flamande et sur son fonctionnement Rottiers, S., *De weerbaarheid van de Vlaamse zorgverzekering: Waalse klachten en Europese bedenkingen*, Antwerpen, Berichten Centrum voor Sociaal Beleid Herman Deleecq, 2005.

21 — Proposition de décret — de M. Guy Swennen et de M<sup>me</sup> Sonja Becq et consorts — portant organisation de l'assurance soins (Voorstel van Decreet — van de Heer Guy Swennen en Mevrouw Sonja Becq c.s. — houdende de organisatie van de zorgverzekering) (*Parlementaire Stukken*, Vlaams Parlement, 1998-1999, n° 1239/1, p. 2).

23. Le décret de 1999 a été modifié à de nombreuses reprises<sup>22</sup>. La modification la plus importante dans le présent contexte a été apportée par le décret du 30 avril 2004<sup>23</sup> (ci-après le «décret de 2004») qui a modifié le décret de 1999 à la suite d'une lettre officielle de la Commission, du 17 décembre 2002, mettant la Communauté flamande en demeure de se conformer au règlement n° 1408/71. La Commission a considéré en particulier que le décret de 1999 enfreignait dans sa version initiale, notamment, les articles 2, 13, 18, 19, 20, 25 et 28 du règlement n° 1408/71<sup>24</sup> et les articles 39 CE et 43 CE en subordonnant l'affiliation au régime d'assurance soins et le bénéfice des prestations à la condition absolue de résider dans la région de langue néerlandaise ou dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale.

24. Le décret de 2004 a modifié le régime d'assurance soins en excluant de son champ d'application les personnes relevant, au titre du règlement n° 1408/71, du régime de

22 — Dernièrement par le décret de la Communauté flamande, du 23 décembre 2005, contenant diverses mesures d'accompagnement du budget 2006 (Decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 23 december 2005, houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2006) (*Moniteur belge* du 30 décembre 2005, p. 57499).

23 — Décret de la Communauté flamande modifiant le décret du 30 mars 1999 portant organisation de l'assurance soins (Decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 30 april 2004 houdende wijziging van het decreet van 30 maart 1999 houdende de organisatie van de zorgverzekering) (*Moniteur belge* du 9 juin 2004, p. 43593).

24 — Les passages en cause des articles 2, 13, 18 et 19 sont cités ou synthétisés aux points 13 à 17 ci-dessus. L'article 20 contient des règles spéciales visant les travailleurs frontaliers et les membres de leur famille. L'article 25 contient des règles relatives aux chômeurs et aux membres de leur famille. L'article 28 contient des règles relatives aux pensions ou aux rentes dues en vertu de la législation d'un seul ou de plusieurs États, en l'absence d'un droit aux prestations dans le pays de résidence.

sécurité sociale d'un autre État membre de l'Union européenne ou d'un autre État partie à l'Espace économique européen et en étendant son champ d'application aux personnes résidant dans un autre État membre mais travaillant dans la région de langue néerlandaise ou dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale.

autre État qui fait partie de l'Espace économique européen sur base des règles d'assignation du règlement (CEE) n° 1408/71, ne tombe pas sous le champ d'application du présent décret.

25. L'article 4 du décret de 1999, tel que modifié par le décret de 2004, se lit à présent comme suit:

«§ 1. Toute personne habitant en région linguistique néerlandaise doit être affiliée à une caisse d'assurance soins agréée par le présent décret.

[...]

§ 2. Toute personne habitant en région bilingue de Bruxelles-Capitale a la possibilité de s'affilier volontairement à une caisse d'assurance soins agréée par le présent décret.

§ 2bis. Toute personne visée aux §§ 1<sup>er</sup> et 2, à laquelle s'applique en vertu de son propre droit le régime de sécurité sociale d'un autre État membre de l'Union européenne ou d'un

§ 2ter. Toute personne qui n'habite pas en Belgique et à laquelle s'applique, en vertu de son propre droit et pour l'emploi dans la région de langue néerlandaise, le régime de sécurité sociale en Belgique sur base des règles d'assignation du règlement (CEE) n° 1408/71 doit être affiliée à une caisse d'assurance soins agréée par le présent décret. Les dispositions du présent décret relatives aux personnes visées au § 1<sup>er</sup> s'appliquent par analogie.

Toute personne qui n'habite pas en Belgique et à laquelle s'applique, en vertu de son propre droit et pour l'emploi dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, le régime de sécurité sociale en Belgique sur base des règles d'assignation du règlement (CEE) n° 1408/71 peut s'affilier volontairement à une caisse d'assurance soins agréée par le présent décret. Les dispositions du présent décret relatives aux personnes visées au § 2 s'appliquent par analogie.»

26. L'article 5 du décret de 1999, tel que modifié en dernier lieu par le décret du

25 novembre 2005<sup>25</sup>, énonce les conditions de remboursement au titre du régime d'assurance soins:

«Pour que l'usager puisse prétendre à une prise en charge par la caisse d'assurance soins des frais encourus pour la prestation d'aide et de services non médicaux, il faut qu'il remplisse les conditions suivantes:

[...]

3° au moment de la prise en charge, résider légalement dans un État membre de l'Union européenne ou dans un État partie à l'Espace économique européen.

[...]

5° pendant au moins cinq ans précédant la demande de prise en charge, résider de façon ininterrompue en région de langue néerlandaise ou dans la région bilingue de Bruxelles-

25 — Décret de la Communauté flamande modifiant le décret du 30 mars 1999 portant organisation de l'assurance soins (Decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 25 November 2005 houdende wijziging van het decreet van 30 maart 1999 houdende de organisatie van de zorgverzekering) (*Moniteur belge* du 12 janvier 2006, p. 2153).

Capitale, ou être affilié à l'assurance sociale de façon ininterrompue dans les États membres de l'Union européenne ou dans les États parties à l'Espace économique européen; [...]

### Le litige au principal et les questions posées

27. Le litige au principal est le troisième recours en annulation du décret de 1999 porté devant la Cour d'arbitrage. Le gouvernement de la Communauté française avait introduit un recours en annulation contre la version initiale du décret de 1999 (ci-après le «premier recours»). Le Collège de la Commission communautaire française<sup>26</sup> avait introduit un recours en annulation contre une version ultérieure du décret de 1999, à savoir la version du 18 mai 2001<sup>27</sup> (ci-après le «deuxième recours»).

26 — Organe créé au titre de l'article 136 de la Constitution belge.

27 — Version issue de la modification apportée par le décret de la Communauté flamande modifiant le décret du 30 mars 1999 portant organisation de l'assurance soins (Decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 18 mei 2001 houdende wijziging van het decreet van 30 maart 1999 houdende de organisatie van de zorgverzekering) (*Moniteur belge* du 28 juillet 2001, p. 25712). Cette modification avait pour but d'améliorer l'efficacité du régime d'assurance soins dans son application: voir proposition de décret — déposée par M<sup>me</sup> Ria Van den Heuvel, M<sup>me</sup> Patricia Seysens, M. Guy Swennen, et M<sup>me</sup> Simonne Janssens-Vanoppen — modifiant le décret du 30 mars 1999 portant organisation de l'assurance soins (voorstel van decreet — van Mevrouw Ria Van den Heuvel, Mevrouw Patricia Seysens, de Heer Guy Swennen en Mevrouw Simonne Janssens-Vanoppen — houdende wijziging van het decreet van 30 maart 1999 houdende de organisatie van de zorgverzekering) (*Parlementaire Stukken*, Vlaams Parlement, 2000-2001, nr. 540/1, p. 2).

28. La Cour d'arbitrage a rejeté le premier recours dans sa plus grande partie<sup>28</sup>. Elle a estimé que, dans le système fédéral belge, l'assurance soins doit être qualifiée d'«aide aux personnes» qui est une matière relevant des Communautés française, flamande et germanophone dans leur sphère respective de compétences. L'assurance soins flamande n'a dès lors pas empiété sur les compétences de l'État fédéral en matière de sécurité sociale.

29. La Cour d'arbitrage a rejeté le deuxième recours dans son intégralité<sup>29</sup>.

30. Le litige au principal dans ce troisième recours concerne deux recours en annulation distincts, tous deux introduits le 9 décembre 2004, qui ont été joints par la Cour d'arbitrage. Dans le premier, le gouvernement de la Communauté française sollicite l'annulation de l'article 4 § 2 ter du décret de 1999 tel que modifié par le décret de 2004. Il soutient notamment que cette disposition enfreint les principes d'égalité et de non-discrimination et dresse une entrave à la libre circulation des personnes et des travailleurs. Dans le deuxième recours, le gouvernement wallon sollicite l'annulation de l'ensemble du décret de 2004. Il soutient

que le décret de 2004 enfreint des règles internes de compétence et les principes d'égalité et de non-discrimination.

31. La Cour d'arbitrage a rejeté les moyens tirés d'une prétendue incompétence de la Communauté flamande pour instaurer l'assurance soins. Elle a néanmoins estimé ne pas pouvoir trouver dans les termes du traité CE ou du règlement n° 1408/71 ni dans la jurisprudence de la Cour de réponse sûre aux moyens tirés du droit communautaire. La Cour d'arbitrage a dès lors posé les questions préjudicielles suivantes:

«1) Un système d'assurance soins qui (a) est instauré par une Communauté autonome d'un État fédéral membre de la Communauté européenne, (b) est applicable aux personnes qui sont domiciliées dans la partie du territoire de cet État fédéral pour laquelle cette Communauté autonome est compétente, (c) donne droit à la prise en charge, par ce système, des frais encourus pour des prestations d'aide et de services non médicaux aux personnes affectées par une autonomie réduite prolongée et grave, affiliées audit système, sous forme d'une intervention forfaitaire dans les frais y afférents et (d) est financé par, d'une part, les cotisations annuelles des affiliés et, d'autre part, une dotation à charge du budget des dépenses de la Communauté autonome concernée, constitue-t-il un régime relevant du champ d'application matériel du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du

28 — Arrêt 33/2001, du 13 mars 2001 (*Moniteur belge* du 27 mars 2001, p. 10002).

29 — Arrêt 8/2003, du 22 janvier 2003 (*Moniteur belge* du 3 février 2003, p. 4525).

14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, défini à l'article 4 de ce règlement?

- 2) En cas de réponse affirmative à la première question préjudicielle: le règlement précité, en particulier ses articles 2, 3 et 13, et, pour autant qu'ils soient applicables, ses articles 18, 19, 20, 25 et 28, doit-il être interprété en ce sens que ces dispositions s'opposent à ce qu'une Communauté autonome d'un État fédéral membre de la Communauté européenne adopte des dispositions qui, dans l'exercice de ses compétences, limitent l'admission à l'assurabilité et le bénéfice d'un régime de sécurité sociale au sens de ce règlement aux personnes qui ont leur domicile sur le territoire pour lequel cette Communauté autonome est compétente et, en ce qui concerne les citoyens de l'Union européenne, aux personnes qui sont employées sur ce territoire et sont domiciliées dans un autre État membre, à l'exclusion des personnes, quelle que soit leur nationalité, qui ont leur domicile dans une partie du territoire de l'État fédéral pour laquelle une autre Communauté autonome est compétente?
  - 4) Les articles 18, 39 et 43 du traité CE doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce que le champ d'application d'un tel système soit limité aux personnes qui sont domiciliées dans les entités d'un État fédéral membre de la Communauté européenne visées par ce système?»
32. Des observations écrites ont été présentées par le gouvernement de la Communauté française et par le gouvernement wallon, par le gouvernement flamand, par le gouvernement néerlandais et par la Commission des Communautés européennes.

33. Toutes les parties, à l'exception du gouvernement néerlandais, ont comparu à l'audience du 27 mars 2007 et présenté des observations orales.

dans la mesure où elle est octroyée, en dehors de toute appréciation individuelle et discrétionnaire des besoins personnels, aux bénéficiaires sur la base d'une situation légalement définie et où elle se rapporte à l'un des risques énumérés expressément à l'article 4, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71<sup>30</sup>.

### Première question

34. Par sa première question, la juridiction de renvoi souhaite savoir si un régime d'assurance soins tel que celui instauré par la Communauté flamande relève du champ d'application *matériel* du règlement n° 1408/71, tel que défini en son article 4.

37. Les prestations servies objectivement sur la base d'une situation légalement définie afin d'améliorer l'état de santé et la vie des personnes dépendantes ont essentiellement pour objet de compléter les prestations de l'assurance maladie et doivent dès lors être qualifiées de «prestations de maladie» au sens de l'article 4, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71<sup>31</sup>. L'assurance soins flamande apparaît coller parfaitement à cette définition. Elle devrait donc être qualifiée de «prestation de maladie» au sens de l'article 4, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 1408/71.

35. Toutes les parties s'accordent à dire que cette question appelle une réponse affirmative. Elles considèrent que les prestations servies par le régime d'assurance soins flamand doivent bel et bien être qualifiées de prestations de sécurité sociale au sens du règlement n° 1408/71.

38. Le gouvernement wallon relève, à juste titre, que l'assurance soins flamande ne peut pas être exclue du champ d'application du règlement n° 1408/71 par l'article 4, paragraphe 2, sous b)<sup>32</sup>. Premièrement, elle n'est

36. Ainsi que la Cour l'a indiqué à plusieurs occasions, une prestation peut être considérée comme une prestation de sécurité sociale

30 — Voir, notamment, arrêts du 27 mars 1985, Hoeckx (249/83, Rec. p. 973, points 12 à 14); du 5 mars 1998, Molenaar (C-160/96, Rec. p. I-843, point 20); du 8 mars 2001, Jauch (C-215/99, Rec. p. I-1901, point 25); du 21 février 2006, Hosse (C-286/03, Rec. p. I-1771, point 37); du 18 juillet 2006, De Cuyper (C-406/04, Rec. p. I-6947, point 22), et du 18 janvier 2007, Celozzi (C-332/05, Rec. p. I-563, point 17).

31 — Arrêts précités Molenaar (points 24 et 25), Jauch (point 28) et Hosse (point 38).

32 — Voir point 15 ci-dessus.

pas reprise dans l'annexe II, section III, dudit règlement. Deuxièmement, elle apparaît être une prestation à caractère contributif<sup>33</sup>, dans la mesure où elle est financée, en partie du moins<sup>34</sup>, par des cotisations versées par les affiliés au régime<sup>35</sup>.

xième et troisième questions en ce que leur réponse ne serait ni utile ni nécessaire à la solution du litige au principal. Devant la juridiction de renvoi, les parties requérantes ont critiqué la *mise en place* de l'assurance soins au motif que la Communauté flamande n'avait pas la compétence voulue. L'interprétation du droit communautaire suggérée par les parties requérantes aurait pour effet pervers d'*étendre* le régime à des personnes résidant dans la région de langue française.

## Deuxième et troisième questions

39. L'assurance soins flamande exclut de son champ d'application les personnes travaillant dans la région de langue néerlandaise ou dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, mais qui résident dans une des autres régions linguistiques de la Belgique. Le règlement n° 1408/71 et/ou les dispositions du traité relatives à la libre circulation des personnes et à la citoyenneté de l'Union s'opposent-ils à un tel dispositif?

41. Le gouvernement flamand soutient également que la juridiction de renvoi a répondu elle-même à la troisième question en déterminant que, compte tenu du montant limité des sommes en jeu et des effets limités des mesures critiquées, le régime d'assurance soins flamand ne porte pas atteinte à la compétence du législateur fédéral relative à l'union économique en Belgique<sup>36</sup>. On pourrait en dire autant de l'incidence, si incidence il y a, sur la libre circulation dans la Communauté européenne.

### *Recevabilité*

40. Le gouvernement flamand conclut en ordre principal à l'irrecevabilité des deu-

42. Ces arguments ne me convainquent pas.

33 — Plutôt qu'une prestation financière spéciale à caractère non contributif telle que définie à l'article 4, paragraphe 2 bis.

34 — Ainsi que la décision de renvoi l'indique au point d) de sa première question, l'assurance soins est financée par, d'une part, des cotisations annuelles des affiliés et, d'autre part, une dotation à charge du budget des dépenses de la Communauté autonome concernée.

35 — C'est une condition suffisante pour qualifier une prestation de prestation à caractère contributif: voir arrêt Jauch (précité à la note 30, points 29 à 33).

43. La Cour a indiqué, à de nombreuses occasions, que la procédure instituée par l'article 234 CE est un instrument de

36 — Voir point B.10.3 de la décision de renvoi.

coopération entre la Cour et les juridictions nationales, grâce auquel la première fournit aux secondes les éléments d'interprétation du droit communautaire qui leur sont nécessaires pour la solution du litige qu'elles sont appelées à trancher<sup>37</sup>.

44. Dans le cadre de cette coopération, il appartient au seul juge national, qui est saisi du litige et doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de l'affaire pendante devant lui, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour. En conséquence, dès lors que les questions posées par les juridictions nationales portent sur l'interprétation d'une disposition de droit communautaire, la Cour est, en principe, tenue de statuer<sup>38</sup>.

45. Il est vrai que, dans des circonstances exceptionnelles, la Cour examinera les

conditions dans lesquelles la juridiction nationale aura opéré le renvoi, en vue de vérifier si la Cour est ou non compétente. Toutefois, le rejet d'une demande formée par une juridiction nationale n'est possible que s'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation sollicitée du droit communautaire n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal ou encore lorsque le problème est de nature hypothétique ou que la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées<sup>39</sup>.

46. En l'espèce, même si (ainsi que le gouvernement flamand le soutient) la réponse de la Cour aux deuxième et troisième questions peut avoir pour effet d'étendre l'assurance soins flamande dans son champ d'application plutôt que de la supprimer, on ne peut pas dire que la réponse à ces questions n'aidera pas la juridiction nationale en lui permettant de déterminer si, dans son état actuel, l'assurance soins flamande est compatible ou non avec le droit communautaire.

37 — Voir, notamment, arrêt du 16 juillet 1992, Meilicke (C-83/91, Rec. p. I-4871, point 22); ordonnances du 9 août 1994, La Pyramide (C-378/93, Rec. p. I-3999, point 10), et du 25 mai 1998, Nour (C-361/97, Rec. p. I-3101, point 10), et arrêt du 5 février 2004, Schneider (C-380/01, Rec. p. I-1389, point 20).

38 — Voir, notamment, arrêts du 15 décembre 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921, point 59); du 13 mars 2001, PreussenElektra (C-379/98, Rec. p. I-2099, point 38); du 22 janvier 2002, Canal Satellite Digital (C-390/99, Rec. p. I-607, point 18); Schneider (précité à la note 37, point 21); du 14 décembre 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, Rec. p. I-11987, points 16 et 17), et du 19 avril 2007, Asemfo (C-295/05, Rec. p. I-2999, point 30).

39 — Arrêts PreussenElektra (précité à la note 38, point 39); Canal Satellite digital (précité à la note 38, point 19); Schneider (précité à la note 37, point 22); du 23 novembre 2006, Asnef-Equifax (C-238/05, Rec. p. I-11125, point 17), et Asemfo (précité à la note 38, point 31).

47. De surcroît, le fait que la juridiction de renvoi peut avoir répondu au regard du droit interne à une question analogue à la troisième question posée ne signifie pas que la réponse puisse être automatiquement transposée à la situation au regard du droit communautaire.

Les ressortissants des autres États membres et les ressortissants belges ayant fait usage du droit à la libre circulation des travailleurs

48. Il s'ensuit que les deuxième et troisième questions sont recevables.

— La situation de cette catégorie de personnes relève-t-elle du champ d'application du règlement n° 1408/71 et/ou des dispositions du traité relatives à la libre circulation des personnes?

### *Le fond*

#### Observation préalable

50. Les ressortissants d'autres États membres travaillant dans la région de langue néerlandaise ou dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale mais qui vivent dans une autre région linguistique relèvent du champ d'application de l'article 39 CE ou 43 CE (selon qu'elles sont respectivement travailleurs salariés ou non salariés). Elles relèvent également du champ d'application du règlement n° 1408/71 en vertu de son article 2. Les ressortissants belges qui ont exercé leurs droits de circuler librement sont dans une situation analogue.

49. Dans ses observations écrites, la Commission distingue deux catégories de personnes: i) les ressortissants des autres États membres et les ressortissants belges ayant fait usage du droit à la libre circulation des travailleurs; ii) les ressortissants belges n'ayant pas fait usage du droit à la libre circulation des travailleurs. La distinction semble utile et je l'adopterai.

51. De manière plus générale, tout ressortissant communautaire, indépendamment de son lieu de résidence et de sa nationalité, qui

a fait usage du droit à la libre circulation des travailleurs et qui a exercé une activité professionnelle dans un État membre autre que celui de résidence, relève du champ d'application de l'article 39 CE<sup>40</sup>.

tations en matière de sécurité sociale<sup>42</sup>. Il demeure toutefois que, dans l'exercice de cette compétence, les États membres doivent respecter le droit communautaire<sup>43</sup>.

— La condition de résidence dont est assortie l'assurance soins flamande dresse-t-elle une entrave à la libre circulation des travailleurs?

52. De surcroît, même si, selon leur libellé, les dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs visent notamment à assurer le bénéfice du traitement national dans l'*État d'accueil*, elles s'opposent également à ce que l'*État d'origine* entrave la libre acceptation et l'exercice d'un emploi par l'un de ses ressortissants dans un autre État membre<sup>41</sup>.

54. La Cour a jugé à maintes reprises que les dispositions du traité relatives à la libre circulation des personnes visent à faciliter, pour les ressortissants communautaires, l'exercice d'activités professionnelles de toute nature sur l'ensemble du territoire de la Communauté et s'opposent aux mesures qui pourraient défavoriser ces ressortissants lorsqu'ils souhaitent exercer une activité économique sur le territoire d'un autre État membre<sup>44</sup>.

53. Le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des États membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale et, en l'absence d'une harmonisation au niveau communautaire, il appartient à la législation de chaque État membre de déterminer les conditions d'octroi des pres-

42 — Le traité n'a pas prévu l'harmonisation des législations de sécurité sociale des États membres. En particulier, l'article 42 CE (qui est avec l'article 308 CE la base juridique du règlement n° 1408/71) prévoit seulement une coordination des législations. Les différences de fond et de procédure entre les régimes de sécurité sociale de chaque État membre et, partant, dans les droits des personnes qui y travaillent ne sont donc pas touchées par cette disposition: voir arrêt du 19 mars 2002, Hervein e.a. (C-393/99 et C-394/99, Rec. p. I-2829, point 50 et la jurisprudence citée). Voir, également, arrêts du 9 mars 2006, Piatkowski (C-493/04, Rec. p. I-2369, point 20), et du 18 juillet 2006, Nikula (C-50/05, Rec. p. I-7029, point 20, dans lequel la Cour a indiqué que le système mis en place par le règlement n° 1408/71 est uniquement un système de coordination portant, notamment, sur la détermination de la ou des législations applicables aux travailleurs salariés et non salariés qui font usage, dans différentes circonstances, de leur droit à la libre circulation).

40 — Voir, notamment, arrêts du 23 février 1994, Scholz (C-419/92, Rec. p. I-505, point 9); du 26 janvier 1999, Terhoeve (C-18/95, Rec. p. I-345, point 27); du 12 décembre 2002, de Groot (C-385/00, Rec. p. I-11819, point 76); du 2 octobre 2003, van Lent (C-232/01, Rec. p. I-11525, point 14), et du 21 février 2006, Ritter-Coulais (C-152/03, Rec. p. I-1711, point 31).

41 — Arrêt de Groot (précité à la note 40, point 79); voir également, notamment, arrêts Terhoeve (précité à la note 40, points 27 à 29), et du 11 janvier 2007, ITC (C-208/05, Rec. p. I-181, points 31 à 34).

43 — Voir, notamment, arrêts du 12 juillet 2001, Smits et Peerbooms (C-157/99, Rec. p. I-5473, points 44 à 46); du 13 mai 2003, Müller-Fauré et van Riet (C-385/99, Rec. p. I-4509, point 100 et jurisprudence citée); du 23 octobre 2003, Inizan (C-56/01, Rec. p. I-12403, point 17), et du 19 avril 2007, Stamatelaki (C-444/05, Rec. p. I-3185, point 23).

44 — Voir, notamment, arrêts du 7 juillet 1992, Singh (C-370/90, Rec. p. I-4265, point 16); Terhoeve (précité à la note 40, point 27); du 27 janvier 2000, Graf (C-190/98, Rec. p. I-493, point 21); Ritter-Coulais (précité à la note 40, point 33); du 17 mars 2005, Kranemann (C-109/04, Rec. p. I-2421, point 25), et du 9 novembre 2006, Turpeinen (C-520/04, Rec. p. I-10685, point 14).

55. Des dispositions nationales qui empêchent ou dissuadent un travailleur ressortissant d'un État membre de quitter son État d'origine pour exercer son droit à la libre circulation constituent, dès lors, des entraves à cette liberté, même si elles s'appliquent indépendamment de la nationalité des travailleurs concernés<sup>45</sup>. En d'autres mots, une mesure nationale peut être susceptible de dresser une entrave interdite, même si elle n'est pas discriminatoire.

56. Cependant, pour constituer effectivement une entrave, ces dispositions doivent affecter l'accès des travailleurs au marché du travail et leur effet sur la libre circulation ne doit pas être trop indirect et aléatoire<sup>46</sup>.

57. Examinons à ce stade l'effet concret des règles de l'assurance soins flamande. Imaginez un ressortissant français souhaitant accepter une offre d'emploi à Hoegaarden (située dans la région de langue néerlandaise de Belgique) et résidant actuellement à Givet dans la Région Champagne-Ardenne en France (à environ 95 kilomètres de Hoegaarden). Il est plausible qu'il préférera vivre dans une région dont la langue officielle correspond à sa langue maternelle et où ses

enfants pourront aisément suivre leur scolarité sur place dans cette même langue. Il pourrait de ce fait décider de déménager à Jodoigne (située dans la région de langue française de Belgique) à environ 7 kilomètres au sud de Hoegaarden. S'il le fait, il ne pourra pas s'affilier à l'assurance soins flamande. S'il voulait souscrire à ce régime et continuer à vivre dans une région où le français est une langue officielle, il devrait choisir soit d'établir sa résidence dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale (par exemple à Woluwe-Saint-Lambert/Sint-Lambrechts-Woluwe, à environ 44 kilomètres à l'ouest de Hoegaarden), soit de continuer à résider en France<sup>47</sup>.

58. La perspective de navettes quotidiennes sur des axes encombrés — et même leur incidence sur l'environnement — pourrait le dissuader d'accepter l'offre d'emploi en question et, de ce fait, d'exercer son droit de libre circulation. La Communauté française de Belgique et la Communauté germanophone de Belgique n'ayant pas mis en place de régimes analogues d'assurance, il ne pourrait pas résoudre le problème en cherchant à s'affilier à un régime d'assurance soins dans un lieu de résidence situé en Belgique, mais en dehors de la région de langue néerlandaise ou de la région bilingue de Bruxelles-Capitale.

45 — Arrêts du 7 mars 1991, Masgio (C-10/90, Rec. p. I-1119, points 18 et 19); Terhoeve (précité à la note 40, point 39); du 15 juin 2000, Sehrer (C-302/98, Rec. p. I-4585, point 33); de Groot (précité à la note 40, point 78); van Lent (précité à la note 40, point 16); Kranemann (précité à la note 44, point 26), et Turpeinen (précité à la note 44, point 15).

46 — Arrêt Graf (précité à la note 44, points 23 à 25).

47 — Par souci d'exhaustivité, j'ajouterai qu'il pourrait aussi envisager d'aller dans une des communes de la région de langue néerlandaise dites «à facilités» ouvrant aux francophones la faculté de s'organiser en langue française sur certains plans administratif et scolaire (enseignement primaire). Vraisemblablement, les communes les plus proches pourraient alors être Wezembeek-Oppem et Kraainem ou Herstappe situées chacune à un peu plus de 40 kilomètres à l'ouest ou à l'est de Hoegaarden. Voir Clement, J., *Taalvrijheid, bestuurtaal en minderheidsrechten Het Belgisch model*, Antwerpen/Groningen/Oxford, Intersentia, 2003, p. 838 à 850.

59. Il est donc clair que la condition de résidence peut dresser, dans certaines circonstances, une entrave à la libre circulation des personnes.

— La condition de résidence a-t-elle sur la libre circulation un effet trop indirect et aléatoire?

60. La Commission suggère que cette appréciation soit abandonnée aux lumières de la juridiction nationale.

61. Je ne l'approuve pas.

62. Je trouve qu'il est difficile d'apercevoir précisément les critères auxquels la juridiction se référerait, sans indication de cette Cour, pour apprécier la faible probabilité de cet effet et son caractère aléatoire. Il me semble que la Cour a suffisamment d'éléments pour résoudre la question dans son principe.

63. Le gouvernement flamand estime que le nombre de personnes affectées sera relativement réduit et que l'éventuelle affiliation à l'assurance soins ne peut avoir qu'une incidence marginale sur le choix des particuliers d'exercer ou non leurs droits de libre circulation. Il renvoie dès lors à l'arrêt Graf, dans lequel la Cour a indiqué que, pour être aptes à constituer des entraves, il faut que les mesures nationales conditionnent l'accès des travailleurs au marché du travail et que leur incidence sur la libre circulation ne soit pas trop aléatoire et indirecte<sup>48</sup>.

64. Dans l'affaire Graf, le cas de figure soumis à la Cour dépendait d'un événement futur et purement hypothétique. En revanche, il est évident que, dans la présente affaire, tout travailleur migrant envisageant d'accepter une offre d'emploi dans la région de langue néerlandaise sera susceptible d'être affecté par les conditions de résidence régissant l'affiliation à l'assurance soins flamande. Il ne s'agit pas d'une situation hypothétique.

65. Je ne pense pas que la Cour doive s'efforcer de déterminer l'ampleur exacte de l'incidence qu'une mesure de cette nature a sur la décision du travailleur en particulier. Autrement, le fait que certains travailleurs ne puissent pas être découragés par une mesure particulière pourrait toujours être invoqué

48 — Arrêt précité à la note 44, points 23 à 25.

comme raison de soutenir que l'incidence éventuelle de cette mesure sur l'accès au marché du travail était trop aléatoire et indirecte. De surcroît, il est difficile de voir comment la Cour se livrerait à une telle appréciation. Il me semble que, pour qu'une mesure constitue une entrave, il suffit qu'elle soit raisonnablement susceptible d'avoir cet effet sur les travailleurs migrants.

66. J'admets qu'il est difficile d'estimer combien de personnes seront effectivement affectées par la condition de résidence figurant dans l'assurance soins flamande. Toutefois, il est clair que de nombreuses personnes peuvent être susceptibles d'être affectées, en particulier dans un pays comme la Belgique où travaillent bon nombre de citoyens de l'Union européenne qui ne sont pas belges.

67. Les effets de la condition de résidence ne sont donc pas trop aléatoires ni trop indirects.

68. Le gouvernement flamand soutient également qu'il n'est pas certain que l'affiliation à l'assurance soins soit un «avantage» quand on sait qu'elle donne lieu à une cotisation obligatoire.

69. Je n'accepte pas cet argument.

70. On doit supposer que, en mettant l'assurance soins en place, le gouvernement flamand a pensé accorder à ses citoyens un avantage plutôt que lui imposer une charge. À suivre le gouvernement flamand dans son raisonnement, le bénéfice d'indemnités de chômage pourrait également être considéré comme désavantageux. Un certain nombre de particuliers peuvent verser des cotisations tout au long de leur carrière sans jamais toucher d'indemnité de chômage — ils peuvent même espérer ne jamais en avoir besoin. L'idée centrale de ces régimes de sécurité sociale n'est toutefois pas que chacun en bénéficie directement, mais bien que chacun puisse en bénéficier, le cas échéant, dans l'intérêt de la population dans son ensemble.

— La condition de résidence est-elle également indirectement discriminatoire?

71. Ainsi que je l'ai déjà indiqué<sup>49</sup>, une mesure nationale qui dresse une entrave à la libre circulation des personnes ne peut pas rester appliquée même si elle n'est pas discriminatoire. Toutefois, l'aspect discriminatoire ayant été évoqué plus ou moins abondamment par les parties dans leurs observations écrites et à l'audience, je vais l'aborder.

<sup>49</sup> — Voir point 55.

72. Il est bien établi que le principe d'égalité de traitement, tel qu'il est inscrit à l'article 39, paragraphe 2, CE et mis en œuvre, à l'endroit de la sécurité sociale des travailleurs migrants, à l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71, prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité des bénéficiaires des régimes de sécurité sociale, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat<sup>50</sup>.

73. Ainsi, doivent être regardées comme indirectement discriminatoires les conditions du droit national qui, bien qu'indistinctement applicables selon la nationalité, affectent essentiellement ou dans leur grande majorité les travailleurs migrants, ainsi que les conditions indistinctement applicables qui peuvent être plus facilement remplies par les travailleurs nationaux que par les travailleurs migrants ou encore qui risquent de jouer, en particulier, au détriment de ces derniers<sup>51</sup>.

74. Une disposition de droit national doit être considérée comme indirectement dis-

criminatoire dès lors qu'elle est susceptible, par sa nature même, d'affecter davantage les ressortissants d'autres États membres que les ressortissants nationaux et qu'elle risque, par conséquent, de défavoriser plus particulièrement les premiers. Une disposition de cette nature ne sera admise que si elle est objectivement justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi<sup>52</sup>.

75. Le gouvernement flamand soutient que les travailleurs migrants sont traités exactement comme les travailleurs belges se trouvant dans une situation analogue.

76. La difficulté est toutefois de déterminer le bon point de comparaison, c'est-à-dire de déterminer quels sont les ressortissants belges qui sont dans une «situation analogue».

77. Les deuxième et quatrième considérants du règlement n° 1408/71 indiquent qu'il a pour objectif d'assurer la libre circulation des

50 — Arrêts du 25 juin 1997, Mora Romero (C-131/96, Rec. p. I-3659, point 32); du 21 septembre 2000, Borawitz (C-124/99, Rec. p. I-7293, point 24), et Celozzi (précité à la note 30, point 22).

51 — Arrêts du 23 mai 1996, O'Flynn (C-237/94, Rec. p. I-2617, point 18); Borawitz (précité à la note 50, point 25), et Celozzi (précité à la note 30, point 24).

52 — Voir, en ce sens, arrêts O'Flynn (précité à la note 51, point 20); du 27 novembre 1997, Meints (C-57/96, Rec. p. I-6689, point 45); Borawitz (précité à la note 50, point 27), et Celozzi (précité à la note 30, point 26).

travailleurs salariés et non salariés dans la Communauté, tout en respectant les caractéristiques propres aux législations nationales de sécurité sociale. À cet effet, ainsi qu'il résulte de ses cinquième, sixième et dixième considérants, ce règlement vise à garantir au mieux l'égalité de traitement de tous les travailleurs occupés sur le territoire d'un État membre ainsi qu'à ne pas pénaliser les travailleurs qui exercent leur droit à la libre circulation<sup>53</sup>. L'article 13, paragraphe 2, sous a), prévoit, en règle générale, que la législation applicable est la *lex loci laboris*.

78. L'État membre dans le territoire duquel l'égalité doit être réalisée sera donc normalement l'État où se situe le lieu de travail.

79. Ainsi que la Commission l'a suggéré à l'audience, le bon point de référence de la comparaison n'est donc pas le lieu de résidence, mais le lieu de travail. Que se

passé-t-il quand on compare deux groupes dont les membres travaillent tous dans la région de langue néerlandaise ou dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, mais vivent, respectivement, dans la région de langue néerlandaise ou dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, d'une part, et dans les régions de langue française ou allemande, d'autre part?

80. Supposez deux personnes travaillant dans la même entreprise établie à Hoegaarden. Les deux veulent vivre aussi près que possible de leur lieu de travail. Le travailleur A est un belge néerlandophone. Il décide de vivre à Hoegaarden même. Le travailleur B est français. Pour les raisons suggérées plus haut, il décide de vivre à Jodoigne. Ils travaillent dans le même État membre, dans la même région, dans la même ville et pour la même entreprise. Leurs habitations sont distantes de 7 kilomètres. Le travailleur A peut — doit même — s'affilier à l'assurance soins flamande et pourra bénéficier de ses prestations. Le travailleur B ne le peut pas. Il est évident que, dans cet exemple, il n'y a pas d'égalité de traitement.

53 — Arrêts du 8 mars 2001, Commission/Allemagne (C-68/99, Rec. p. I-1865, points 22 et 23); du 26 mai 2005, Allard (C-249/04, Rec. p. I-4535, point 31); Piatkowski (précité à la note 42, point 19), et Nikula (précité à la note 42, point 20). À cet égard, il convient de ne pas lire hors de son contexte le point 34 de l'arrêt Piatkowski, où la Cour a indiqué avoir jugé que «le traité CE ne garantit pas à un travailleur que l'extension de ses activités dans plus d'un État membre ou leur transfert dans un autre État membre soient neutres en matière de sécurité sociale». Cette indication apparaît pour la première fois dans l'arrêt Hervein e.a. (précité à la note 42, point 51). Dans cet arrêt, elle suit le passage dans lequel la Cour a souligné que le traité n'a pas prévu l'harmonisation des législations de sécurité sociale et que les différences de fond et de procédure entre les régimes de sécurité sociale de chaque État membre et, partant, dans les droits des personnes qui y travaillent ne sont donc pas touchées. En d'autres mots, le droit communautaire n'impose pas aux États membres de prévoir des cotisations égales ou le même mode de calcul de ces cotisations. Les faits qui ont donné lieu aux arrêts Hervein e.a. et Piatkowski montrent que c'est ce que la Cour avait à l'esprit.

81. Il n'est pas nécessaire d'établir que la disposition en question affecte concrètement une proportion nettement plus grande de travailleurs migrants. Il suffit qu'elle soit susceptible d'avoir cet effet<sup>54</sup>.

54 — Voir, à cet égard, arrêts O'Flynn (précité à la note 51, point 21) et Celozzi (précité à la note 30, point 27).

82. Il est également sans importance que la mesure en cause affecte, dans certaines circonstances, aussi bien des ressortissants de l'État en question qui résident dans d'autres régions du territoire national que des ressortissants d'autres États membres. Pour qu'une mesure puisse être qualifiée de discriminatoire, il n'est pas nécessaire qu'elle favorise l'ensemble des travailleurs de l'État en question ou ne défavorise que les seuls travailleurs ressortissant des autres États membres à l'exclusion des travailleurs de l'État en question<sup>55</sup>.

83. Un régime tel que celui en cause dans le litige au principal impose donc une différence de traitement au détriment de travailleurs migrants.

— L'application de la *lex loci laboris* pour désigner la région compétente de l'État compétent.

84. À l'audience, la Commission a également suggéré d'appliquer l'article 13 du règlement n° 1408/71, en utilisant la *lex loci laboris* comme facteur unique de rattachement pour désigner à la fois l'État membre et l'entité décentralisée de cet État membre dont la législation est applicable. Autrement, un travailleur migrant peut perdre, en vertu de la législation nationale, une prestation qui lui

aurait été servie en vertu du droit communautaire. Cela compromettrait le régime de coordination établi par le règlement n° 1408/71.

85. J'approuve la Commission.

86. Pour poursuivre dans mon illustration précédente: supposez que le même ressortissant français, qui a accepté un travail à Hoegaarden, décide au départ de faire la navette entre son lieu de travail et son habitation à Givet. Il le fait pour un certain nombre d'années. Il décide ensuite que la vie serait plus facile pour toute sa famille s'ils se rapprochaient de son lieu de travail et s'établissaient à Jodoigne. En transférant sa résidence de France dans la région de langue française de Belgique, tout en continuant à travailler dans la région de langue néerlandaise, il perdra le bénéfice de l'assurance soins flamande. Il apparaît que cela peut le dissuader d'exercer son droit à la liberté de circulation et de résidence.

87. À première vue, la situation que je viens de décrire semble être celle envisagée par l'article 21, paragraphe 4, du règlement n° 1408/71: un travailleur qui ne résidait pas auparavant dans l'État membre compétent transfère sa résidence dans l'État compétent, en l'espèce la Belgique.

55 — Voir, à cet égard, notamment, arrêts du 6 juin 2000, Angonese (C-281/98, Rec. p. I-4139, point 41), et du 16 janvier 2003, Commission/Italie (C-388/01, Rec. p. I-721, point 14).

88. L'article 21, paragraphe 4, du règlement n° 1408/71 prévoit que le travailleur migrant bénéficie ou continue de bénéficier de prestations conformément à la législation de l'État compétent. À première vue, la situation au regard de l'assurance soins flamande semble conforme à cette exigence en ce que le migrant français est traité conformément à la législation de l'État compétent, en l'espèce la législation flamande.

89. Ce raisonnement pêche néanmoins sur deux points.

90. Premièrement, l'absence d'inégalité de traitement, à laquelle on peut conclure à première vue, se fonde sur une comparaison entre un ressortissant français transférant sa résidence dans la région de langue française de Belgique et un ressortissant belge vivant dans la région de langue française de Belgique.

91. Ainsi que je l'ai indiqué plus haut, ce n'est pas la bonne comparaison à faire.

92. Deuxièmement, ainsi que la Commission l'a relevé à juste titre à l'audience, le régime

de coordination du règlement n° 1408/71 est fondé sur l'idée que les régimes de sécurité sociale sont organisés à l'échelon des États membres.

93. Lorsque l'article 13 désigne la *lex loci laboris* comme loi applicable, il suppose à la fois que l'entité territoriale dans laquelle est situé le lieu de travail est compétente pour servir les prestations en question, et qu'elle est compétente pour les servir de manière égale à toute personne travaillant dans ce territoire.

94. De même, lorsque l'article 21, paragraphe 4, du règlement n° 1408/71 dispose qu'un travailleur migrant transférant sa résidence dans l'État compétent recevra ou continuera de recevoir les prestations conformément à la législation de l'État compétent, il suppose que l'État compétent est en effet *compétent* pour servir au travailleur migrant n'importe laquelle des prestations qu'il sert à ses propres citoyens. Toutefois, dans la présente affaire, l'aire de compétence de l'autorité compétente de l'État compétent ne s'étend, en réalité, qu'à une partie du territoire de cet État.

95. Pour que, dans mon exemple, le travailleur français se voie servir les prestations, il doit soit continuer de vivre en France soit

transférer sa résidence non pas simplement dans l'État compétent (la Belgique), mais dans la partie du territoire de l'État compétent dans laquelle l'autorité compétente est compétente (la région de langue néerlandaise ou la région bilingue de Bruxelles-Capitale).

96. La solution est de recourir à la *lex loci laboris* pour désigner le régime applicable de sécurité sociale à la fois au regard de l'État membre (la Belgique) et de l'autorité décentralisée de l'État membre dont la législation est applicable (la Communauté flamande). On ferait ainsi effectivement correspondre la situation décrite dans mon exemple à celle envisagée à l'article 19, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71 qui prévoit qu'une personne bénéficiera de ces prestations, même si elle réside «sur le territoire d'un État membre autre que l'État compétent», à savoir en l'espèce partout ailleurs que dans la région de langue néerlandaise ou la région bilingue de Bruxelles-Capitale.

97. Une telle solution contribue aussi à l'emploi cohérent du terme «État» dans le règlement n° 1408/71. Si le lieu du travail détermine l'État compétent, les références à l'État compétent faites dans le règlement n° 1408/71 doivent aussi se comprendre (au besoin) comme visant l'entité compétente dans l'État membre compétent.

discrimination indirecte au détriment des travailleurs migrants, est-elle objectivement justifiée?

98. L'entrave ou la différence de traitement en cause est-elle fondée sur des considérations objectives indépendantes de la nationalité des personnes concernées et proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par la législation nationale<sup>56</sup>?

99. Le gouvernement flamand soutient que la condition de résidence est inhérente à la répartition des compétences dans la structure fédérale de la Belgique. La différence de traitement ne résulte pas d'une discrimination, mais du fait que la Communauté flamande n'est pas compétente envers les personnes résidant dans l'une des autres régions linguistiques de la Belgique. Conformément au droit constitutionnel belge, ces personnes relèvent de la compétence des Communautés française ou germanophone. Ces Communautés ont choisi de ne pas mettre en place de régime d'assurance soins analogue à celui de la Communauté flamande. Assimiler des différences de traitement de ce type à une discrimination revient à dénier aux États membres le droit d'opter pour une structure fédérale composée d'entités fédérées autonomes légiférant uniquement dans cette partie du territoire national relevant de leurs compétences.

— Si la condition de résidence doit bel et bien s'analyser comme une entrave à la libre circulation et/ou comme une

56 — Voir, notamment, arrêts O'Flynn (précité à la note 51, point 19); du 24 novembre 1998, Bickel et Franz (C-274/96, Rec. p. I-7637, point 27); Borawitz (précité à la note 50, point 26); du 23 mars 2004, Collins (C-138/02, Rec. p. I-2703, point 66), et Celozzi (précité à la note 30, point 25).

100. Je n'admets pas cet argument.

des dispositions directement applicables d'un règlement.

101. Il est bien établi qu'un État membre ne saurait exciper de dispositions, de pratiques ou de situations de son ordre juridique interne, y compris celles découlant de son organisation fédérale, pour justifier l'inobservation des obligations et des délais prescrits par une directive<sup>57</sup>. Chaque État membre est libre de répartir, comme il l'entend, les compétences normatives sur le plan interne. Il n'en demeure pas moins qu'en vertu de l'article 226 CE il répond seul du respect des obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire<sup>58</sup>. La Cour a aussi clairement indiqué que l'invocation d'atteintes portées aux principes d'une structure constitutionnelle nationale ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État<sup>59</sup>.

102. Il doit en aller de même a fortiori d'atteintes à des dispositions du traité<sup>60</sup> et à

103. Il s'ensuit que, si l'argument voulant que la Communauté flamande est dépourvue de la compétence requise pour légiférer à l'égard des personnes ne résidant pas dans la région de langue néerlandaise ou dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale peut se comprendre dans une perspective interne, il est vain au regard de la question de savoir si la condition de résidence est conforme ou non au droit communautaire.

104. Le gouvernement flamand soutient qu'une telle analyse empêcherait de facto les États membres d'adopter une structure fédérale. Je n'admets pas cette allégation.

57 — Voir arrêts du 2 février 1982, *Commission/Belgique* (69/81, Rec. p. 163, point 5); du 17 septembre 1998, *Commission/Belgique* (C-323/96, Rec. p. I-5063, point 42); du 6 juillet 2000, *Commission/Belgique* (C-236/99, Rec. p. I-5657, point 23); du 11 octobre 2001, *Commission/Autriche* (C-111/00, Rec. p. I-7555, point 12); et comparer la règle bien établie en droit des gens à cet effet, telle qu'elle a été consacrée à l'article 27 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités: «Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité [...]».

58 — Voir, notamment, arrêts du 14 janvier 1988, *Commission/Belgique* (22/857 à 230/85, Rec. p. 1, points 9 et 10); du 13 décembre 1991, *Commission/Italie* (C-33/90, Rec. p. I-5987, point 24); du 16 janvier 2003, *Commission/Italie* (précité à la note 55, point 27), et du 10 juin 2004, *Commission/Italie* (C-87/02, Rec. p. I-5975, point 38).

59 — Arrêt du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft* (11/70, Rec. p. 1125, point 3).

60 — Voir, à cet égard, arrêt du 25 juillet 1991, *Aragonesa de Publicidad Exterior et Publivia* (C-1/90 et C-176/90, Rec. p. I-4151, point 8).

105. Le Royaume de Belgique n'est pas le seul État membre à avoir choisi une structure fédérale ou décentralisée d'une autre manière. Le droit communautaire n'a pas empêché d'autres États membres, et/ou leurs autorités décentralisées, d'exercer leurs compétences telles que définies par la loi

nationale. Toutefois, un État membre ne peut pas se servir de sa structure décentralisée comme voile pour justifier un manquement aux obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire.

106. On pourrait dire que, le cas échéant, les autorités décentralisées des États membres doivent avoir un mécanisme leur permettant de prendre part à l'élaboration de la réglementation de l'Union européenne, spécialement lorsque l'État membre lui-même n'est pas compétent. (J'ajoute au passage que des arguments analogues valent pour l'intérêt et la qualité pour agir dans les recours directs portés devant la Cour au titre de l'article 230 CE<sup>61</sup>.)

107. Cela est bien vrai. Les dispositifs institutionnels appropriés peuvent toutefois être mis en place pour assurer cette participation dans l'élaboration de textes communautai-

res. On peut y parvenir, par exemple, en recourant à l'article 203, premier alinéa, CE qui permet implicitement à des ministres régionaux de représenter leur État membre au Conseil. Je relève que des dispositifs de cette nature ont été effectivement mis en place dans l'architecture constitutionnelle de la Belgique<sup>62</sup>.

108. L'absence présumée de compétence de la Communauté flamande pour légiférer à l'égard de personnes ne vivant pas dans la région de langue néerlandaise ou la région bilingue de Bruxelles-Capitale ne peut donc pas être invoquée à titre de justification objective.

109. Le gouvernement flamand poursuit en relevant que rien n'empêche les personnes qui habitent dans la région de langue

61 — Voir, par exemple, ordonnances du 21 mars 1997, Région wallonne/Commission (C-95/97, Rec. p. I-1787), et du 1<sup>er</sup> octobre 1997, Regione Toscana/Commission (C-180/97, Rec. p. I-5245). Voir par ailleurs Van Nuffel, P., «What's in a Member State? Central and decentralised authorities before the Community courts», *Common Market Law Review*, 2001, p. 894 à 899. Weatherill, S., «The Challenge of the Regional Dimension in the European Union», dans Weatherill, S., et Bernitz, U. (éd.), *The Role of Regions and Sub-national Actors in Europe*, Oxford and Portland, Oregon, 2005, p. 30 et 31, définit cet intérêt et cette qualité pour agir des entités subalternes comme étant le corollaire naturel des obligations que le droit de l'Union européenne impose directement à ces entités.

62 — L'État fédéral et les entités fédérées de la Belgique ont donc conclu un accord de droit interne aux termes duquel le Royaume de Belgique peut être représenté au Conseil soit par une délégation composée de représentants de l'État fédéral et des entités fédérées soit par l'État fédéral seul ou par les entités fédérées seules ou par l'une d'entre elles seule: voir accord de coopération, du 8 mars 1994 (*Moniteur belge* du 17 novembre 1994) tel que modifié le 13 février 2003 (*Moniteur belge* du 25 février 2003). Voir Bribostia, H., «La participation des autorités exécutives aux travaux du Conseil de l'Union et des conférences intergouvernementales», Dans Lejeune, Y. (éd.), *La participation de la Belgique à l'élaboration et à la mise en œuvre du droit européen/De deelname van België aan de voorbereiding en de uitvoering van het Europees recht*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 85 à 144. Sur la possibilité pour les autorités décentralisées de participer aux prises de décision dans l'Union voir aussi Van Nuffel, P., *De rechtsbescherming van nationale overheden in het Europees recht*, Deventer, Kluwer, 2000, p. 472 à 488, et de manière générale sur le rôle des autorités décentralisées dans l'Union: Lenaerts, K., et Van Nuffel, P., *Constitutional Law of the European Union*, 2<sup>e</sup> édition, Londres Sweet & Maxwell, 2005, p. 532 à 537.

française, et qui sont employées dans la région de langue néerlandaise, de recourir au système d'aide organisé par la Communauté française<sup>63</sup>. Cependant, ni la Communauté française ni la Communauté germanophone n'ont apparemment mis en place d'assurance soins équivalente. L'argument est dès lors vain.

110. Dans la mesure où sont concernés des ressortissants d'autres États membres travaillant en Belgique et des ressortissants belges ayant exercé leurs droits de libre circulation, il conviendrait de répondre aux deuxième et troisième questions posées en ce sens que les articles 39 CE et 43 CE et l'article 3 du règlement n° 1408/71 s'opposent à ce qu'une Communauté autonome d'un État membre fédéral adopte des dispositions qui, dans l'exercice de ses compétences, permettent uniquement aux personnes résidant dans le territoire pour lequel cette Communauté autonome est compétente ou dans un autre État membre d'être assurées et couvertes par un régime de sécurité sociale au sens de ce règlement, à l'exclusion des personnes, quelle que soit leur nationalité, qui ont leur domicile dans une partie du territoire du même État fédéral pour laquelle une autre Communauté autonome est compétente.

111. Ayant abouti à cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'examiner si ces mêmes personnes peuvent également invoquer des droits au titre de l'article 18 CE, qui confère

un droit général à chaque citoyen de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve de certaines limitations. Au regard de la libre circulation des travailleurs, cette disposition trouve une expression spécifique à l'article 39 CE. À l'égard des personnes qui ont exercé des droits économiques classiques de libre circulation, il n'est dès lors pas nécessaire de se prononcer séparément sur l'interprétation de l'article 18 CE<sup>64</sup>.

Les citoyens belges qui n'ont pas exercé leurs droits à la libre circulation

112. Cette catégorie doit-elle être considérée comme étant dans une «situation purement interne» échappant au droit communautaire?

113. La Cour a indiqué à différentes occasions que les règles du traité en matière de libre circulation des personnes et les actes pris en exécution de ces règles ne peuvent

63 — Point A.3.2.2 de la décision de renvoi.

64 — Voir, notamment, arrêts du 29 février 1996, Skanavi et Chryssanthakopoulos (C-193/94, Rec. p. I-929, point 22); du 15 septembre 2005, Ioannidis (C-258/04, Rec. p. I-8275, point 37), et du 26 avril 2007, Alevizos (C-392/05, Rec. p. I-3505, point 80).

être appliqués à des activités qui ne présentent aucun facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit communautaire et dont l'ensemble des éléments pertinents se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre<sup>65</sup>.

114. De manière plus spécifique, la Cour a indiqué dans l'arrêt *Petit* que le règlement n° 1408/71 ne s'applique pas aux situations dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre<sup>66</sup>. La partie demanderesse dans ces litiges était un ressortissant belge qui avait toujours résidé en Belgique et avait travaillé sur le seul territoire de cet État membre.

115. Analysée au regard des libertés économiques classiques, la situation de ressortissants belges n'ayant jamais exercé le droit à la libre circulation apparaît être purement interne. Cela signifie-t-il qu'elle reste parfaitement hermétique à l'application du droit communautaire?

116. Je dois avouer que je trouve 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. Quelle est, pourrait-on dire en forme de question rhétorique, quelle est donc cette Union européenne qui garantit la libre circulation entre Dunkerque (France) et De Panne (Belgique), mais pas entre Jodoigne et Hoegaarden?

117. Au vu de ce que j'ai dit plus haut sur l'application des notions de *lex loci laboris* et d'État compétent, il 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)<sup>67</sup>.

118. Les effets bénéfiques du démantèlement de barrières entravant la liberté de circulation entre États membres peuvent être facilement minés si des autorités décentralisées ont les compétences voulues et sont libres de dresser des barrières de cet ordre entre elles. Compte tenu des tendances à la régionalisation dans différents États mem-

65 — Voir, notamment, arrêts du 27 octobre 1982, *Morson et Jhanjan* (35/82 et 36/82, Rec. p. 3723, point 16); du 22 septembre 1992, *Petit* (C-153/91, Rec. p. I-4973, point 8); *Terhoeve* (précité à la note 40, point 26); du 5 juin 1997, *Uecker et Jacquet* (C-64/96 et C-65/96, Rec. p. I-3171, point 16); du 11 octobre 2001, *Khalil e.a.* (C-95/99 à C-98/99 et C-180/99, Rec. p. I-7413, point 69), et *ITC* (précité à la note 41, point 29).

66 — Arrêt précité à la note 65, point 10, et arrêt *Khalil e.a.* (précité à la note 65, point 70).

67 — Dans le contexte des aides d'État, la Cour n'a en effet pas hésité à examiner l'incidence de telles aides en se référant spécifiquement à la région dans laquelle une entité autonome subalterne a exercé ses compétences: voir arrêt du 6 septembre 2006, *Portugal/Commission* (C-88/03, Rec. p. I-7115, points 54 à 78, et conclusions de l'avocat général Geelhoed, points 48 à 62).

bres, cela peut être un problème sérieux. Toute bénéfique que puisse être la régionalisation dans la perspective de la subsidiarité<sup>68</sup> et du contrôle démocratique, elle ne doit pas se faire au prix d'une atteinte portée (de facto) au rayonnement de la libre circulation ou à l'effet utile du droit communautaire.

119. De surcroît, la situation qui se présente en l'occurrence est une version plutôt curieuse d'une «situation purement interne».

120. Les Communautés et les Régions de la Belgique agissant en tant que législateurs autonomes dans leurs sphères de compétences, leur position est à cet égard équivalente à celle d'un État membre. 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.

121. La présente affaire donne, dès lors, à la Cour l'occasion de réfléchir au principe de sa jurisprudence sur les situations purement internes et à l'idée qui y préside.

122. Le gouvernement de la Communauté française et le gouvernement wallon soutiennent que la liberté de circulation des personnes devrait être alignée dans la mesure du possible sur la libre circulation des marchandises. Dans ce contexte, ils invoquent les arrêts que la Cour a rendus dans les affaires Legros e.a.<sup>69</sup>, Lancry e.a.<sup>70</sup> et Simitzi<sup>71</sup>, qui ont étendu selon eux l'interdiction des barrières douanières à une interdiction analogue de frontières régionales dans un État membre. Par analogie, l'assurance soins flamande devrait être assimilée à une barrière douanière interne au regard de la liberté de circulation des personnes.

123. Pour étudier cet argument, il faut examiner l'idée qui préside à l'extension

68 — Voir article 1<sup>er</sup> UE disposant que les décisions dans l'Union sont prises «le plus près possible des citoyens». Cela peut devoir se comprendre dans un sens plus vaste que celui consacré à l'article 5 CE. Voir MacCormick, N., *Questioning Sovereignty*, Oxford, OUP, 1999, p. 135: «The doctrine of subsidiarity requires decision-making to be distributed to the most appropriate level. In that context, the best democracy — and the best interpretation of popular sovereignty — is one that insists on levels of democracy appropriate to levels of decision-making». Le principe de subsidiarité veut que les lieux de décision soient répartis au meilleur niveau. Dans ce contexte, la meilleure démocratie — et la meilleure interprétation de la souveraineté populaire — est celle qui met l'accent sur des niveaux de démocratie appropriés aux niveaux des lieux de pouvoir. Sur le fédéralisme et la sécurité sociale en Belgique, voir Velaers, J., «Sociale zekerheid tussen unionisme en federalisme» dans Deleeck, H., *Sociale zekerheid en federalisme*, Brugge, Die Keure, 1991, p. 215 à 229. Sur le rôle de la solidarité dans ce débat, voir également Roland, G., Vandeveldt, T., et Van Parijs, P., «Autonomie régionale et solidarité: une alliance durable?» dans Cattoir, P., et al. (éd.), *Autonomie, solidarité et coopération/Autonomie, solidariteit en samenwerking*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 525 à 540.

69 — Arrêt du 16 juillet 1992 (C-163/90, Rec. p. I-4625).

70 — Arrêt du 9 août 1994 (C-363/93 et C-407/93 à C-411/93, Rec. p. I-3957).

71 — Arrêt du 14 septembre 1995 (C-485/93 et C-486/93, Rec. p. I-2655).

aux situations internes de l'interdiction des barrières douanières affectant la libre circulation des marchandises. À cet égard, la jurisprudence de la Cour invoque à la fois des considérations pratiques et conceptuelles.

124. Dans l'arrêt *Lancry e.a.*, la Cour a relevé que des taxes telles que celles en cause dans cette affaire frappaient toutes les marchandises indistinctement. Il serait de fait impossible sur un plan pratique d'opérer une distinction entre les produits d'origine nationale et les produits originaires d'autres États membres. Vérifier au cas par cas si un produit particulier est originaire d'un autre État membre engendrerait des procédures administratives et des retards supplémentaires qui en soi constitueraient des entraves à la libre circulation des marchandises<sup>72</sup>.

125. Cette justification pragmatique de l'interdiction de barrières douanières internes affectant la libre circulation des marchandises ne peut toutefois pas être transposée à la libre circulation des personnes. Les dispositions relatives à la libre circulation des personnes ne comportent pas d'interdiction analogue à celle visant les barrières douanières à l'article 25 CE.

126. La Cour a néanmoins donné également une explication conceptuelle à sa jurisprudence sur les barrières douanières internes.

127. Dans l'arrêt *Carbonati Apuani*, la Cour a rappelé que la justification de l'interdiction de droits de douane et de taxes d'effet équivalent réside dans l'entrave que des charges pécuniaires, appliquées en raison du franchissement d'une frontière, constituent pour la circulation des marchandises<sup>73</sup>. Elle a alors indiqué, de manière plus large, que le principe même d'une union douanière, telle que prévue à l'article 23 CE, requiert d'assurer la libre circulation des marchandises à travers le territoire de l'union douanière. Si les articles 23 CE et 25 CE ne visent expressément les échanges qu'entre les États membres, c'est parce que les auteurs du traité ont considéré comme acquise l'absence de taxes à caractère douanier à l'intérieur de chaque État membre.

128. La Cour a conclu alors son raisonnement en donnant une indication plus générale. Elle a relevé que, en définissant le marché intérieur comme étant un «espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée», l'article 14, paragraphe 2, CE ne distingue pas les frontières entre les États membres et les frontières intérieures d'un même pays. L'article 23 CE devrait se lire conjointement avec l'article 14, paragraphe 2, CE. Il s'ensuit que l'absence de taxes entre États membres ou à l'intérieur des États membres est

73 — Arrêt du 9 septembre 2004 (C-72/03, Rec. p. I-8027, point 22); voir, également, arrêts du 1<sup>er</sup> juillet 1969, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders* (2/69 et 3/69, Rec. p. 211, point 14), et *Lancry e.a.* (précité à la note 70, point 25).

72 — Arrêt précité à la note 70, point 31.

essentielle à la réalisation de l'union douanière et à la libre circulation des marchandises<sup>74</sup>.

129. On pourrait, me semble-t-il, faire le même raisonnement par analogie pour la libre circulation des personnes. En quoi les dispositions relatives à la libre circulation des personnes ne devraient-elles pas être, elles aussi, lues conjointement avec l'article 14, paragraphe 2, CE? En effet, à la différence de l'article 25 CE, l'article 39 CE ne vise pas explicitement les seules situations transfrontières. Il dispose plutôt que la libre circulation comportera le droit de se déplacer librement sur le territoire des États membres en vue de répondre à des emplois effectivement offerts. Dans les conclusions qu'il a présentées dans l'affaire Saunders<sup>75</sup>, l'avocat général Warner l'a également relevé lorsqu'il a soutenu que le droit découlant de l'article 39 CE est «à première vue celui de l'accès à toute partie du territoire de tout État membre. C'est ce à quoi l'on s'attendait, puisque la libre circulation des personnes a pour objectif de contribuer à l'établissement d'un marché commun, dans lequel les ressortissants des États membres ont la possibilité d'exercer leurs activités économiques en tout lieu du territoire de la Communauté».

130. À l'instar des articles 23 CE et 25 CE, les auteurs du traité ont bel et bien pu

envisager la libre circulation des personnes dans la Communauté en considérant qu'il était acquis que les entraves intérieures dans un État membre même, telles que celles en cause dans la présente affaire, eussent été abolies<sup>76</sup>.

131. Dans les conclusions qu'il a présentées dans l'affaire Lancry e.a., l'avocat général Tesaro a relevé le «paradoxe d'un marché unique dans lequel sont interdits les obstacles aux échanges entre le Portugal et le Danemark, alors que les obstacles aux échanges entre Naples et Capri ne sont pas pris en considération, [...]»<sup>77</sup>. Il a conclu qu'il n'appartenait pas à la Cour de remédier à ce paradoxe<sup>78</sup> en avertissant que, si elle le faisait à l'égard des barrières douanières internes, elle remettrait en cause la jurisprudence bien établie sur les situations purement internes, non seulement à l'égard des marchandises, mais également des services et, en général, des personnes.

76 — En effet, à l'époque où les traités ont été rédigés, le processus officiel de fédéralisation n'avait pas encore commencé en Belgique. L'entrave en cause ici n'existait donc pas et ne pouvait pas exister. Toutefois, plusieurs autres États membres, et tout spécialement la République fédérale d'Allemagne et ses Länder, ont des structures non unitaires à des degrés divers.

77 — Précité à la note 70, point 28. Voir également B. Cantillon, citée à la note 20, p. 14 et 15, soutenant que l'exclusion des personnes résidant dans la région de langue française de l'assurance dépendance flamande pose des problèmes au regard du marché unique.

78 — Dans l'affaire Edah (arrêt du 13 novembre 1986 (80/85 et 159/85), Rec. p. 3359), l'avocat général Mischo a suggéré 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 traitements». Il a toutefois estimé que ces discriminations «doivent être éliminées à travers le moyen de l'harmonisation des législations».

74 — Arrêt Carbonati Apuani précité à la note 73, points 23 et 24.

75 — Arrêt du 28 mars 1979 (175/78, Rec. p. 1129).

132. Bien que la Cour n'ait pas suivi l'avocat général Tesouro sur ce point, elle 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.

133. Une raison supplémentaire incitant à le faire peut-être être trouvée dans les articles du traité sur la citoyenneté de l'Union.

134. Il est vrai que la Cour a indiqué que la citoyenneté de l'Union, prévue à l'article 17 CE, n'a pas pour objectif d'étendre le champ d'application matériel du traité à des situations internes n'ayant aucun lien avec le droit communautaire<sup>79</sup>.

135. Toutefois, cette indication requiert que l'on résolve la question logiquement préalable de savoir quelles situations, internes

ou non, sont censées n'avoir aucun lien avec le droit communautaire.

136. La réponse ne peut pas être que toutes les situations dites «internes» soient automatiquement dépourvues de tout lien avec le droit communautaire<sup>80</sup>. L'article 141 CE relatif à l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes est un bel exemple de disposition applicable à des situations qui sont normalement pleinement internes à un État membre. La question de savoir si la situation est interne est, dès lors, logiquement distincte de la question de savoir s'il y a un lien avec le droit communautaire. Les deux questions doivent recevoir une réponse à la lumière des objectifs des dispositions en question du traité.

137. Il est vrai que, dans l'arrêt Uecker et Jacquet, la Cour a expliqué être parvenue à la conclusion que l'article 17 CE n'affecte pas des situations internes n'ayant aucun lien avec le droit communautaire en rappelant que l'article 47 UE prévoit «qu'aucune disposition dudit traité n'affecte les traités instituant les Communautés européennes, sous réserve des dispositions modifiant expressément ces traités»<sup>81</sup>. La Cour a décidé que «les éventuelles discriminations dont les ressortissants d'un État membre peuvent faire l'objet au regard du droit de cet État relèvent du champ d'application de

79 — Arrêts Uecker et Jacquet (précité à la note 65, point 23); du 2 octobre 2003, Garcia Avello (C-148/02, Rec. p. I-11613, point 26), et du 26 octobre 2006, Tas-Hagen et Tas (C-192/05, Rec. p. I-10451, point 23).

80 — Voir conclusions que l'avocat général Warner a présentées dans l'affaire Saunders (précitée à la note 75, Rec. p. 1142).

81 — L'article 47 UE même vise des «dispositions portant modification», plutôt que des «dispositions modifiant expressément».

celui-ci, en sorte qu'elles doivent être résolues dans le cadre du système juridique interne dudit État»<sup>82</sup>.

138. Avec tout mon respect, je ne suis pas convaincue que l'article 47 UE donne une réponse concluante sur ce point. Une lecture différente et plausible de cette disposition est que son objectif premier est de protéger l'*acquis communautaire* de toute atteinte qui lui serait portée par les dispositions des titres V et VI du traité UE et par des décisions prises dans leur contexte<sup>83</sup>. Je trouve difficile de concevoir que l'article 47 UE a eu pour objectif de protéger certaines parties du traité CE existant contre d'autres parties, telles que les articles sur la citoyenneté, qui ont été insérées à la faveur de la modification apportée dans le même traité par le traité de Maastricht. Si tel était le cas, la logique voudrait que toutes les dispositions insérées dans le traité CE par le traité de Maastricht soient considérées comme étant d'une nature distincte du droit communautaire insusceptible d'interagir avec le reste du droit communautaire ou de l'affecter. Cela semble clairement erroné.

82 — Arrêt Uecker et Jacquet (précité à la note 65, point 23).

83 — Voir, en ce sens, Eeckhout, P., *External Relations of the European Union — Legal and Constitutional Foundations*, Oxford, OUP, 2004, p. 146; Lenaerts, K., et Van Nuffel, P., *Constitutional Law of the European Union*, 2<sup>e</sup> édition, Londres. Sweet & Maxwell, 2005, p. 808; Arnall, A., et al., *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, 5<sup>e</sup> édition, Londres, Sweet & Maxwell, p. 326 à 327. Cela a certainement été au cœur des affaires qui ont impliqué jusqu'ici l'article 47 UE. Voir, par exemple, arrêts du 12 mai 1998, Commission/Conseil (C-170/96, Rec. p. I-2763), et du 13 septembre 2005, Commission/Conseil (C-176/03, Rec. p. I-7879); et affaire Commission/Conseil (C-91/05, actuellement pendante devant la Cour).

139. Ainsi que la Cour l'a indiqué pour la première fois dans l'arrêt Grzelczyk<sup>84</sup> et l'a réaffirmé plus récemment dans l'arrêt Commission/Pays-Bas<sup>85</sup>, le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir le même traitement juridique indépendamment de leur nationalité<sup>86</sup>.

140. La Cour a récemment montré sa volonté de tirer les conséquences voulues dans des affaires comme Tas-Hagen et Tas<sup>87</sup>, Turpeinen<sup>88</sup> et Commission/Pays-Bas<sup>89</sup>. Les dispositions sur la citoyenneté pourraient, me semble-t-il, également remettre en cause la réception de la doctrine sur les situations purement internes dans sa lecture actuelle<sup>90</sup>.

84 — Arrêt du 20 septembre 2001 (C-184/99, Rec. p. I-6193, point 31).

85 — Arrêt du 7 juin 2007 (C-50/06, Rec. p. I-4383, point 32).

86 — Voir, également, arrêts du 11 juillet 2002, D'Hoop (C-224/98, Rec. p. I-6191, point 28); du 17 septembre 2002, Baumbast et R (C-413/99, Rec. p. I-7091, point 82); du 29 avril 2004, Orfanopoulos et Oliveri (C-482/01 et C-493/01, Rec. p. I-5257, point 65); Collins (précité à la note 56, point 61); Garcia Avello (précité à la note 79, point 22); du 29 avril 2004, Pusa (C-224/02, Rec. p. I-5763, point 16); du 19 octobre 2004, Zhu et Chen (C-200/02, Rec. p. I-9925, point 25); du 15 mars 2005, Bidar (C-209/03, Rec. p. I-2119, point 31); du 7 juillet 2005, Commission/Autriche (C-147/03, Rec. p. I-5969, point 45); du 12 juillet 2005, Schempp (C-403/03, Rec. p. I-6421, point 15); du 12 septembre 2006, Espagne/Royaume-Uni (C-145/04, Rec. p. I-7917, point 74), et Turpeinen (précité à la note 44, point 18).

87 — Précitée à la note 79.

88 — Précitée à la note 44.

89 — Précitée à la note 85.

90 — Voir O'Leary, S., *The Evolving Concept of Community Citizenship*, La Haye/Londres/Boston, Kluwer Law International, 1996. Abordant la citoyenneté et la liberté de circuler, l'auteur soutient notamment que les dispositions sur la citoyenneté sont difficiles à concilier avec la discrimination à rebours. Voir également Nic Shuibhne, N., «Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move On?», *Common Market Law Review*, 2002, p. 748.

141. La présente affaire se rapproche d'une situation transfrontière classique autant qu'une situation supposée interne le peut. Elle illustre de ce fait combien il est arbitraire d'attacher autant d'importance au franchissement d'une frontière nationale<sup>91</sup>.

142. Le groupe de personnes concernées (les citoyens belges n'ayant pas exercé de droits économiques classiques de libre circulation) sont, tout citoyens belges qu'ils sont, également (et pour cette raison même) des citoyens de l'Union (article 17 CE)<sup>92</sup>. Le type de nationalité qu'ils possèdent ne fait aucun doute ni leur aptitude à revendiquer la citoyenneté de l'Union (à l'inverse de l'affaire Kaur<sup>93</sup>). Ils relèvent parfaitement du champ d'application personnel du traité.

143. En vertu de cette citoyenneté, ils tirent du droit communautaire un droit non seulement de circuler, mais aussi de séjourner à tout endroit dans le territoire de l'Union (article 18 CE). La jurisprudence

consacrée à ce jour à l'article 18 CE s'est concentrée sur la circulation. Mais cet article évoque aussi un droit de séjourner.

144. Si elle devait prolonger cette analyse, il appartiendrait dès lors à la Cour de décider si, au terme d'une juste interprétation, le «droit de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres»<sup>94</sup> figurant à l'article 18 CE signifie la «liberté de circuler et *puis* de séjourner» (c'est-à-dire que la liberté de séjourner découle de l'exercice préalable de la liberté de circuler ou en est dérivée) ou si elle signifie «double liberté de circuler *et* de séjourner» (en sorte qu'il est possible d'exercer la liberté de séjourner/d'aller séjourner sans exercer préalablement la liberté de circuler entre des États membres).

145. La prestation à laquelle les personnes concernées souhaitent avoir accès est une prestation qui, je l'ai indiqué, relève tout aussi parfaitement du règlement n° 1408/71. Elle est donc nettement dans le champ d'application matériel du traité. Même si elle ne l'était pas, je rappelle que la Cour était disposée à indiquer dans l'arrêt Tas-Hagen et Tas que l'article 18 CE pourrait donner accès à une prestation du fait de l'obligation qu'il fait à l'État membre d'exercer les pouvoirs

91 — Voir d'Oliveira, H. U. J., «Is reverse discrimination still possible under the Single European Act?» dans *Forty years on: the evolution of postwar private international law in Europe*: symposium célébrant le quarantième anniversaire du Centre of Foreign Law and Private International Law, University of Amsterdam, le 27 octobre 1989, Deventer, Kluwer, 1990, p. 84, relevant la contradiction même à poursuivre ou à compléter un marché intérieur, tout en continuant à attacher de l'importance au franchissement de frontières nationales.

92 — Arrêt Tas-Hagen et Tas (précité à la note 79, point 18).

93 — Arrêt du 20 février 2001 (C-192/99, Rec. p. I-1237).

94 — En langue anglaise «the right to move and reside freely within the territory of the Member States» et en langue néerlandaise «het recht vrij op het grondgebied van de Lidstaten te reizen en te verblijven».

qui relèvent de sa compétence d'une manière conforme au droit communautaire<sup>95</sup>.

146. Sur le plan conceptuel, il semble déplorable qu'une prestation faisant, dans mon esprit, clairement partie du «tronc principal» de la sécurité sociale et susceptible de bénéficier à la fois à ceux qui travaillent dans la région de langue néerlandaise ou dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale et qui vivent dans ces parties particulières du territoire national et à ceux qui travaillent dans la région de langue néerlandaise ou dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale et ont exercé des droits économiques «classiques» de libre circulation, doive *par définition* être insusceptible de bénéficier à ceux qui travaillent dans la région de langue néerlandaise ou dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, mais qui vivent dans les régions de langue française ou allemande.

147. L'article 12 CE comporte un principe de non-discrimination aux larges contours à l'égard de ce qui est couvert par le traité. On peut en trouver une autre manifestation à l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71. Le principe de non-discrimination est, bien sûr, un des principes fonda-

mentaux du droit communautaire. Il exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié<sup>96</sup>. L'importance de la non-discrimination est soulignée par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>97</sup> (article 21) et par l'initiative législative du Conseil qui a adopté deux directives majeures au titre de l'article 13 CE interdisant différentes formes spécifiques de discrimination<sup>98</sup>. Le principe de non-discrimination est également consacré (bien entendu) dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe (articles I-4, II-81 et III-123). La discrimination est ainsi généralement perçue comme répugnante et comme quelque chose qui devrait être interdit.

148. Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire Kenny<sup>99</sup>, la Cour semble déjà avoir suggéré que, en matière de sécurité sociale, le principe de non-discrimination peut aussi empêcher la discrimination à rebours<sup>100</sup>.

95 — Arrêt précité à la note 79, points 20 à 24. Voir, également, arrêts du 14 février 1995, Schumacker (C-279/93, Rec. p. I-225, points 21 et 26); de Groot (précité à la note 40, point 75); Schempp (précité à la note 86, point 19), et Turpeinen (précité à la note 44, point 11).

96 — Arrêts du 12 septembre 2006, Eman et Sevinger (C-300/04, Rec. p. I-8055, point 57); du 15 mars 2007, Reemtsma Cigarettenfabriken (C-35/05, Rec. p. I-2425, point 44), et du 3 mai 2007, Advocaaten voor de Wereld (C-303/05, Rec. p. I-3633, point 56).

97 — JO 2000, C 364, p. 1.

98 — Directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (JO L 180, p. 22), et directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO L 303, p. 16).

99 — Arrêt du 28 juin 1978 (1/78, Rec. p. 1489, points 16 à 21).

100 — Voir, dans le même sens, Barnard, C., *EC Employment Law*, 3<sup>e</sup> édition, Oxford, OUP, 2006, p. 213 et 214; et Wyatt, D., «Social security benefits and discrimination by a Member State against its own nationals», *European Law Review*, 1978, p. 488 à 494.

149. De manière plus générale, la Cour a indiqué clairement dans l'arrêt Eman et Sevinger que la discrimination opérée par un État membre à l'encontre de ses propres ressortissants peut relever, dans certaines circonstances, du droit communautaire. Dans cette affaire, un ressortissant néerlandais résidant dans un pays tiers avait le droit de vote et d'éligibilité aux élections du Parlement européen organisées aux Pays-Bas, alors qu'un ressortissant néerlandais résidant aux Antilles néerlandaises ou à Aruba n'avait pas ce droit. La Cour a indiqué que, si, en l'état actuel du droit communautaire, les États membres pouvaient définir les conditions du droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen par référence au critère de la résidence sur le territoire dans lequel sont organisées les élections, le principe d'égalité de traitement faisait toutefois obstacle à ce que les critères choisis aient pour effet de traiter de manière différente des ressortissants se trouvant dans des situations comparables, sans que cette différence de traitement soit objectivement justifiée. La Cour a indiqué que tel n'était pas le cas<sup>101</sup>.

150. Si l'analyse que j'ai exposée auparavant est exacte, l'application du droit communautaire à la prestation de l'assurance soins flamande, déjà susceptible de bénéficier à tous ceux qui vivent dans la région de langue néerlandaise ou dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, aboutira à la rendre également accessible a) aux travailleurs migrants communautaires «classiques» (res-

sortissants d'autres États membres travaillant en Belgique dans la région de langue néerlandaise ou dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, mais résidant dans les régions de langue française ou allemande ou dans leur propre État membre) b) aux Belges ayant déjà exercé un droit de libre circulation, pour éviter un effet dissuasif sur l'exercice de ces droits<sup>102</sup>.

151. Ainsi, l'application *combinée* du droit interne et du droit communautaire produit une situation dans laquelle la seule catégorie des personnes résidant dans la région de langue française ou allemande qui ne peuvent pas accéder aux prestations de l'assurance soins flamande sont des Belges n'ayant pas exercé un droit traditionnel de libre circulation, mais ayant exercé (et continuant d'exercer) un droit de séjourner dans une partie particulière de la Belgique. De surcroît, la différence de traitement entre ces personnes, d'une part, et les ressortissants d'autres États membres et les Belges ayant exercé des droits économiques classiques de libre circulation, d'autre part, se *produit précisément* parce que le droit communautaire intervient pour empêcher de réserver au dernier groupe un traitement défavorable<sup>103</sup>. Si l'on applique alors le critère

102 — Voir, par exemple, arrêt D'Hoop (précité à la note 86, points 30 et 31), où la Cour a indiqué que les facilités dont le traité assortit la libre circulation ne pourraient pas produire leurs pleins effets si un ressortissant d'un État membre pouvait être dissuadé d'en faire usage par les obstacles mis, à son retour dans son pays d'origine, par une réglementation pénalisant le fait qu'il les a exercées. Voir, également, arrêts Singh (précité à la note 44, points 19 et 23), et Alevizos (précité à la note 64, point 75).

103 — Voir conclusions que l'avocat général Poiras Maduro a présentées dans l'affaire Carbonati Apuani (précitée à la note 73, points 61 et 62).

101 — Arrêt précité à la note 96, points 58 à 61.

classique dans la jurisprudence consacrée au principe de non-discrimination, il apparaît que, sans leur décision de résider dans la région de langue française alors qu'ils travaillent dans la région de langue néerlandaise, le groupe précédent pourrait lui aussi accéder à la prestation.

152. Le gouvernement de la Communauté française soulève à titre incident un argument intéressant tiré de l'accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération Suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes<sup>104</sup> (ci-après l'«accord CE-Suisse»). L'article 7, sous b), de cet accord impose aux parties contractantes de régler le «droit à une mobilité professionnelle et géographique, qui permet aux ressortissants des parties contractantes de se déplacer librement sur le territoire de l'État d'accueil et d'exercer la profession de leur choix». Cette disposition apparaîtrait en effet garantir expressément aux citoyens suisses le droit de circuler librement non seulement entre la Suisse et les différents États membres, mais aussi entre les différentes parties du territoire d'un État membre particulier.

153. Si tel est le cas, cela aboutirait au paradoxe qu'un citoyen helvétique (à l'instar d'un ressortissant d'un autre État membre) aurait le droit de circuler librement à travers la Belgique, alors qu'un ressortissant belge

ne jouirait en Belgique que des droits de libre circulation qu'il pourrait tirer de la législation interne. Sur ce point, l'accord CE-Suisse met nettement en relief le fait que, si l'argument traditionnel de la «situation purement interne» est retenu, les ressortissants belges qui n'ont pas exercé de droits économiques classiques de libre circulation sont, *par le jeu même du droit communautaire* (en combinaison avec la législation interne), la seule catégorie de personnes séjournant ou circulant dans l'Union à l'encontre de laquelle les conditions du droit à l'assurance soins flamande peuvent impunément opérer une discrimination.

154. Dans pareilles circonstances, il me semble, à première vue, que le groupe de ressortissants belges 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 qu'il doit lui aussi pouvoir invoquer le droit communautaire<sup>105</sup>.

155. Toute discrimination envers ce groupe serait, bien entendu, indirecte plutôt que

104 — JO 2002, L 114, p. 6.

105 — Voir conclusions de l'avocat général Poiras Maduro dans l'affaire Carbonati Apuani (précitée à la note 73, points 59 à 71) se fondant également sur une interprétation du principe de non-discrimination. Voir aussi Spaventa, E., «From Gebhard to Carpenter: Towards a (non-economic) European Constitution», *Common Market Law Review*, 2004, p. 771, suggérant que les dispositions combinées des articles 17 CE et 12 CE ont pour effet d'accorder une protection, de droit communautaire plutôt que de droit interne, aux citoyens n'ayant pas exercé leurs droits de libre circulation.

directe. C'est la raison pour laquelle les États membres auraient la faculté de présenter des arguments qui la justifieraient objectivement. Il n'est pas difficile d'apercevoir des circonstances dans lesquelles cette justification objective pourrait éventuellement être établie. On peut aisément imaginer (par exemple) que, en vue de promouvoir une région moins développée dans un territoire, ou de faire face à un problème endémique d'une région, mais qui n'affecte pas le reste de son territoire, un État membre puisse souhaiter réserver aux seuls habitants d'une région particulière l'accès à certains avantages. Toute justification objective dûment fondée laisserait aux États membres de larges possibilités d'appliquer des règles différentes à des situations qui méritaient objectivement un tel traitement tout en préservant les citoyens de l'Union de toute discrimination arbitraire qui ne pourrait pas être justifiée de la sorte.

156. Il va sans dire que l'on pourrait opposer à l'analyse, que j'ai exposée plus haut, de l'incidence de la citoyenneté de l'Union sur les situations purement internes, des contre-arguments tirés des compétences conservées par les États membres<sup>106</sup>. Les situations purement internes ayant été traditionnellement perçues comme échappant à l'emprise du droit communautaire, il est vraisemblable que des États membres souhaiteront en effet

présenter de tels arguments à la Cour; et leurs arguments devront être considérés avec circonspection. Je suis parfaitement consciente du fait que, dans la présente affaire, le Royaume des Pays-Bas est le seul État membre à être intervenu. Les éléments que je viens de suggérer mériteraient, me semble-t-il, d'être exploités comme il se doit en bénéficiant d'un concours plus complet des États membres et d'observations plus fouillées (par voie de conséquence) de la Commission. Il se pourrait que la conclusion que j'ai tirée plus haut d'une première réflexion ne résiste pas à un examen plus approfondi.

157. La Cour ne souhaiterait pas, je le redoute, statuer sur un point aussi fondamental dans la présente affaire (à moins, naturellement, qu'elle ne décide de rouvrir la procédure orale en invitant les États membres à présenter leurs observations sur cette question en connaissance de cause); et je n'aperçois pas d'absolue nécessité de le faire. Un argument qui me paraît néanmoins pouvoir être soulevé — et qui en est un séduisant en ce qu'il contribuerait à éradiquer la discrimination arbitraire — est que les citoyens de l'Union peuvent tout aussi bien invoquer cette citoyenneté, en combinaison avec le principe de non-discrimination, envers une autorité décentralisée, qui exerce incontestablement l'auctoritas de l'État, pour accéder à une prestation que le droit communautaire entend clairement voir bénéficier largement à tous les travailleurs et à laquelle des groupes de travailleurs peuvent en effet accéder par le jeu du droit communautaire.

106 — Jusqu'ici dans la présente affaire, l'argument essentiel a été qu'un État membre ayant une structure constitutionnelle décentralisée conserve de ce fait la compétence pour opérer une discrimination entre ses propres citoyens sans être tenu d'en donner une justification objective.

Le règlement (CEE) n° 1612/68<sup>107</sup> a-t-il éventuellement vocation à s'appliquer?

158. À l'audience, la question a été posée de savoir si le règlement n° 1612/68 a éventuellement vocation à s'appliquer.

159. Ce règlement s'applique en général à la libre circulation des travailleurs. Il peut dès lors s'appliquer à des avantages sociaux qui relèvent simultanément du champ d'application spécifique du règlement n° 1408/71<sup>108</sup>. Les deux règlements n'ont pas le même champ d'application personnel<sup>109</sup>. La notion d'avantage social figurant à l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 1612/68 peut aussi être plus large que la notion de prestation de sécurité sociale couverte par le règlement n° 1408/71<sup>110</sup>.

107 — Règlement du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (JO L 257, p. 2), modifié en dernier lieu par la 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 (JO L 158, p. 77).

108 — Voir arrêts du 10 mars 1993, Commission/Luxembourg (C-111/91, Rec. p. I-817, point 21); du 27 mai 1993, Schmid (C-310/91, Rec. p. I-3011, point 17), et du 12 mai 1998, Martínez Sala (C-85/96, Rec. p. I-2691, point 27).

109 — Arrêt Commission/Luxembourg (précité à la note 108, point 20) et conclusions conformes de l'avocat général Jacobs, points 32 à 34.

110 — Voir conclusions de l'avocat général Kokott dans l'affaire Hosse (précitée à la note 30, point 104) et conclusions de l'avocat général Kokott dans l'affaire Hendrix (C-287/05, pendante devant la Cour, point 52).

160. Lorsque les règlements n° 1408/71 et n° 1612/68 sont susceptibles de se recouper, la Cour commence souvent par examiner si le règlement n° 1408/71 a vocation à s'appliquer. Elle poursuit l'examen de l'affaire au regard du règlement n° 1612/68 dans les cas où le règlement n° 1408/71 a été jugé inapplicable ou lorsque les prétendues atteintes à ce règlement n'ont pas été établies<sup>111</sup>. Le champ d'application du règlement n° 1408/71 étant plus spécifique, cela me semble être une approche judicieuse.

161. Dans la présente affaire, je considère que le règlement n° 1408/71 est applicable et que son article 3, paragraphe 1, empêche de dénier l'accès à l'assurance soins flamande aux citoyens d'autres États membres et aux citoyens belges ayant exercé leur droit de libre circulation. Les personnes dans cette situation sont donc suffisamment protégées par le règlement n° 1408/71 et point n'est besoin d'envisager les choses au regard du règlement n° 1612/68.

162. Si la Cour se propose de reconnaître néanmoins le bénéfice de la protection du droit communautaire aux citoyens belges qui n'ont pas exercé un droit économique classique de libre circulation, il serait tout

111 — Voir, notamment, arrêts Schmid (précité à la note 108); Meints (précité à la note 52); du 24 septembre 1998, Commission/France (C-35/97, Rec. p. I-5325); du 20 mars 2001, Fahmi et Esmoris Cerdeiro-Pinedo Amado (C-33/99, Rec. p. I-2415); De Cuyper (précité à la note 30), et Celozzi (précité à la note 30). Les arrêts Commission/Luxembourg et Martínez Sala (précités à la note 108) semblent être isolés dans cette jurisprudence.

aussi superflu d'examiner leur situation au regard du règlement n° 1612/68. Si la Cour devait estimer que ces personnes se trouvent dans une situation purement interne ne présentant aucun lien avec le droit communautaire, aucun des règlements n° 1408/71 ou n° 1612/68 ne peut s'appliquer.

#### Quatrième question

163. Par sa quatrième question, le juge de renvoi souhaite savoir ce qui arriverait si la version actuelle (2004) du décret de 1999 était incompatible avec le droit communautaire. La question se pose plus particulièrement de savoir si le droit communautaire empêcherait de rétablir le régime en vigueur avant l'adoption du décret de 2004, régime dans lequel l'accès aux prestations de l'assurance soins flamande était purement et simplement lié à la condition de résider dans la région de langue néerlandaise ou dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, quelle que soit la qualité de l'ayant-droit (ci-après la «version de 2001 du décret»).

164. Le gouvernement flamand soutient qu'il n'y a lieu de répondre à la quatrième question que si la version actuelle du décret est incompatible avec le droit communautaire, ce qui n'est pas le cas dans son esprit.

165. Si la Cour partage l'attitude que j'adopte dans la réponse aux trois premières questions, il y a bel et bien lieu de répondre à la quatrième question.

166. Par une lettre de mise en demeure du 17 décembre 2002, la Commission a informé le gouvernement belge qu'elle estimait que la version de 2001 du décret enfreignait les articles 39 CE et 43 CE ainsi que le règlement n° 1408/71. La Commission a plus particulièrement stigmatisé la condition de résidence voulant que seules les personnes vivant dans la région de langue néerlandaise ou dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale pussent s'affilier à l'assurance soins flamande.

167. Le parlement flamand a pris en compte les griefs de la Commission et modifié le décret en voulant tout spécialement le rendre conforme au droit communautaire<sup>112</sup>.

112 — Voir proposition de décret du 30 avril 2004, *Parlementaire Stukken*, Vlaams Parlement, Stuk 1970 (2003-2004) — Nr. 1, p. 2: «Uit het eindrapport [van de expertencommissie] blijkt dat de Europese Commissie er terecht op wijst dat de EG-Verordening 1408/71 op de Vlaamse zorgverzekeringswetgeving van toepassing is. Op vraag van de Europese Commissie moet die conclusie expliciet in regelgeving worden omgezet. Een wijziging van het decreet van 30 maart 1999 houdende de organisatie van de zorgverzekering is dus noodzakelijk. [...]» [Il ressort du rapport final (de la commission d'experts) que la Commission a relevé à juste titre que le règlement n° 1408/71 s'applique à la législation flamande sur l'assurance soins. À la demande de la Commission européenne, ce constat doit être explicitement transposé dans la réglementation. Il est donc nécessaire de modifier le décret du 30 mars 1999 portant organisation de l'assurance soins flamande] (traduction libre).

168. Le gouvernement flamand soutient que les requérants dans la procédure au principal ne visent pas à promouvoir la libre circulation des travailleurs migrants, mais uniquement à protéger les habitants de la région de langue française. La situation est donc purement interne. Il reproduit également l'argument qu'il a déjà développé voulant qu'il n'y ait pas de manquement au droit communautaire, dès lors que la structure constitutionnelle belge interdit de voir le décret (dans toutes ses versions successives) appliqué aux habitants des régions de langue française ou allemande.

169. Je ne trouve aucun de ces arguments convaincant.

170. Premièrement, c'est l'évidence même que les requérants ont le droit de défendre les intérêts de l'entité qu'ils représentent. On n'aperçoit toutefois pas clairement en quoi cette circonstance confère par elle-même à toute la situation une dimension purement interne.

171. Deuxièmement, j'ai déjà rappelé que, conformément à la jurisprudence constante de la Cour, la structure constitutionnelle interne d'un État membre ne peut pas excuser un manquement au droit communautaire.

172. Si, pour les raisons indiquées plus haut, la version actuelle (2004) du décret est incompatible avec le droit communautaire, il doit en aller a fortiori de même de la version de 2001 du décret.

## Conclusion

173. Pour les raisons données plus haut, je considère que les questions posées par la Cour d'arbitrage, devenue Cour constitutionnelle, de Belgique devraient recevoir les réponses suivantes:

«— Un régime d'assurance soins tel que celui mis en place par la Communauté flamande relève du champ d'application matériel du règlement (CEE)

n° 1408/71 du Conseil, 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, tel que défini en son article 4.

- Dans la mesure où sont concernés des ressortissants d'autres États membres travaillant en Belgique et des ressortissants belges ayant exercé leurs droits de libre circulation, les articles 39 CE et 43 CE et l'article 3 du règlement n° 1408/71 s'opposent à ce qu'une Communauté autonome d'un État membre fédéral adopte des dispositions qui, dans l'exercice de ses compétences, permettent uniquement aux personnes résidant dans le territoire pour lequel cette Communauté autonome est compétente ou dans un autre État membre d'être assurées et couvertes par un régime de sécurité sociale au sens de ce règlement, à l'exclusion des personnes, quelle que soit leur nationalité, qui ont leur domicile dans une partie du territoire du même État fédéral pour laquelle une autre Communauté autonome est compétente.
  
- Le droit communautaire s'opposerait à un régime dans lequel l'accès aux prestations de l'assurance soins flamande est purement et simplement lié à la condition de résider dans la région de langue néerlandaise ou dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, quelle que soit la qualité de l'ayant-droit.»