

XVI.K.
LE DROIT À LA LIBRE CIRCULATION
DES PERSONNES

PAR

ANTOINE BAILLEUX

AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES
PROFESSEUR INVITÉ AUX FACULTÉS UNIVERSITAIRES SAINT-LOUIS

INTRODUCTION

Plus d'un constitutionnaliste éprouverait une certaine perplexité face à la tâche consistant à analyser, dans le cadre d'un ouvrage consacré aux droits constitutionnels en Belgique, les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation relatifs au droit à la libre circulation des personnes. C'est que ce droit ne fait l'objet d'aucune consécration explicite dans la Constitution belge et que, par conséquent, sa place au sein des «droits constitutionnels» de Belgique relève *a priori* davantage de la profession de foi que d'une lecture raisonnée de la norme suprême de notre ordre juridique. A cette première source d'appréhension s'ajoute la pauvreté des «enseignements» censés éclairer les contours du droit à la libre circulation des personnes. Précisons-le d'entrée de jeu, rares – *if any* – sont les *leading cases* en la matière, par lesquels les juridictions suprêmes de Belgique s'efforcent de donner vie à un droit «constitutionnel» à la libre circulation des personnes.

Si ces obstacles méthodologiques suffisent à soulever le doute dans l'esprit du constitutionnaliste, ils ne sont pas loin de semer la panique dans l'esprit du béotien qui se pique de droit communautaire. C'est qu'à l'évanescence du sujet et à la pauvreté des sources s'ajoute alors l'inévitable biais cognitif qui, abreuvé de la jurisprudence de la Cour de justice, hypothèque toute tentative de percer les secrets d'une libre circulation authentiquement belgo-belge.

Ces difficultés ont déterminé tant la structure (i) que le fil rouge (ii) et le contenu (iii) des réflexions qui suivent.

(i) Le choix d'une structure particulièrement simple et dépouillée s'imposait pour tenter de «mettre de l'ordre» dans un sujet aux contours

flous et aux multiples ramifications. Dans cette optique, la présente étude s'attachera à décrire tour à tour le siège (1), l'origine (2), le statut (3), la nature (4), le contenu (5) et l'«intensité» (6) du droit à la libre circulation.

(ii) En contrepoint de cette analyse apparaîtra progressivement la formidable *ambiguïté* qui caractérise le droit à la libre circulation des personnes dans l'ordre juridique belge. L'on observera que ce droit porte les stigmates des tergiversations de ses «créateurs» et de ses «interprètes», sans cesse tiraillés entre l'exemple du grand frère européen et les spécificités du fédéralisme centrifuge à la belge.

(iii) Enfin, il faut préciser d'emblée que cette contribution est à la fois plus large et plus étroite que ce que son titre pourrait laisser présager. Elle est plus large en ce qu'elle s'aventure sur le terrain des autres libertés de circulation, tant il paraît impossible d'étudier la circulation des personnes en isolation clinique de ses «consœurs». Par ailleurs, cette étude s'alimente à d'autres sources que les seules jurisprudences – trop pauvres, on l'a dit – des trois juridictions suprêmes. Les travaux préparatoires qui ont présidé à la consécration explicite de la libre circulation belgo-belge et la jurisprudence de la Cour de justice sur la libre circulation communautaire fourniront à nos analyses de précieux points d'ancrage. En revanche, cette contribution fait volontairement l'impasse sur l'application, par les juridictions belges, des libertés de circulation *communautaires*. Outre que cette jurisprudence ne saurait être avantageusement étudiée dans le nombre de pages qui nous a été impartis, elle ne paraît ni nécessaire, ni utile à l'étude d'un droit *constitutionnel* – entendez par là : spécifique à l'ordre juridique belge – à la libre circulation.

1. – LE SIÈGE DE LA LIBRE CIRCULATION

Il n'est pas évident de déterminer le siège d'un hypothétique droit à la libre circulation des personnes dans l'ordre juridique belge.

Nous l'avons dit, ce droit ne trouve pas de consécration explicite dans la Constitution belge. Seul l'article 12 de la Constitution, garant de la liberté individuelle, a pu parfois servir de fondement à la proclamation, par les juridictions nationales d'un droit à la libre circulation au sens le plus large du terme (1). Ainsi interprété, l'article 12 de la Constitution consacre une sorte de liberté générale de mouvement, qui n'est pas sans rappeler celle

(1) Voy., p. ex., Civ. Ypres (prés.), 1^{er} décembre 1999, *Chron. D.S.*, 2000, p. 440 : «L'article 12 de la Constitution, qui garantit la liberté de la personne, ordonne à l'Etat d'assurer la liberté de mouvement de tous les citoyens. Cette obligation implique qu'il incombe à l'Etat de garantir, directement ou indirectement, la libre circulation des personnes par la voie ferrée. (...). Dans les circonstances données, l'exercice du droit de grève dans une entreprise chargée d'une mission d'intérêt général constitue un abus de droit».

reconnue par l'article 2 du Protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme. Il inclut notamment le droit de choisir librement sa résidence et celui de ne pas être arbitrairement privé de cette liberté.

Les interprétations jurisprudentielles de l'article 12 de la Constitution ne font toutefois pas l'objet de la présente contribution. D'une part, en tant que composante du droit à la liberté individuelle, la liberté de mouvement qui s'en dégage est déjà traitée dans la contribution du professeur Verdussen (2). D'autre part, il nous apparaît que cette liberté générale de mouvement se distingue du droit *spécifique* à la libre circulation des personnes tel qu'il se comprend à la lumière du droit communautaire.

Entendu dans ce sens strict emprunté au contexte européen, le droit à la libre circulation prend la forme d'un droit à la libre *migration* qui, à l'inverse de la liberté générale de *mouvement*, implique le franchissement – effectif ou hypothétique – d'une frontière. Selon cette acception – qui demeure bien entendu subjective –, l'existence d'un droit à la libre circulation des personnes n'a de sens que dans un espace juridique *morcelé*, partagé en divers sous-ensembles régis par des autorités distinctes. Autrement dit, ce droit postule à la fois l'existence d'un territoire unique, sur lequel la libre circulation est susceptible de s'exercer, et la subdivision de ce territoire en différents espaces chacun soumis à un pouvoir réglementaire propre.

Subordonnée à l'existence de frontières entre des collectivités politiques distinctes, c'est tout naturellement qu'une référence à la libre circulation des personnes est apparue dans l'ordre juridique belge à l'occasion des réformes institutionnelles qui accompagnèrent le passage de l'Etat belge du modèle unitaire au modèle fédéral. C'est l'article 3, § 8, de loi du 8 août 1988 (3) qui intégra la libre circulation des personnes à l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale de réforme institutionnelle du 8 août 1980 (4).

Cette disposition se lit comme suit :

« En matière économique, les Régions exercent leurs compétences dans le respect des principes de la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux et de la liberté de commerce et d'industrie, ainsi que dans le respect du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire, tel qu'il est établi par ou en vertu de la loi, et par ou en vertu des traités internationaux ».

Les pages qui suivent tenteront de saisir l'ambiguïté de cette disposition et de la libre circulation qu'elle entend consacrer. Pour l'heure, contentons-nous de voir dans l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale de réforme institutionnelle du 8 août 1980 le meilleur point d'appui au développement

(2) Voy., *supra*.

(3) Loi modifiant la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, *Mon. b.*, 13 août 1988, p. 11367.

(4) *Mon. b.*, 15 août 1980, p. 9434.

jurisprudentiel d'un droit à la libre circulation des personnes en droit belge. C'est donc sur cette disposition et les interprétations qu'on a pu en donner que se concentrent les réflexions qui suivent.

Un *caveat* s'impose toutefois. Si l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 contient la seule référence explicite à un principe de libre circulation dans l'ordre constitutionnel belge, l'on se gardera bien d'en déduire que cette disposition est le *siège exclusif* d'un tel principe. Nous verrons un peu plus loin que la libre circulation belgo-belge avait déjà été proclamée par la Cour constitutionnelle avant son inscription dans la loi spéciale du 8 août 1980. L'on peut par conséquent soutenir que dans la mesure où il se déduit de la nature même du système fédéral belge, ce principe trouve son fondement – implicite – dans la Constitution elle-même. Nous reviendrons sur cette ambiguïté originelle de la libre circulation intrabelge, qui n'est pas sans conséquence sur la portée effective qui lui est aujourd'hui donnée.

2. – L'ORIGINE DE LA LIBRE CIRCULATION

La libre circulation des personnes en droit belge a toujours eu partie liée avec le concept d'union économique. Ce dernier est introduit par la Cour constitutionnelle dans l'arrêt n° 11 du 25 février 1986, dans lequel il est jugé que la politique régionale du crédit doit «se situer dans le cadre normatif de l'union économique» (2.B.1).

Deux ans plus tard, dans son arrêt n° 47 du 25 février 1988, la Cour justifie cette création jurisprudentielle en présentant l'union économique comme l'un des piliers de «la nouvelle structure [fédérale] de l'Etat belge» et comme une limite à l'exercice des compétences régionales et communautaires, limite «inhérent[e] à la conception globale de l'Etat qui se dégage des révisions constitutionnelles de 1970 et de 1980» (6.B.4). Par la même occasion, la Cour établit un rapport de nécessité entre l'union économique et la libre circulation en déclarant que «[l']existence d'une union économique implique au premier chef la libre circulation des marchandises et des facteurs de production entre les composantes de l'Etat» (6.B.4). Derrière la mobilité de «ces facteurs de production», c'est la libre circulation des personnes qui fait une entrée discrète dans le paysage juridique belge.

Si ces premiers arrêts intronisent le concept de libre circulation dans le droit public belge, il s'en faut de beaucoup qu'ils l'érigent en droit fondamental opposable à l'autorité publique. La libre circulation y apparaît simplement comme une condition nécessaire au nouvel équilibre institutionnel et comme une limite à l'exercice de leurs compétences par les collectivités fédérées.

Les concepts de libre circulation et d'union économique resurgissent quelques mois plus tard dans l'article 3 du projet de loi modifiant la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, qui deviendra l'article 6, §1^{er}, VI, de cette même loi spéciale. Les travaux préparatoires relatifs à cet article témoignent de la double ambivalence qui, dès son origine, brouille les contours du concept de libre circulation en droit belge.

D'une part, la *nature* de la libre circulation y est présentée sous des jours très différents. La libre circulation y apparaît d'abord comme un *titre de compétence* de l'Etat fédéral. Il est ainsi affirmé que «l'autorité nationale pourra intervenir par voie normative pour assurer le respect effectif par les Régions des principes fondamentaux garantissant la sauvegarde de l'union économique et de l'unité monétaire, en l'occurrence la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux et la liberté de commerce et d'industrie» (5). Dans le même temps, et comme dans les arrêts précités de la Cour constitutionnelle, cette liberté de circulation apparaît comme une condition de la sauvegarde de l'union économique et, partant, comme une *limite à l'exercice* des compétences dévolues aux Régions et aux Communautés (6). Enfin, à diverses reprises, la libre circulation prend la forme d'un principe aux accents plus subjectifs, faisant partie des «principes juridiques fondamentaux d'organisation de notre économie» (7), mis sur le même pied que «les droits et libertés garantis au Titre II de la Constitution» (8), et dont le respect est assuré par *toutes* les juridictions à l'égard de *tout* acte (loi, décret, règlement, décision...) adopté par *toute* autorité (fédérale ou fédérée) (9).

D'autre part, les travaux préparatoires restent singulièrement ambigus sur les rapports qu'entretiennent la libre circulation et l'union économique «intra-belges» avec les libertés fondamentales inscrites dans le traité CEE et les projets d'intégration économique «supranationale». L'union économique belge est parfois présentée comme un quatrième niveau d'intégration qui, additionné à l'intégration économique européenne, au Benelux, et à l'union économique belgo-luxembourgeoise, corsète encore davantage l'autonomie des Régions (10). Ailleurs, la libre circulation intra-belge apparaît simplement comme une condition nécessaire à l'établissement d'un marché intérieur au niveau européen, «étant donné qu'à partir du 1^{er} janvier 1993, un marché aussi uniforme que possible, qui garantisse la libre cir-

(5) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1988, n° 516/6, p. 118.

(6) *Voy. Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1988, n° 516/6, p. 7 : «sans préjudice du respect par les Régions des éléments constitutifs de l'union économique et de l'unité monétaire» et p. 10 : «[l]a sauvegarde de l'union économique (...) pass[e] par le respect de (...) la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux (...)».

(7) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1988, n° 516/6, p. 10.

(8) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1988, n° 516/4, p. 16.

(9) *Voy. Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1988, n° 405/2, p. 48.

(10) *Ibid.*, p. 41.

culatation des biens, des services et des personnes, devra être réalisé» (11). A d'autres endroits enfin, l'on comprend qu'à l'inverse, ce sont les unions économiques supranationales qui «contribuent également à tracer les contours de l'union économique et de l'unité monétaire [belge]» (12).

3. – LE STATUT DE LA LIBRE CIRCULATION

L'ambiguïté qui frappe tant le *siège* que l'*origine* de la libre circulation des personnes se répercute inévitablement sur son statut dans la hiérarchie des normes. Si l'on s'en tient à une conception stricte, il faut considérer qu'en ce qu'elle est consacrée dans une loi spéciale, la libre circulation occupe dans l'ordre juridique belge un rang intermédiaire, supérieur à celui des lois ordinaires mais subordonné à la Constitution.

Certains commentateurs de la saga du *zorgverzekering* – analysée brièvement ci-dessous – ont pris argument de ce statut «infra-constitutionnel» pour justifier que le principe de libre circulation cède le pas face aux normes constitutionnelles de répartition des compétences des collectivités fédérées (13). Ce raisonnement est difficilement contestable si l'on considère que la libre circulation intra-belge tient tout entière dans l'article 6, §1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980. En revanche, si l'on veut bien se rappeler que la libre circulation des personnes est à l'origine une construction prétorienne dérivée de la structure fédérale de l'Etat, l'on est tenté de conclure qu'elle jouit elle aussi d'un rang constitutionnel, soit qu'elle constitue un «principe à valeur constitutionnelle» (14), soit qu'elle découle de l'article 1^{er} (15) ou

(11) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1988, n° 516/6, p. 21. Dans un sens analogue : «Il importe de préserver une réelle union économique et monétaire dans notre pays par une action efficace et omniprésente de l'autorité nationale dans ce domaine, afin que dans une matière où les différentes nations occidentales tentent de centraliser leurs efforts, la Belgique ne soit pas fortement handicapée par un morcellement de ses compétences en matière économique».

(12) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1988, n° 516/1, p. 102.

(13) Voy. I. BUELENS, «Rechterlijke dialoog over de zorgverzekering : het Luxemburgse arrest van 1 april 2008», *Chron. D.S.*, 2009, pp. 185-193, ici p. 192 : «In tegenstelling tot wat sommige stemmen in de rechtsleer hadden gehoopt, heeft het Grondwettelijk Hof geweigerd (...) binnen de Belgische federale context de voorrang te verlenen aan het beginsel van het vrije verkeer van personen, goederen en diensten boven de territoriale bevoegdheidsverdeling. Ons inziens is deze redenering terecht»; J. VELAERS ET J. VANPRAET, «De materiële en territoriale bevoegdheidsverdeling inzake sociale zekerheid en sociale bijstand (II)», *T.B.P.*, 2009, pp. 195-218, ici p. 211 : «Wanneer het echter gaat om artikel 6, §1, VI, derde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, gaat het om een lagere rechtsregel, die dient te wijken voor de territoriale bevoegdheidsverdelende regels uit de Grondwet en met andere woorden ook voor de territoriale toepassingscriteria die het Grondwettelijk Hof uit die regels afleidt».

(14) Sur ces principes, voy. P. MARTENS, «Les principes généraux du droit», in S. GILSON (dir.), *Au-delà de la loi? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, Bruxelles, Anthémis, 2006, pp. 11-20.

(15) «La Belgique est un Etat fédéral qui se compose des communautés et des régions».

de l'article 143, § 1^{er} (16), de la Constitution. Notons, à cet égard, que la Cour constitutionnelle semble considérer que les impératifs de libre circulation et de respect de l'union économique continuent d'exister *en dehors* de leur consécration explicite dans la loi spéciale du 8 août 1980. La Cour constitutionnelle souligne ainsi qu'«[i]l ressort de la conception globale de l'Etat *ainsi que* des lois spéciales et ordinaires déterminant les compétences respectives de l'Etat, des communautés et des régions, *et notamment* de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 (...), que la structure de l'Etat belge repose sur une union économique et monétaire» (17).

Une telle solution paraît du reste plus cohérente au regard du statut des libertés de circulation *communautaires*, qui non seulement jouissent d'un statut «constitutionnel» dans l'ordre juridique de l'Union européenne – elles sont inscrites dans le droit primaire – mais en outre occupent un rang au moins équivalent à la norme constitutionnelle dans l'ordre juridique belge. Nous reviendrons toutefois plus loin sur les liens qu'entretiennent les libres circulations intra-belge et communautaire.

4. – LA NATURE DE LA LIBRE CIRCULATION

Nous avons montré plus haut que les travaux préparatoires de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980, présentent la libre circulation sous au moins trois angles différents. Elle apparaît d'abord comme un *titre de compétence*, habilitant l'Etat fédéral à intervenir pour en assurer la sauvegarde. Il ressort clairement des travaux préparatoires que ce chef de compétence ne se confond pas avec celui qui donne à l'autorité centrale le pouvoir de dessiner le «cadre normatif» de l'union économique et de l'unité monétaire. La libre circulation apparaît ensuite comme *une condition d'exercice* des compétences des autorités publiques, dressant une limite infranchissable à l'utilisation des prérogatives que leur attribue la Constitution. Enfin, cette même libre circulation est présentée comme un *principe fondamental*, jumelé à la liberté de commerce et d'industrie, cousin des quatre libertés consacrées en droit communautaire, et susceptible de commander l'annulation ou l'inapplicabilité de toute norme de droit interne.

(16) «Dans l'exercice de leurs compétences respectives, l'Etat fédéral, les communautés, les régions et la Commission communautaire commune agissent dans le respect de la loyauté fédérale, en vue d'éviter des conflits d'intérêt».

(17) C.C., arrêt n° 146/2004, du 15 septembre 2004, B.7.1 (nous soulignons). Dans le même sens, voy. X. DELGRANGE, «Bruxelles et l'hypothèse de la défédéralisation de la sécurité sociale», in P. CATTOIR et al. (dir.), *Autonomie, solidarité, coopération – Quelques enjeux du fédéralisme belge au 21^{ème} siècle*, Bruxelles, De Boeck/Larcier, 2002, pp. 244-245.

Il convient maintenant d'examiner dans quelle mesure cette triple «identité» de la libre circulation se retrouve dans les applications qu'en ont faites les juridictions belges.

A. – *Un titre de compétence fédérale*

C'est dans le domaine des marchandises que la libre circulation sert le plus fréquemment à conférer au législateur fédéral un titre de compétence. A titre d'exemple, l'on rappellera qu'une loi du 16 juillet 1993, qui imposait le prélèvement d'écotaxes (18) sur un certain nombre de produits jugés nuisibles à l'environnement, a fait l'objet de plusieurs recours en annulation devant la Cour constitutionnelle (19). Parmi les moyens soulevés à l'appui de leur demande, les requérants prétendirent que le prélèvement d'écotaxes empiétait «de manière disproportionnée sur la compétence attribuée (...) aux régions en matière d'environnement et de politique des déchets».

La Cour constitutionnelle estima que les écotaxes constituaient un impôt et relevaient partant de la compétence fiscale de l'Etat fédéral en vertu de l'article 170, §1^{er}, de la Constitution. Elle se demanda ensuite si, dans la mesure où ils procédaient d'une politique en matière d'environnement et de déchets, ces prélèvements ne rendaient pas «impossible ou exagérément difficile l'exercice des compétences régionales» dans ce domaine. Elle tint sur ce point le raisonnement suivant :

«Si chaque région devait prendre séparément des mesures dont le but est de freiner la mise à la consommation de certains produits et d'encourager l'emploi de matières jugées moins nuisibles à l'environnement, il pourrait en résulter que la commercialisation de ces produits serait soumise à des conditions différentes suivant la région où ils sont mis en vente. De telles mesures pourraient entraver la libre circulation des biens et fausser le jeu de la concurrence. Elles méconnaîtraient ainsi l'article 6, §1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 (...). La nécessité de tracer un cadre uniforme qui respecte l'union économique en matière d'écotaxes justifie que le législateur fédéral use de sa compétence fiscale».

L'impératif du respect de l'union économique et de la libre circulation des marchandises, combiné au fait que les régions avaient été associées *de facto* à l'introduction des écotaxes, établit ici la constitutionnalité de l'intervention fédérale. Cet impératif sert ainsi de trait d'union entre une compétence de l'autorité centrale et la préservation d'intérêts locaux.

L'on ajoutera que l'impératif tiré de la libre circulation n'est pas toujours invoqué par l'Etat fédéral comme un moyen de *défense* destiné à protéger

(18) L'écotaxe s'entend d'une «taxe assimilée aux accises, frappant un produit mis à la consommation en raison des nuisances écologiques qu'il est réputé générer» (loi du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'Etat, art. 369, 1^o).

(19) Voy. C.C., arrêt n° 6/95, arrêt n° 7/95, arrêt n° 8/95, arrêt n° 9/95 et arrêt n° 10/95, du 2 février 1995.

une mesure qu'il aurait adoptée. Ce même argument peut également servir de soutien à un recours en annulation d'un décret ou d'une ordonnance arrêtée dans un domaine qui ne se prête pas à un règlement différencié et compromet dès lors l'union économique et la libre circulation au sein de l'Etat belge. C'est ainsi, par exemple, que la Cour constitutionnelle a annulé un décret wallon portant sur le parrainage de manifestations se déroulant sur des infrastructures appartenant à la Région wallonne. La Cour a considéré à cet effet que «[s]i chaque région devait prendre séparément des mesures dont le but est de moduler la matière du parrainage par le tabac (...), il en résulterait que l'interdiction instaurée à cet égard par l'Etat fédéral serait appliquée différemment dans les différentes régions, ce qui serait contraire à l'article 6, paragraphe 1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980» (20).

*B. – Une condition d'exercice des compétences
de toutes les autorités publiques*

Dans la majorité des affaires dans lesquelles elle se trouve invoquée, la libre circulation joue un rôle de limite à l'exercice de leurs compétences par les collectivités fédérées. Dans un arrêt du 10 janvier 2005, le Conseil d'Etat a ainsi considéré qu'en interdisant aux chauffeurs de taxi titulaires d'une licence délivrée par une autre Région de déposer des clients sur le territoire flamand, la Région flamande semblait – il s'agissait d'un recours en suspension – avoir gravement méconnu les limites que la libre circulation des personnes impose à l'exercice de ses compétences (21).

La libre circulation des personnes fut également invoquée contre un décret de la Région wallonne modifiant le Code des droits de succession. Les requérants prétendaient qu'«en portant le taux des trois tranches supérieures du tarif 'entre toutes autres personnes' à, respectivement, 60, 80 et 90 pc., l'article 1^{er} du décret (...) serait susceptible de conduire à des distorsions de marché et à des entraves à la libre circulation des personnes, en incitant de nombreux wallons à s'établir dans une autre région». La Cour rejeta le moyen, considérant que «le fait que l'augmentation d'un impôt puisse avoir pour conséquence qu'une modification se produise dans le comportement d'un contribuable est un effet secondaire possible de toute taxe ou de toute augmentation ou réduction fiscale» (22).

Il ressort des travaux préparatoires de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 qu'en dépit du libellé de cette disposition, les Régions ne sont pas les seules entités publiques à voir l'exercice de leurs

(20) C.C., arrêt n° 36/2001, du 13 mars 2001.

(21) C.E., arrêt *Brussels Hoofdstedelijk Gewest*, n° 138.979, du 10 janvier 2005.

(22) C.C., arrêt n° 107/2005, du 22 juin 2005, B.7 et B.9.3.

compétences corseté par les impératifs de la libre circulation et de l'union économique (23). Les jurisprudences de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation ont rapidement confirmé cet état de fait. Tant les Communautés (24) – et les Commissions communautaires (25) – que les provinces (26) et les communes (27) sont tenues au respect de ces principes. Plus encore, tout comme les institutions européennes ne peuvent mettre en péril les libertés fondamentales consacrées dans le traité CE, l'autorité fédérale elle-même doit s'abstenir de compromettre la libre circulation intra-belge et l'union économique du pays (28).

C. – *Un droit fondamental?*

S'agissant d'une contribution consacrée au *droit* à la libre circulation des personnes, il convient de s'interroger sur la consécration d'un tel droit dans la jurisprudence des cours suprêmes de l'ordre juridique belge. La réponse à cette question n'a rien d'évident. Indubitablement, cette jurisprudence accorde aux particuliers le droit de contester la légalité d'une mesure qui ne respecterait pas le principe de libre circulation. En ce sens, les particuliers sont habilités à agir au contentieux objectif comme des chiens de garde de la répartition des compétences entre les différentes autorités publiques du Royaume. S'en déduit-il que ces mêmes particuliers disposent d'un *droit propre* à la libre circulation – entendue au sens strict de libre *migration* et non de liberté de mouvement? Il est permis d'en douter.

Certes, quelques enseignements jurisprudentiels semblent plaider en faveur d'un authentique droit *subjectif* à la libre circulation.

D'une part, l'on notera que certaines décisions semblent faire de la liberté de circulation «économique» une composante d'un droit plus général à la liberté de commerce proclamé à la fois par l'article 7 du décret d'Allarde (29) et par l'article 6, §1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980. La jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat

(23) «Tant l'autorité nationale que les Régions doivent respecter ce cadre normatif général, que les Régions peuvent en outre compléter» (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1988, n° 516/6, p. 76).

(24) C.C., arrêt n° 53/99, du 26 mai 1999.

(25) C.C., arrêt n° 119/2004, du 30 juin 2004.

(26) Voy., p. ex., Cass., 10 novembre 1994, *Droit communal*, 1995, pp. 101-108 et C.E., arrêt *v.z.w. Nationale Federatie der zagerijen*, n° 76.715, du 28 octobre 1998.

(27) C.E., arrêt *S.A. Publi Hebdo*, n° 132.983, du 24 juin 2004.

(28) Voy., e.a., C.C., arrêt n° 146/2004, du 15 septembre 2004 : «Bien que l'article 6, §1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 s'inscrive dans le cadre de l'attribution des compétences aux régions en matière d'économie, cette disposition exprime la volonté du législateur spécial de maintenir un régime de base uniforme pour l'organisation de l'économie dans un marché intégré. Les diverses autorités doivent par conséquent exercer leurs compétences en respectant le cadre normatif de l'union économique et monétaire» (B.7.1).

(29) Décret des 2-17 mars 1791.

en matière d'octrois est révélatrice de cette tendance, qui consiste à examiner *ensemble* des atteintes alléguées à la libre circulation – et à l'union économique – et à la liberté de commerce, comme si ces normes de référence visaient en réalité une seule et même valeur – le libre exercice de l'activité économique. Le Conseil d'Etat a été le plus explicite à cet égard, déclarant que «chaque composante de l'Etat, y compris les provinces, est tenue, même en matière fiscale, de s'abstenir de prendre séparément des mesures qui constitueraient des entraves à la libre circulation de certains biens, fausseraient le jeu de la concurrence et, *par là même*, feraient obstacle au libre exercice du commerce et de l'industrie, plus particulièrement lorsque la consommation de produits et leur commercialisation en viendraient à être soumises à des conditions différentes suivant le lieu où ils sont mis en vente» (30). Il s'en faut toutefois de beaucoup que cette jurisprudence consacre un droit spécifique à la libre circulation des personnes dès lors qu'elle concerne la libre circulation des richesses et qu'elle s'emploie à réduire celle-ci à un aspect particulier d'un droit général au commerce.

D'autre part, il ressort d'au moins un avis de la section de législation du Conseil d'Etat que la libre circulation des personnes consacrée à l'article 6, §1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 bénéficierait aux seuls Belges (31). Cet avis concerne un projet d'arrêté ministériel mettant en œuvre un décret de la Communauté flamande du 28 février 2003 «relatif à la politique flamande d'intégration civique» (*«betreffende het Vlaamse inburgeringsbeleid»*) (32). Ledit arrêté s'inscrivait dans un vaste projet destiné à favoriser l'intégration des étrangers récemment établis en Région flamande ou bruxelloise en imposant à certains d'entre eux «trois paquets de formation, à savoir l'orientation sociale, le néerlandais comme seconde langue et l'orientation de la trajectoire de vie» (décret précité, art. 13). Parmi les catégories de personnes dispensées de l'obligation d'intégration civique figuraient les Belges et les ressortissants de l'Espace économique européen, ainsi que les membres de leurs familles – conjoints, descendants et ascendants à charge. Le Conseil d'Etat confirma le bien-fondé de ces exemptions qui découlaient, d'une part, du principe européen de libre circulation et, d'autre part – *a fortiori*, disait-il –, du principe de l'union économique et de la libre circulation *des Belges* (33). Force est de reconnaître que cette limi-

(30) C.E., arrêt *v.z.w. Nationale Federatie der zagerijen*, n° 76.715 du 28 octobre 1998 (nous soulignons).

(31) Avis du 9 décembre 2003, n° 36.116/3, inédit.

(32) *Mon. b.*, 8 mai 2003.

(33) «Als aangenomen wordt dat het Europese beginsel van het vrij verkeer van personen belet om de genoemde verplichting op te leggen aan EU-onderdanen, dan dient a fortiori aangenomen te worden dat een deelgebied in België die verplichting ook niet kan opleggen aan Belgische onderdanen die zich in dat deelgebied willen vestigen. (...). Indien de verplichting echter wel van toepassing zou zijn op de niet-Belgische familieleden van de betrokken Belgen, zou de

tation *ratione personae* donne à la libre circulation intra-belge des allures de droit subjectif, et l'apparente en quelque sorte à la libre circulation des citoyens européens consacrée à l'article 18 du Traité CE. En effet, une telle limitation ne se concevrait guère s'agissant d'un principe régissant l'exercice des compétences des autorités publiques – qui se verraient ainsi accorder toute licence pour restreindre la libre circulation des étrangers résidant sur le territoire belge. Cette prise de position du Conseil d'Etat nous paraît cependant fortement isolée.

Pour le reste, il faut considérer que la libre circulation – et *a fortiori* la libre circulation des personnes – ne bénéficie pas d'un régime juridique comparable aux (autres) droits constitutionnels de Belgique. D'abord, ses atteintes ne semblent pas pouvoir, à l'instar des droits fondamentaux «classiques», être justifiées par la poursuite d'objectifs d'intérêt général. Ensuite, l'examen d'une violation de la libre circulation belgo-belge ne paraît pas subordonné à la preuve que le requérant est (ou risque d'être) réellement affecté dans l'exercice de son droit à la libre circulation. Ajoutons que la libre circulation ne s'est, à notre connaissance, jamais vu reconnaître un effet direct horizontal. Enfin, la jurisprudence de nos cours suprêmes ne semble fournir aucun exemple d'affaire dans laquelle une atteinte à la libre circulation aurait servi de fondement à l'octroi de dommages et intérêts dans le cadre d'une action en responsabilité civile.

5. – LA PORTÉE ET LES LIMITES DE LA LIBRE CIRCULATION

A. – La portée

Qu'il soit ou non assimilable à un droit subjectif, le principe de libre circulation belgo-belge s'oppose, au moins *prima facie*, à deux types de mesures différentes.

D'une part, il fait obstacle à l'imposition de droits de douane ou de taxes d'effet équivalent entre les différentes régions du Royaume. La jurisprudence ne manque pas sur ce point, qui s'inspire volontiers de l'interprétation donnée par la Cour de justice à l'article 25 du Traité CE. L'on pointera à cet égard les multiples arrêts de la Cour constitutionnelle qui se penchent sur la constitutionnalité, au regard des principes de libre circulation et de l'union économique belge, du décret de la Région flamande du 2 juillet 1981 relatif à la prévention et à la gestion des déchets (34).

verplichting (ervan uitgaande dat ze een belemmering vormt op het vrij verkeer) *de facto* ook het vrij verkeer van de Belgen zelf belemmeren» (§14, al. 3).

(34) Voy. ainsi C.C., arrêt n° 51/98, du 20 mai 1998; arrêt n° 128/2001, du 18 octobre 2001 et arrêt n° 69/2004, du 5 mai 2004.

D'autre part, le principe de libre circulation s'oppose à l'adoption de mesures qui introduisent une discrimination – directe ou indirecte – entre les « autochtones » et les « migrants ». A titre d'exemple, l'on rappellera l'arrêt du Conseil d'Etat censurant un arrêté du gouvernement flamand interdisant aux chauffeurs de taxis titulaires d'une autorisation délivrée dans une autre Région de déposer leurs clients sur le territoire flamand. On ajoutera que dans un avis relatif au projet de décret du 15 juillet 1997 instituant le Code du logement flamand, la section de législation du Conseil d'Etat a considéré qu'en subordonnant l'octroi d'un logement social à la « disposition » (*« bereidheid »*) de son bénéficiaire à apprendre le néerlandais, le législateur flamand introduisait une discrimination indirecte potentiellement attentatoire à la libre circulation communautaire et intra-belge (35).

Sans doute s'étonnera-t-on de ce que l'article 6, §1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 ne soit pas plus souvent invoqué pour contester la constitutionnalité de mesures discriminatoires. L'on sait que la Cour de justice a trouvé dans ces différences de traitement un terrain fertile au développement de sa jurisprudence en matière de libre circulation. Cet écart entre les pratiques belge et communautaire tient probablement à la place diamétralement opposée qu'y occupent les principes d'égalité et de non-discrimination d'une part, et de libre circulation d'autre part. L'on sait que la Cour de justice privilégie le recours aux libertés de circulation pour censurer une discrimination entre nationaux et migrants, ne se tournant vers le principe d'égalité inscrit à l'article 12 du Traité CE qu'à défaut de base juridique plus spécifique. A l'inverse, la place – historique – qu'occupent les articles 10 et 11 de la Constitution dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle ont tout naturellement conduit celle-ci – et les plaideurs se présentant devant elle – à utiliser les principes généraux d'égalité et de non-discrimination au détriment des dispositions relatives à la libre circulation (36).

A la différence des libertés de circulation communautaires, il n'est pas certain que la libre circulation belgo-belge s'oppose à l'adoption de mesures qui, sans introduire la moindre discrimination, se limitent à gêner ou rendre moins attrayant l'exercice de la libre circulation. S'appuyant sur l'effet dissuasif de la politique *d'inburgering* décrite ci-dessus, Sébastien van Drooghenbroeck avait ainsi plaidé que celle-ci était contraire à la libre circula-

(35) Voy. l'avis du Conseil d'Etat n°35.536/VR/3 du 24 janvier 2006 relatif au projet de décret portant modification du décret du 15 juillet 1997 instituant le Code du logement flamand, disponible sur <http://jisp.vlaamsparlement.be/docs/stukken/2005-2006/g824-1.pdf>, pp. 62-63.

(36) Sur les liens complexes unissant les principes de libre circulation et d'égalité de traitement, nous renvoyons à l'étude réalisée par X. DELGRANGE et J.-P. KEPPELNE, « Convergences et divergences dans le contrôle constitutionnel de la non-discrimination et de l'union économique et l'unité monétaire », in X. DELGRANGE (coord.), *L'union économique et l'unité monétaire en Belgique*, Namur, la Charte, 1993, pp. 88 et s.

tion belgo-belge en ce qu'elle générerait excessivement la circulation des «(...) travailleurs rémunérés, effectifs ou potentiels, [nationaux ou étrangers,] ou de manière générale, des 'facteurs de production', sur le 'marché économique belge'» (37). Outre qu'une telle argumentation n'était sans doute pas nécessaire en l'espèce (38), il est peu probable qu'elle aurait été acceptée par nos juridictions suprêmes. L'on touche ici à une différence fondamentale entre les libertés de circulation belgo-belge et communautaire, sur laquelle il nous faudra revenir plus loin.

B. – *Les limites*

Les juridictions suprêmes de l'ordre juridique belge ont posé plusieurs limites à la portée de la libre circulation intra-belge. Nous en examinerons trois.

D'abord, et à rebours des enseignements officiels de la jurisprudence communautaire (39), la Cour constitutionnelle semble considérer que la libre circulation n'est pas violée lorsque l'atteinte qui y est portée est seulement minime (40) ou non disproportionnée (41) – indépendamment du but poursuivi par la mesure attaquée. Ce raisonnement «quantitatif» trouve sans doute partiellement son origine dans la nature ambiguë de la libre circulation intra-belge. L'argument *de minimis* ne cadre guère avec la perception de la libre circulation comme droit subjectif, auquel toute atteinte ne saurait être validée que moyennant une justification convaincante. En

(37) S. VAN DROOGHENBROECK, «Fédéralisme, droits fondamentaux et citoyenneté : les certitudes à l'épreuve de l'inburgering», in E. BREMS et R. STOKX (eds.), *Recht en minderheden – De ene diversiteit is de andere niet*, Tegenspraak, cahier 26, 2006, pp. 257-274, spéc. pp. 271-273 (souligné dans le texte).

(38) Comme on l'a vu plus haut, le Conseil d'Etat a considéré qu'un tel dispositif instaurait une discrimination (justifiable) entre les personnes connaissant le néerlandais et les autres.

(39) L'on sait que cette ligne de conduite officielle a fait l'objet d'une série d'inflexions ponctuelles dans des arrêts tels que *Krantz* (C.J.U.E., aff. *Krantz*, 69/88, du 7 mars 1990, *Rec.*, p. I-583, pt. 11), *Corsica Ferries* (C.J.U.E., aff. *Corsica Ferries*, C-266/96, du 18 juin 1998, *Rec.*, p. I-3949, pt. 31), ou *Graf* (C.J.U.E., aff. *Graf*, C-190/98, du 27 janvier 2000, *Rec.*, p. I-493).

(40) C.C., arrêt n° 51/2006, du 19 avril 2006. Dans cet arrêt relatif à la constitutionnalité de l'assurance soins flamande (voy., *infra*, sur cette affaire), la Cour répond au grief tiré d'une violation de l'article 6, §1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale en affirmant que «compte tenu du montant et des effets limités des mesures critiquées, il n'est pas porté atteinte à la compétence fédérale relative à l'union économique» (B.10.3).

(41) C.C., arrêt n° 56/96, du 15 octobre 1996. Dans cet arrêt relatif à la constitutionnalité d'une ordonnance bruxelloise prévoyant que seuls les exploitants de services de taxi et de location de voitures avec chauffeurs titulaires d'une autorisation délivrée par la Région bruxelloise peuvent effectuer des courses dont le point de départ est situé à Bruxelles, la Cour déclare : «[c]ette disposition n'empêche pas que des déplacements pour une prestation de service avec chauffeur dont le point de départ est situé hors de la Région de Bruxelles-Capitale puissent être poursuivis sur le territoire de cette région sans qu'une autorisation soit nécessaire à cette fin. Elle ne porte donc pas une atteinte disproportionnée à la libre prestation des services» (B.7.3.). La Cour rejette l'argument tiré de la libre circulation sur base d'une stricte analyse des effets de l'ordonnance attaquée. Elle ne fait pas précéder ce test de (dis)proportionnalité d'un examen du but poursuivi par ladite mesure.

revanche, ce type de raisonnement ne paraît pas incongru si l'on assimile la libre circulation à une modalité d'exercice de compétences dont les limites parfois floues appellent un raisonnement teinté de flexibilité. Mais cette jurisprudence «quantitative» s'explique peut-être aussi par l'appréciation – implicite – de la Cour constitutionnelle quant à l'*intensité* de la libre circulation belgo-belge : une intensité réduite par rapport à son pendant communautaire, qui autorise certaines libertés avec la jurisprudence de la Cour de justice. Nous reviendrons sur ce point un peu plus loin.

Ensuite, la Cour constitutionnelle rappelle régulièrement qu'aucune atteinte à la libre circulation ne saurait se déduire de simples disparités législatives ou réglementaires résultant de l'exercice autonome, par les collectivités fédérées des compétences qui leur ont été attribuées (42). La Cour a ainsi jugé que «[p]uisque le législateur spécial a explicitement autorisé les régions à modifier le taux d'imposition des droits de succession, il peut en résulter que le montant de ces droits soit différent d'une région à l'autre. Pareille différence n'implique pas d'office une violation de l'union économique et monétaire» (43). Ce raisonnement est de bon sens, tant que l'on n'imaginera pas que la libre circulation puisse aboutir à détricoter le modèle fédéral en obligeant les autorités fédérées à mener des politiques harmonisées. Nous observerons toutefois dans la dernière partie de cette étude que la Cour constitutionnelle pousse parfois très (trop) loin l'argument tiré de l'«effet utile» de l'autonomie normative des collectivités fédérées, prenant ainsi ses distances avec la jurisprudence de la Cour de justice.

La troisième limite à la libre circulation belgo-belge tient au principe de territorialité des compétences inscrit aux articles 128, §2, et 130, §2, de la Constitution. La Cour constitutionnelle considère que le principe de libre circulation ne peut conduire les collectivités fédérées à outrepasser les limites de leurs compétences territoriales en réglant le sort de personnes se trouvant sur le territoire d'une autre collectivité. Dans son arrêt du 21 janvier 2009 sur la constitutionnalité du régime d'assurance soins instauré par la Communauté flamande, la Cour a ainsi considéré qu'un tel régime ne pouvait bénéficier aux Belges résidant en Wallonie et travaillant en Flandre dès lors que «[l]e législateur décréteil flamand n'est (...), en principe, pas compétent pour adopter un système d'assurance soins qui s'appliquerait à des personnes qui n'habitent pas sur le territoire de sa compétence» (B.12.3). En effet, «l'extension du champ d'application du décret attaqué à des ressortissants belges qui habitent la région de langue française ou la région de langue allemande (...) pourrait amener la Communauté flamande à exercer des mesures de contrôle et de surveillance incompatibles avec les règles de compétence territoriale (...)» (B.14). De même,

(42) Voy., p. ex., C.C., arrêt n° 69/2004, du 5 mai 2004, B.15.3.

(43) C.C., arrêt n° 107/2005, du 22 juin 2005, B.9.2.

dans son arrêt relatif à une ordonnance autorisant les seuls taxis (et services apparentés) bénéficiant d'une autorisation bruxelloise à embarquer des clients sur le territoire bruxellois, la Cour a déclaré que «l'élément pris en considération, à savoir le point de départ de la prestation de service, constitue un critère de rattachement pertinent permettant de localiser la matière à régler exclusivement dans la sphère de compétence territoriale de la Région de Bruxelles-Capitale» (44) (B.7.3). Comme les deux premières, cette troisième limite à l'exercice de la libre circulation semble empreinte de considérations de bon sens, inspirées de la nécessité de respecter le fédéralisme à la belge. Comme les deux premières cependant, cette troisième limite ne paraît guère trouver d'écho dans la jurisprudence de la Cour de justice et semble traduire une différence «quasi-ontologique» entre les libertés de circulation belgo-belge et communautaire. C'est sur cette différence qu'il nous faut à présent nous pencher.

6. – L'INTENSITÉ DE LA LIBRE CIRCULATION

Tant la jurisprudence des cours suprêmes que les travaux préparatoires relatifs à l'article 6, §1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 véhiculent une certaine ambiguïté quant aux rapports qu'entretiennent les libertés de circulation belgo-belge et communautaire. Tantôt la première apparaît comme plus puissante que la seconde, les liens unissant les composantes d'un même Etat présentant nécessairement une intensité supérieure à ceux rassemblant des Etats souverains au sein d'une organisation internationale (A). Tantôt, les libres circulations intra-belge et communautaire sont considérées comme des clones d'intensité équivalente, porteurs des mêmes exigences à des échelons et dans des systèmes institutionnels différents (B). Tantôt enfin, les commandements déduits de la libre circulation communautaire semblent jouir d'une impérativité supérieure aux exigences qui découlent de la libre circulation intra-belge (C).

A. – *La libre circulation belgo-belge, plus intense que son homologue communautaire*

Dès les travaux préparatoires relatifs à l'article 6, §1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980, surgit l'idée que la libre circulation belgo-belge présente un degré d'intégration supérieur à son homologue communautaire. L'union économique et l'unité monétaire belges y apparaissent comme un quatrième niveau d'intégration qui, additionné à la CEE, au

(44) C.C., arrêt n° 56/96, du 15 octobre 1996.

Benelux, et à l'union économique belgo-luxembourgeoise, limite encore davantage l'autonomie des Régions (45).

Cette idée se retrouve sous la plume de la section de législation du Conseil d'Etat. Dans son avis sur le projet d'arrêté du gouvernement flamand concernant la politique flamande d'*inburgering*, le Conseil d'Etat considère que si le principe européen de libre circulation des personnes empêche la Communauté flamande d'imposer des obligations d'intégration civique aux citoyens européens, alors il faut accepter que la libre circulation intra-belge fasse *a fortiori* obstacle à l'imposition de ces mêmes obligations aux citoyens belges (46).

B. – *La libre circulation belgo-belge,
d'intensité équivalente à son homologue communautaire*

Certains extraits des travaux préparatoires de l'article 6, §1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 accréditent l'idée selon laquelle la libre circulation belgo-belge revêtirait une intensité équivalente à celle consacrée dans le Traité CE. Cette équivalence se déduit des rapports d'implication établis entre l'une et l'autre, certains estimant que la libre circulation et l'union économique intra-belges sont nécessaires à l'établissement d'un marché intérieur européen (47), les seconds considérant à l'inverse que ce sont les unions économiques supranationales qui «contribuent également à tracer les contours de l'union économique et de l'unité monétaire [belge]» (48).

Cette équivalence de principe transparaît également de l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat portant sur la constitutionnalité du décret flamand relatif au Code du logement flamand. Après avoir constaté que ce décret introduit une discrimination indirecte potentiellement contraire à la libre circulation communautaire, le Haut Conseil en déduit que la même conclusion s'impose s'agissant de la libre circulation intra-belge, dès lors que celle-ci importe les principes du droit communautaire au sein de l'union économique belge (49).

(45) Voy. *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1988, n° 405/2, p. 41.

(46) Avis du 9 décembre 2003, n° 36.116/3, inédit, §14, al. 3.

(47) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1988, n° 516/6, p. 21. Dans un sens : «Il importe de préserver une réelle union économique et monétaire dans notre pays par une action efficace et omniprésente de l'autorité nationale dans ce domaine, afin que dans une matière où les différentes nations occidentales tentent de centraliser leurs efforts, la Belgique ne soit pas fortement handicapée par un morcellement de ses compétences en matière économique».

(48) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1988, n° 516/1, p. 102.

(49) Avis n° 35.536/VR/3 du 24 janvier 2006 relatif au projet de décret portant modification du décret du 15 juillet 1997 instituant le Code du logement flamand, spéc. pp. 62-63. Cet avis est disponible sur <http://jsp.vlaamsparlament.be/docs/stukken/2005-2006/g824-1.pdf>.

Cette opinion de bon sens semble partagée par certains auteurs. Ainsi Patrick van Ypersele considère-t-il que l'article 6, §1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 a pour but de combler les lacunes résultant de l'inapplicabilité des libertés de circulation communautaires aux «situations purement internes», ne présentant aucun élément transfrontière. Selon cet auteur, «[o]n peut défendre ainsi que le législateur spécial en renvoyant, d'une part, aux principes de libre circulation empruntés au droit communautaire et, d'autre part, au cadre normatif de l'U.E.U.M. tel qu'il est établi par ou en vertu de la loi et par ou en vertu des traités internationaux, a voulu indiquer que, si l'autorité nationale a le droit de rendre l'U.E.U.M. belge plus étroite que celle établie par le Traité CE tel qu'interprété par la Cour de justice, les exigences de ce dernier doivent être considérées comme un minimum en deçà duquel on ne peut aller. De cette manière, la Cour d'arbitrage devrait en tout état de cause interpréter les exigences de l'U.E.U.M. entre les Régions de manière au moins aussi stricte que la Cour de justice n'interprète celles du Traité CE entre les Etats membres. A cette fin, la Cour d'arbitrage pourrait utilement coopérer par le biais du renvoi préjudiciel» (50).

Cette coopération inter-juridictionnelle dans la définition des contours de la libre circulation intra-belge, la Cour de justice a tenté de l'amorcer dans son arrêt du 1^{er} avril 2008 sur la compatibilité, avec le droit communautaire, du décret flamand portant organisation de l'assurance soins (51). Sans rentrer dans les détails de ce décret, rappelons qu'il réservait le bénéfice d'une assurance de soins à domicile aux personnes travaillant en Flandre ou à Bruxelles et habitant soit en Flandre, soit à Bruxelles, soit dans un autre Etat membre de l'Union européenne. En somme, parmi les ressortissants communautaires – belges et étrangers – travaillant en Flandre, seuls ceux qui habitaient en Wallonie étaient exclus du champ d'application du décret. Saisie sur question préjudicielle par la Cour constitutionnelle, la Cour de justice considéra que dans la mesure où il empêchait les ressortissants communautaires résidant en région wallonne et travaillant en région flamande de bénéficier du «*zorgverzekering*», le décret flamand violait la liberté de circulation des ressortissants communautaires en ce qu'il en rendait l'exercice moins attrayant. En revanche, et à l'inverse de son avocat général, la Cour de justice considéra que les principes européens de libre circulation ne s'opposaient pas à l'exclusion des Belges résidant en Wallonie et travaillant en Flandre du bénéfice de l'assurance soins (52). Consciente

(50) P. VAN YPERSELE, «Quelques réflexions 'catastrophistes' sur les risques que comportent les divergences de contrôle en matière d'union économique et d'unité monétaire entre la Cour d'arbitrage et la Cour de justice des Communautés européennes», in X. DELGRANGE (coord.), *L'union économique et l'unité monétaire en Belgique*, op. cit., pp. 122-147, ici p. 146.

(51) C.J.U.E., aff. *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, C-212/06, du 1^{er} avril 2008 (conclusions du 28 juin 2007), *Rec.*, 2008, p. I-1683.

(52) Pour autant que ces Belges n'aient pas fait un usage préalable de leur droit communautaire à la libre circulation en allant travailler dans un autre Etat membre de l'Union.

de la discrimination à rebours résultant de l'inapplicabilité du droit communautaire à cette situation purement interne, la Cour suggéra toutefois à la Cour constitutionnelle de transposer aux libertés de circulation belgo-belges le raisonnement qu'elle avait tenu à l'égard de la libre circulation communautaire. Elle affirma ainsi que «l'interprétation de dispositions du droit communautaire pourrait éventuellement être utile à la juridiction nationale, y compris au regard de situations qualifiées de purement internes, en particulier dans l'hypothèse où le droit de l'Etat membre concerné imposerait de faire bénéficier tout ressortissant national des mêmes droits que ceux d'un ressortissant d'un autre Etat membres tirerait du droit communautaire dans une situation considérée par la dite juridiction comme étant comparable» (pt. 40). Si la Cour constitutionnelle n'a pas exploité la perche que lui tendaient les juges de Luxembourg, c'est sans doute parce qu'elle entretient une conception différente des rapports entre les libertés belgo-belge et communautaire, sur laquelle il convient de se pencher à présent.

*C. – La libre circulation belgo-belge,
plus lâche que son homologue communautaire*

La Cour constitutionnelle n'a jamais accordé à la libre circulation intrabelge un poids équivalent à celui que les «quatre libertés» revêtent dans l'ordre juridique communautaire. Elle continue à maintenir ce principe à l'état embryonnaire, tant dans la portée quelle lui confère – limitée aux mesures discriminatoires et aux droits de douane et taxes d'effet équivalent – que dans les bornes qu'elle lui assigne – insignifiante de l'atteinte, autonomie normative des collectivités fédérées et principe de territorialité des compétences –.

On l'a dit, cette approche timorée contraste avec la vigueur de la jurisprudence communautaire. L'arrêt rendu le 21 janvier 2009 suite à l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire du *zorgverzekering* en offre le meilleur exemple. La Cour constitutionnelle y refuse de voir dans l'exclusion des Wallons travaillant en Flandre du bénéfice de l'assurance soins une atteinte à leur liberté de circulation (53). Il ressort de la motivation confuse de l'arrêt que deux arguments sont principalement invoqués à l'appui de ce brevet de constitutionnalité. L'on a déjà évoqué le premier, qui tient au respect du principe de territorialité des compétences et empêche la Communauté flamande de régler et contrôler le sort de personnes habitant en dehors de son territoire. Quant au second, il réside dans l'autonomie normative des différentes collectivités fédérées, qui conduit la Cour à constater que la différence de traitement dont sont victimes les Wallons travaillant

(53) C.C., arrêt n° 11/2009, du 21 janvier 2009.

en Flandre tient non pas au décret *zorgverzekering* mais à l'absence de mesure correspondante dans les Communautés française et germanophone. La Cour va du reste – incongruité que des constitutionnalistes seront mieux à même de critiquer – jusqu'à consacrer la compétence du législateur fédéral pour combler cette différence de traitement.

Ces mêmes éléments n'avaient pourtant pas conduit la Cour de justice à blanchir l'atteinte portée par le décret *zorgverzekering* aux libertés de circulation *communautaires*. Il n'y a pas à s'en étonner. Quant au principe de territorialité des compétences, l'on notera qu'appliqué trop strictement, il entre en opposition frontale avec le principe de reconnaissance mutuelle consacré par la jurisprudence communautaire. Il pourrait, par exemple, justifier que la Belgique interdise le remboursement des médicaments prescrits sur son territoire par des médecins établis en France au motif que ceux-ci – et notamment leurs formations – échappent à son contrôle.

Quant à l'argument tiré de l'autonomie des collectivités fédérées, il heurte lui aussi de front la position de la Cour de justice. Alors que la Cour constitutionnelle estime que l'autonomie des régions (au sens large) serait réduite à néant si celles-ci étaient tenues de prendre en compte la législation du voisin dans l'exercice de leurs compétences, la Cour de justice tient un raisonnement inverse, selon lequel les Etats membres «doivent exercer [leurs] compétence[s] dans le respect du droit communautaire, en particulier des dispositions du traité relatives à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres» (54). C'est ainsi, par exemple, que la Cour a jugé contraire à la libre circulation de citoyens belgo-espagnols l'application généralisée, par l'administration belge, de la législation belge en matière d'établissement du nom patronymique (55). Dans un domaine qui ressortissait à sa compétence exclusive, régi par une législation indistinctement applicable, la Belgique s'est ainsi vue obligée de prendre en compte et d'appliquer la législation espagnole relative à la détermination du nom patronymique.

Ces différences de régime entre les libertés de circulation intra-belge et communautaire tiennent probablement à la *dynamique* du système institutionnel dans lequel ces libertés opèrent respectivement. Alors que les libertés belges font office de filet de sécurité dans un processus centrifuge de démantèlement de l'Etat, les libertés communautaires agissent au contraire comme un moteur, appuyant une dynamique d'intégration toujours plus étroite. Il en résulte un ordre des priorités inversé pour les deux cours chargées d'arbitrer les tensions entre unité et diversité inhérentes à tout système fédéral ou confédéral. Là où la sauvegarde de l'autonomie des collec-

(54) C.J.U.E., aff. *K. Tas-Hagen*, C-192/05, du 26 octobre 2006, *Rec.*, p. I-10451, pt. 22.

(55) C.J.U.E., aff. *Garcia Avello*, C-148/02, du 2 octobre 2003, *Rec.*, p. I-11613.

tivités fédérées l'emporte sur des atteintes marginales à la libre circulation pour la Cour constitutionnelle, la Cour de justice estime que les diversités nationales doivent céder le pas face aux impératifs de libre circulation auxquels ont librement souscrit les Etats membres.

Cette explication «ontologique» n'empêche toutefois pas de formuler quelques critiques à l'encontre de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. D'abord, l'on observera que combinée à l'inapplicabilité du droit européen aux situations purement interne, cette jurisprudence «conduit au paradoxe suivant : pour renforcer la libre circulation (...) sur le territoire que constitue l'Etat belge, il 'suffirait' de faire éclater la Belgique en trois Etats indépendants membres de la C.E.E.» (56). Dans ses conclusions relatives au décret «*zorgverzekering*», l'avocat général Sharpston se demandait «quelle est donc cette Union européenne qui garantit la libre circulation entre Dunkerque (France) et De Panne (Belgique), mais pas entre Jodoigne et Hoegaarden» (57). La jurisprudence de la Cour constitutionnelle pousse l'interrogation un cran plus loin : quel est donc cet Etat qui garantit aux ressortissants communautaires une égalité de traitement qu'il refuse à certains de ses nationaux ?

Observons ensuite qu'il ne semble conforme ni à l'esprit, ni à la lettre de l'article 6, §1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de refuser à la libre circulation belgo-belge la portée et l'intensité dont jouit la libre circulation communautaire. S'il semble défendable qu'en égard à la dynamique centrifuge du système institutionnel belge, la libre circulation interne ne se voie pas reconnaître une protection *supérieure* à celle du grand frère européen, tant la structure étatique de la Belgique que la référence aux traités internationaux dans l'article 6, §1^{er}, VI, alinéa 3, s'opposent à une interprétation plus *restrictive* du principe de libre circulation belgo-belge.

Enfin, l'on ne manquera pas d'exprimer un certain scepticisme face au raisonnement de la Cour qui consiste à balayer les griefs tirés d'une atteinte à la libre circulation au nom de l'autonomie normative des collectivités fédérées et du principe territorial de répartition des compétences. Assurément, la Cour constitutionnelle a raison d'attacher à ces principes une importance toute particulière, supérieure à celle qu'ils revêtent dans le système centripète de l'Union européenne. En revanche, il nous semble que la Cour a tort d'opposer ces principes à la libre circulation dans le cadre d'un jeu à somme nulle, duquel la seconde sort systématiquement vaincue. Nous avons vu plus haut que la libre circulation intra-belge était non seulement une règle de répartition des compétences entre l'Etat fédéral et les collectivités fédérées, mais également un principe régissant l'exercice de ces com-

(56) P. VAN YPERSELE, *op. cit.*, p. 127.

(57) C.J.U.E., aff. *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, C-212/06, cité note 51, pt. 116.

pétences, voire même un droit fondamental en devenir. Il en résulte que la Cour constitutionnelle ne saurait déduire une absence d'atteinte à la libre circulation du simple constat que la norme attaquée rentrait dans les compétences – territoriales et matérielles – de son auteur (58). La libre circulation exige en outre de la Cour qu'elle vérifie si, *dans l'exercice de ces compétences*, l'auteur de la norme attaquée n'a pas porté atteinte aux fondements de l'union économique et monétaire belge. Entendue dans ce sens, la libre circulation impose à tous les pouvoirs publics une obligation de moyen et assigne à la Cour constitutionnelle une mission de conciliation. Elle invite la Cour à se demander si, dans les limites qui bornent leurs compétences, les pouvoirs publics se sont efforcés d'assurer aux «libres circulants» la *meilleure* protection possible.

Au regard de ce test, il nous apparaît que la Cour aurait dû annuler le décret «*zorgverzekering*» en ce qu'il exclut du bénéfice de l'assurance soins les Belges habitant en Wallonie et travaillant en Flandre. Certes, l'autonomie normative de la Communauté flamande l'autorisait à adopter pareil décret, au risque de créer des différences de traitement entre Flamands et Wallons. Certes encore, le principe de territorialité des compétences obligeait la Flandre à établir un critère de rattachement entre son territoire et les bénéficiaires de l'assurance soins. En revanche, il nous semble qu'en ajoutant à ce critère de rattachement (la *lex loci laboris*) un critère d'exclusion (le lieu de résidence), la Communauté flamande a méconnu son devoir d'assurer aux «libres circulants» la meilleure protection possible. Elle a ainsi manqué à son obligation de conciliation des divers principes constitutionnels qui s'imposent à elles.

CONCLUSION

Il se dégage trois enseignements principaux des pages qui précèdent.

D'abord et avant tout, l'on ne peut qu'être frappé par la pauvreté du matériel jurisprudentiel relatif à la libre circulation intra-belge. Pourtant prompts à censurer des atteintes aux quatre libertés *communautaires*, les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire – en ce compris la Cour de cassation – font un usage très parcimonieux du principe de libre circulation interne, sans doute tant méconnu des plaideurs que des juges. Si ce principe apparaît plus régulièrement sous la plume du Conseil d'Etat et de la Cour constitutionnelle, il s'en faut de beaucoup qu'il soit toujours analysé et appliqué avec rigueur. Rares sont les décisions du Haut Conseil qui ne se

(58) Ainsi, dans son arrêt n° 51/2006 (C.C., arrêt n° 51/2006, du 19 avril 2006, B.10.3), la Cour écarte le grief tiré de la libre circulation au motif que «compte tenu du montant et des effets limités des mesures critiquées, il n'est pas porté atteinte à la compétence fédérale relative à l'union économique» (nous soulignons).

contentent pas de réduire à une atteinte à la liberté de commerce un moyen pris de la violation de l'article 6, §1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980. Quant à la Cour constitutionnelle, elle répugne à examiner ce principe aux contours flous et y consacre rarement plus que quelques lignes.

Le flou qui nimbe la libre circulation intra-belge est évidemment le deuxième grand enseignement de cette étude. Considérée tantôt comme un principe non écrit à valeur constitutionnelle, tantôt comme une norme de rang infra-constitutionnel, la libre circulation s'apparente à la fois à un titre de compétence, à une modalité d'exercice de celles-ci, et – peut-être – à un droit fondamental. Cette ambivalence «essentielle» ne pouvait manquer de rejaillir sur la portée et les limites de la libre circulation belgo-belge, dont on ne sait trop si elle implique davantage qu'une interdiction des entraves tarifaires et des mesures discriminatoires.

Enfin, l'on fait l'hypothèse que cette ambiguïté tient elle-même en grande partie à un «problème d'identité» par rapport aux libertés de circulation communautaires. A n'en pas douter, celles-ci ont inspiré la rédaction de l'article 6, §1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980. Il serait donc absurde de lire celui-ci en isolation clinique de celles-là. Dans le même temps, force est de reconnaître que les modèles belge et européen évoluent dans des sens opposés, et réservent dès lors à leurs libertés de circulation respective des rôles partiellement différents. Il reste qu'à notre estime, cette différence ne saurait être exploitée pour justifier le maintien, entre les régions belges, de barrières que l'Union européenne ne tolère plus depuis longtemps. Il est des surréalismes dont on aurait tort d'être fier...