

II.6. Le partage des compétences et le droit européen et international

II.6.1. Le partage des compétences et l'assentiment aux traités internationaux

C.C., arrêt n° 62/2016 du 28 avril 2016

Extrait

B.1.2. La Cour est compétente pour statuer, par voie d'arrêt, sur les recours en annulation des lois, décrets et ordonnances. Entrent dans cette compétence les actes portant assentiment à un traité ou un accord de coopération. La Cour n'est cependant pas compétente pour annuler un traité ou un accord de coopération.

B.8.8. Le Royaume de Belgique a déclaré à cet égard, en tant que partie contractante, que, « en vertu de son droit constitutionnel, tant la Chambre des représentants que le Sénat du Parlement fédéral que les assemblées parlementaires des communautés et des régions agissent, dans le cadre de leurs compétences, comme composantes du Parlement national au sens du Traité ». [...] La compétence d'avis, d'évaluation et de contrôle conférée par l'accord de coopération à la Section Besoins de financement des pouvoirs publics du Conseil supérieur des Finances ne porte pas non plus atteinte au libre choix des mesures de correction par les autorités concernées.

C.C., arrêt n° 125/2009 du 16 juillet 2009

Extrait

B.4. Il ressort de l'exposé du moyen que celui-ci est en réalité dirigé contre l'absence d'un accord de coopération préalable entre les Chambres législatives fédérales et les Parlements des communautés et des régions en vertu duquel ces assemblées législatives pourraient régler la manière dont les nouvelles compétences octroyées par le Traité de Lisbonne doivent être exercées.

B.5. Sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur la question de savoir s'il est ou non nécessaire de conclure à cet égard un accord de coopération, son absence n'affecte pas la validité de la loi d'assentiment attaquée.

Observations

La Belgique ne fait pas exception à la tendance – observée globalement – d'une perméabilité croissante du droit constitutionnel au droit international. Les lois et décrets attaqués portent sur les lois d'assentiment aux traités de droit

international relatifs à l'ordre juridique européen : le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire (ci-après T.S.C.G.) et le Traité de Lisbonne. Les accords de coopération organisant la répartition des compétences entre les différentes entités fédérées sont également attaqués. Dans les deux cas, la Cour a considéré que l'absence d'accord de coopération n'affecte pas la validité du décret d'assentiment du Traité de Lisbonne¹. Concernant le T.S.C.G., la Cour a considéré que « ces engagements établissent des limites chiffrées et ne portent pas sur les choix de fonds que les autorités respectives peuvent opérer dans les domaines politiques qui leur ont été attribués »².

À première vue, il semble qu'il n'existe pas de possibilité pour un contrôle de constitutionnalité des accords de coopération encadrant l'assentiment aux traités internationaux en droit belge.

L'article 167 de la Constitution prévoit que « le Roi dirige les relations internationales sans préjudice de la compétence des communautés et des régions de régler la coopération internationale, y compris la conclusion de traités, pour les matières qui relèvent de leurs compétences de par la Constitution ou en vertu de celle-ci »³. Le principe *in foro interno, in foro externo* encadre la répartition des compétences à l'échelon international : les entités fédérées et fédérale sont compétentes pour conclure des traités internationaux pour les matières qui leur sont attribuées sur le plan national⁴. Les Gouvernements des entités fédérées⁵, pour les matières qui les concernent, concluent les traités internationaux⁶. La LSRI prévoit que l'assentiment doit être réalisé par l'Assemblée parlementaire de l'entité concluant le traité international⁷. La ratification est effectuée par le Roi⁸.

Néanmoins les transferts successifs de compétences vers les entités fédérées ont considérablement compliqué l'exercice des relations internationales au sein de l'ordre juridique belge. La mise en œuvre des relations internationales dans un État fédéral tel que la Belgique relève du défi quotidien. Henri Dumont soulignait déjà que l'exercice du partage des compétences de la Belgique sur le plan international oscille, d'une part, entre le respect de l'autonomie des

1 C.C., arrêt n° 125/2009 du 16 juillet 2009, B.12.

2 C.C., arrêt n° 62/2016 du 28 avril 2016, B.6.6. Pour un examen détaillé, voy. M. EL BERHOUMI *et al.*, « La Cour constitutionnelle face au Pacte budgétaire européen : un arrêt sans intérêt ? », *J.T.*, 2017, pp. 565-582.

3 Const., art. 167, § 1^{er}.

4 H. DUMONT, « Le partage des compétences relatives à l'élaboration des normes européennes entre l'État belge et ses composantes fédérées », *R.A.E.-L.E.A.*, 2013, p. 37.

5 Visées à l'article 121 de la Constitution : « § 1. Il y a un Gouvernement de la Communauté française et un Gouvernement de la Communauté flamande dont la composition et le fonctionnement sont fixés par la loi, adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa. Il y a un Gouvernement de la Communauté germanophone dont la composition et le fonctionnement sont fixés par la loi. § 2. Sans préjudice de l'article 137, les organes régionaux visés à l'article 39 comprennent, pour chaque région, un Gouvernement ».

6 Const., art. 167, § 3.

7 LSRI, art. 16, § 1^{er}, *M.B.*, 15 août 1980, p. 9434.

8 Voy. P. D'ARGENT, « Jurisprudence belge relative au droit international public (2008-2011) », *R.B.D.I.*, 2012, pp. 286-290. Étant donné qu'elle engage la Belgique officiellement à l'égard des autres États cosignataires, la ratification est un acte unique.

entités fédérées, et, d'autre part, la nécessité d'assurer la cohérence de l'action extérieure de la Belgique⁹.

On assiste donc à une multiplication de traités, dits *traités mixtes*, c'est-à-dire des traités dont l'objet porte sur des matières qui sont de la compétence de l'État fédéral et des entités fédérées¹⁰. La ratification de ces traités ne se réalise qu'une seule fois et engage la responsabilité de l'État belge sur la scène internationale, elle est réalisée en pratique par le ministre des Affaires étrangères¹¹. La Constitution laisse le soin à une loi spéciale de préciser les modalités de conclusions de traités mixtes¹². La LSRI se borne à rappeler dans son article 92bis, § 4ter, que l'assentiment aux traités relève des assemblées législatives concernées¹³ et il charge les entités fédérées de conclure un accord de coopération¹⁴. Il s'agit d'un accord de coopération obligatoire¹⁵. Ce procédé inconstitutionnel de « subdélégation » a été dénoncé par la doctrine¹⁶. L'accord de coopération du 8 mars 1994 règle les modalités de conclusion des traités mixtes¹⁷. Pour qu'un traité soit adopté, il faut que l'assentiment parlementaire soit donné par toutes les assemblées concernées¹⁸. Cela peut amener parfois à nécessiter huit assentiments. Par exemple, dans l'arrêt concernant le T.S.C.G., l'accord de coopération a été adopté par le Gouvernement fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone, la Région de Bruxelles-Capitale, la Région wallonne, la Commission communautaire commune, la Commission communautaire française¹⁹.

La prépondérance des traités mixtes peut s'expliquer par deux raisons. Tout d'abord, le droit international ne s'embarrasse pas des spécificités relevant du droit interne. La Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit en effet que les parties ne peuvent se prévaloir de leur droit interne pour justifier une

9 H. DUMONT, « Le partage des compétences relatives à l'élaboration des normes européennes entre l'État belge et ses composantes fédérées », *op. cit.*, p. 38 ; M. LEROY, « Fédéralisme et relations internationales. Les communautés et les régions belges et l'Union européenne », *A.P.*, 2004, p. 4, pt 3, al. 2 : « écornant le texte constitutionnel ».

10 H. DUMONT, « Le partage des compétences relatives à l'élaboration des normes européennes entre l'État belge et ses composantes fédérées », *op. cit.*, p. 38.

11 Accord de coopération du 8 mars 1994 entre l'État fédéral, les Communautés et les Régions relatif aux modalités de conclusion des traités mixtes, art. 12, *M.B.*, 19 juillet 1996, p. 19517 ; M. LEROY, « Fédéralisme et relations internationales. Les communautés et les régions belges et l'Union européenne », *op. cit.*, p. 4.

12 Const., art. 167, § 4.

13 LSRI, art. 16, § 1^{er}, *M.B.*, 15 août 1980, p. 9434 : « L'assentiment aux traités dans les matières qui relèvent de [la] compétence [de la Communauté ou de la Région], est donné par le Parlement concerné ».

14 LSRI, art. 92bis, § 4ter, *M.B.*, 15 août 1980, p. 9434. « ((L'autorité fédérale)), les Communautés et les Régions concluent en tout cas un accord de coopération pour les modalités de conclusion des traités ne portant pas exclusivement sur les matières qui relèvent de la compétence des Communautés et des Régions [...] ».

15 M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 848.

16 H. DUMONT, « Le partage des compétences relatives à l'élaboration des normes européennes entre l'État belge et ses composantes fédérées », *op. cit.*, p. 39.

17 Accord de coopération du 8 mars 1994 entre l'État fédéral, les Communautés et les Régions relatif aux modalités de conclusion des traités mixtes, *M.B.*, 19 juillet 1996, p. 19517.

18 *Id.*, art. 9.

19 Accord de coopération du 13 décembre 2013 entre l'État fédéral, les Communautés, les Régions et les Commissions communautaires relatif à la mise en œuvre de l'article 3, § 1^{er}, du T.S.C.G., *M.B.*, 18 décembre 2013, p. 99664.

violation du droit international²⁰. En d'autres termes, si une des entités fédérées ne respectait pas ses obligations internationales, c'est la responsabilité de la Belgique qui sera engagée internationalement²¹. Par ailleurs, l'objet d'un traité épouse rarement la répartition des compétences qui existe en Belgique. La saga du CETA a d'ailleurs permis non seulement de placer la Wallonie sur la carte, mais d'illustrer la complexité du système belge.

Le T.S.C.G. et le Traité de Lisbonne appartiennent à la catégorie des traités mixtes. Dans le premier cas, l'accord de coopération était attaqué, dans le second, c'est l'absence de conclusion d'un accord de coopération qui était mise en cause.

Les accords de coopération constituent donc la pièce maîtresse dans la mise en œuvre des compétences internationales des entités fédérale et fédérées. Nous l'avons vu, la Cour n'a pas entrepris un examen approfondi de l'accord de coopération et a par ailleurs considéré qu'elle n'avait pas à juger de l'absence de celui-ci²².

C'est interpellant car dans sa jurisprudence, la Cour a considéré qu'elle pouvait examiner, par le biais des décrets d'approbation, le contenu d'un accord de coopération²³. Il s'agit d'une jurisprudence constante²⁴. En ce qui concerne les accords de coopérations relatifs à l'assentiment de traités, la Cour n'entreprend pas d'appréhender l'accord de coopération comme une norme de contrôle.

Les accords de coopération pourraient par ailleurs être considérés comme faisant partie intégrante du bloc de constitutionnalité, pour autant qu'on envisage une lecture maximaliste de l'insertion de la loyauté fédérale. Le Constituant franchit un pas de plus lors de la Sixième Réforme de l'État en intégrant la loyauté fédérale – inscrite à l'article 143, § 1^{er} de la Constitution depuis 1994 – au sein du bloc de constitutionnalité. Paul Dermine considéra à cet égard que la Cour « pourrait légitimement sanctionner les lois, décrets et ordonnances contraires aux accords de coopération préalablement conclus par la collectivité auteure de la norme législative attaquée »²⁵. Au sujet de la règle d'or inscrite dans le T.S.C.G., il tempère en considérant que le contrôle posé par la Cour « de la conformité d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance budgétaire à la règle d'équilibre, telle qu'elle décolle de l'accord de coopération demeure impossible »²⁶.

20 Convention de Vienne sur le droit des traités, Vienne, 23 mai 1969, *M.B.*, 25 décembre 1993, p. 28706.

21 Plusieurs États ont d'ailleurs fait des déclarations à cet égard par des États signataires rappelant que la Belgique est seule responsable vis-à-vis des autres États signataires. Voy. M. LEROY, « Fédéralisme et relations internationales. Les communautés et les régions belges et l'Union européenne », *op. cit.*, p. 4.

22 C.C., arrêt n° 125/2009 du 16 juillet 2009, B.4.

23 C.A., n° 17/94, 3 mars 1994, B.1. Voy. C.A., n° 17/94, 3 mars 1994, obs. P. COENRAERTS, *A.P.T.*, 1995, pp. 219-227.

24 Voy. récemment, C.C., arrêt n° 171/2015 du 3 décembre 2015, B.2 : « L'exercice rationnel de cette compétence suppose que la Cour implique dans son examen le contenu de l'accord de coopération. En ce qu'il est dirigé contre l'accord de coopération, le recours en annulation est irrecevable ».

25 P. DERMINE, « La loyauté fédérale et la Sixième réforme de l'État – Essai d'interprétation », *A.P.T.*, 2015, p. 220.

26 P. DERMINE, « La Belgique face à la règle d'or budgétaire : sur l'incorporation de l'article 3, § 1, du Traité de Stabilité, de Coopération et de Gouvernance au sein de l'ordre juridique belge », *R.B.D.I.*, 2014, p. 189.

Ceux-ci pourraient également être contrôlés étant donné qu'il s'agirait d'une norme supra-législative. Une doctrine majoritaire considère en effet que si les accords de coopération sont subordonnés au droit international, à la Constitution et aux lois et décrets spéciaux, ils peuvent cependant déroger « à une norme législative unilatérale préexistante »²⁷. Les avis de la section de Législation du Conseil d'État vont en ce sens, on ne peut que constater qu'il n'existe aucune norme explicite ou implicite pour mettre fin à la controverse. Par ailleurs, dans le cas du T.S.C.G., le choix d'un accord de coopération pour mettre en œuvre l'obligation du traité exige la transposition de la règle d'or budgétaire « au moyen de dispositions contraignantes et permanentes, de préférence constitutionnelles, ou dont le plein respect et la stricte observance tout au long des processus budgétaires nationaux sont garantis de quelque autre façon »²⁸.

Le pouvoir de *veto*, que d'aucuns qualifieraient d'exorbitant, des entités fédérées, leur permettant de paralyser les développements qu'on observe au niveau européen, à travers le recours à des traités bilatéraux de libre-échange, promet de devenir de plus en plus problématique.

II.6.2. La répartition des compétences et le droit de l'Union européenne

A. La neutralité réciproque, l'autonomie des États, l'identité nationale des États membres face au principe de primauté du droit de l'Union

**C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Mark Horvath c. Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*,
C-428/07, EU:C:2009:458, *Rec.*, 2009, p. I-6355**

Extrait

49. Il convient de rappeler que, lorsque les dispositions du traité ou des règlements reconnaissent des pouvoirs aux États membres ou leur imposent des obligations aux fins de l'application du droit communautaire, la question de savoir de quelle façon l'exercice de ces pouvoirs et l'exécution de ces obligations peuvent être confiés par les États à des organes internes déterminés relève uniquement du système constitutionnel de chaque État (arrêt du 15 décembre 1971, *International Fruit Company e.a.*, 51/71 à 54/71, *Rec.*, p. 1107, point 4).

50. Ainsi, il est de jurisprudence constante que chaque État membre est libre de répartir les compétences sur le plan interne et de mettre en œuvre les actes de droit commu-

27 P. DERMINE, « La Belgique face à la règle d'or budgétaire : sur l'incorporation de l'article 3, § 1, du Traité de Stabilité, de Coopération et de Gouvernance au sein de l'ordre juridique belge », *op. cit.*, p. 189.

28 T.S.C.G., art. 3.

nautaire qui ne sont pas directement applicables au moyen de mesures prises par les autorités régionales ou locales, pourvu que cette répartition des compétences permette une mise en œuvre correcte des actes de droit communautaire en cause (voir arrêt du 10 novembre 1992, *Hansa Fleisch Ernst Mundt*, C-156/91, *Rec.*, p. I-5567, point 23) ».

58. Lorsque le système constitutionnel d'un État membre prévoit que des autorités régionales disposent d'une compétence législative, la seule adoption, par lesdites autorités, de normes différentes en matière de BCAE au sens de l'article 5 et de l'annexe IV du règlement n° 1782/2003 ne constitue pas une discrimination contraire au droit communautaire.

**C.J.C.E., 1^{er} avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*,
C-212/06, EU:C:2008:178, *Rec.*, 2008, p. I-01683**

Extrait

58. [...] il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour qu'une autorité d'un État membre ne saurait exciper de dispositions, pratiques ou situations de son ordre juridique interne, y compris celles découlant de l'organisation constitutionnelle de cet État, pour justifier l'inobservation des obligations résultant du droit communautaire (voir, notamment, arrêts du 10 juin 2004, *Commission/Italie*, C-87/02, *Rec.*, p. I-5975, point 38, et du 26 octobre 2006, *Commission/Autriche*, C-102/06, non publié au *Recueil*, point 9).

60. Au vu de tout ce qui précède, il y a lieu de répondre aux deuxième et troisième questions que les articles 39 CE et 43 CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation d'une entité fédérée d'un État membre, telle que celle régissant l'assurance soins instituée par la Communauté flamande, par le décret du 30 mars 1999 modifié, limitant l'affiliation à un régime de sécurité sociale et le bénéfice des prestations prévues par celui-ci aux personnes qui soit résident sur le territoire relevant de la compétence de cette entité, soit exercent une activité professionnelle sur ce même territoire tout en résidant dans un autre État membre, dans la mesure où une telle limitation affecte des ressortissants d'autres États membres ou des ressortissants nationaux ayant fait usage de leur droit de libre circulation à l'intérieur de la Communauté européenne.

**C.J.U.E., 8 mai 2013, *Eric Libert e.a. contre Gouvernement flamand et All Projects & Developments NV e.a. contre Vlaamse Regering*,
aff. jointes C-197/11 et 203/11**

Extrait

« 34. Il est certes constant que les requérants au principal sont de nationalité belge et que tous les éléments des litiges au principal sont circonscrits à l'intérieur d'un seul État membre. Cependant, il ne saurait nullement être exclu que des particu-

liers ou des entreprises établis dans des États membres autres que le Royaume de Belgique aient l'intention d'acquérir ou de prendre à bail des biens immobiliers sis dans les communes cibles et être ainsi affectés par les dispositions du décret flamand en cause au principal (voir, en ce sens, arrêt du 19 juillet 2012, *Garkalns*, C-470/11, point 21 et jurisprudence citée).

35. En outre, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 23 de ses conclusions, la juridiction de renvoi a saisi la Cour précisément dans le cadre d'une procédure en annulation desdites dispositions, lesquelles s'appliquent non seulement aux ressortissants belges, mais également aux ressortissants des autres États membres. Par conséquent, la décision que cette juridiction adoptera à la suite du présent arrêt produira des effets également à l'égard de ces derniers ressortissants.

36. Dans ces conditions, il y a lieu pour la Cour de se prononcer sur les deux questions susvisées. »

60. Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la question dans l'affaire C-197/11 et à la douzième question dans l'affaire C-203/11 que les articles 21 TFUE, 45 TFUE, 49 TFUE, 56 TFUE et 63 TFUE, ainsi que les articles 22 et 24 de la directive 2004/38, s'opposent à une réglementation telle que celle prévue au livre 5 du décret flamand, qui soumet le transfert de biens immobiliers situés dans les communes cibles à la vérification par une commission d'évaluation provinciale de l'existence d'un « lien suffisant » entre l'acquéreur ou le preneur potentiel et ces communes.

Observations

Se poser la question des relations entre répartition des compétences et droit communautaire revient à s'interroger sur le conflit potentiel entre deux ordres de principes fondamentaux en droit de l'Union, et sur leur difficile conciliation. D'une part, les exigences de respect des identités nationales, de respect pour l'autonomie des États membres et de neutralité de l'ordre communautaire vis-à-vis des arrangements institutionnels propres à chaque État membre, voire de respect pour la diversité linguistique, postulent un respect pour la répartition des compétences telle qu'elle résulte des systèmes fédéraux de certains États membres. D'autre part, les principes d'effectivité et de primauté du droit de l'Union, de coopération loyale et d'égalité entre États impliquent qu'un État membre ne peut exciper de ses obligations européennes en invoquant son organisation fédérale²⁹ et se fonder sur les spécificités de son organisation pour établir au plan interne des restrictions incompatibles avec les règles du marché intérieur. Ainsi, le respect des libertés de circulation, et de la logique du marché intérieur de manière plus générale, peut entrer en conflit avec l'organisation fédérale d'un État membre : alors que ces libertés et cette logique du marché intérieur postulent un mouvement centripète, la répartition

²⁹ On peut ici comparer la situation avec 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 [...] ».

des compétences au plan interne et l'organisation fédérale de certains États membres sont quant à eux mus par une logique centrifuge.

Ces forces contraires peuvent créer des situations dans lesquelles la volonté de garantir un respect concret et effectif du droit européen peut conduire les institutions européennes à apprécier la compatibilité d'une réglementation adoptée par une collectivité fédérée avec les exigences du droit de l'Union et ainsi, implicitement, amener ces institutions à se prononcer sur la compatibilité de leur organisation fédérale avec le droit de l'Union, exercice à l'évidence très délicat du point de vue de la légitimité des juges.

On reviendra dans un premier temps sur l'articulation entre principe de primauté et de neutralité dans la jurisprudence de la Cour de justice dans des affaires concernant le principe de non-discrimination (1) l'interdiction d'avantage sélectif (2) et le respect des libertés de circulation (3).

1. Neutralité réciproque et principe de non-discrimination

L'arrêt *Horvath*, dont le premier extrait est issu, concernait une distinction de traitement induite d'une variabilité dans l'application territoriale d'une annexe à un règlement n° 1782/2003, qui relevait de la politique agricole commune (PAC), variabilité qui résultait de la dévolution des pouvoirs au sein du Royaume Uni³⁰. Mark Horvath, dès lors qu'il était soumis à la réglementation anglaise, devait s'acquitter d'une obligation d'entretien de chemins grevés de servitude de passage qui s'avérait coûteuse, alors que si son exploitation agricole s'était trouvée ailleurs en Ecosse, au pays de Galles et en Irlande du Nord, il n'aurait pas été assujéti à pareille obligation, dès lors que ces entités n'avaient pas appliqué de la même manière l'annexe au règlement précité.

L'Avocate générale Trstensjak près de la Cour de Justice avait, à cette occasion, rappelé le principe d'« autonomie des États membres dans la répartition des compétences internes » : « [l]a mise en œuvre décentralisée du droit communautaire est [...] conforme à la jurisprudence constante de la Cour selon laquelle tout État membre est libre de répartir les compétences internes, y compris législatives, de la manière qu'il juge appropriée et d'exécuter les actes communautaires qui ne sont pas directement applicables au moyen de mesures prises par les autorités régionales ou locales, pour autant que cette répartition des compétences permette une exécution régulière des actes en cause »³¹. En conséquence, l'avocate générale considère que l'identification des autorités qui, dans un État membre donné, doivent transposer une directive, est donc une question « réglée non par le droit communautaire, mais par les

30 C.J.C.E. (gde ch.), 16 juillet 2009, *Mark Horvath c. Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, C-428/07, EU:C:2009:458, Rec., 2009, p. I-6355, §§ 18 et 47.

31 Av. gén. TRSTENJAK, concl. préc. C.J.C.E., *Mark Horvath c. Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, C-428/07, 3 février 2009, EU:C:2009 47, § 95.

règles internes de compétence de chaque État membre »³². Dans son arrêt, la Cour de justice suit son avocate générale, et rappelle que « relève uniquement du système constitutionnel de chaque État » la question de savoir comment sont exercés et comment sont exécutés les pouvoirs et obligations induites du droit communautaire³³.

La Cour ne manque pas de rappeler le revers de la médaille de ce principe de neutralité : l'obligation de mise en œuvre effective du droit de l'Union. Elle énonce ainsi que la répartition des compétences au plan interne doit permettre « une mise en œuvre correcte des actes de droit communautaire en cause »³⁴, quand l'avocate générale évoquait la nécessité d'« une exécution régulière des actes en cause »³⁵. Ce raisonnement selon lequel le principe de neutralité ne peut faire obstacle à une application effective et unifiée du droit communautaire est en réalité fort ancien ; on en retrouve la trace déjà dans un arrêt *Commission c. Italie* du 26 février 1976³⁶.

Une chose est de reconnaître un fondement pour un partage de la responsabilité de mise en œuvre de la PAC et pour des approches différenciées au niveau régional, une autre est de savoir si de telles différences constituent des discriminations³⁷. Dans son arrêt *Horvath*, rendu en grande chambre et après avoir reçu des observations du Royaume-Uni, de l'Allemagne et de l'Irlande, la Cour de justice estime que le principe de neutralité se prolonge dans le champ du droit de la non-discrimination par l'acceptation de variations dans la mise en œuvre du droit de l'Union par différentes entités infra-étatiques. Le principe est le suivant : lorsque ce sont des autorités régionales d'un État membre qui sont compétentes pour définir certaines exigences en application d'un règlement européen, « d'éventuelles divergences entre les mesures prévues par ces différentes autorités ne sauraient, de ce seul fait, constituer une discrimination »³⁸. Ainsi, lorsque les États sont libres de transférer des compétences à des autorités régionales pour définir certaines exigences de la PAC telles que visées par le règlement européen en l'espèce, les différences qui existent entre les règles édictées par les autorités régionales d'un même État

32 *Ibid.*, § 95.

33 C.J.C.E. (gde ch.), 16 juillet 2009, *Mark Horvath c. Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, C-428/07, EU:C:2009:458, Rec., 2009, p. I-6355, § 49.

34 *Ibid.*, § 50.

35 Av. gén. TRSTENIAK, concl. préc. C.J.C.E., *Mark Horvath c. Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, C-428/07, 3 février 2009, EU:C:2009:47, § 95.

36 La Cour y avait estimé « qu'au regard de l'article 169 du traité, les États membres sont engagés, quel que soit l'organe de l'État dont l'action est à l'origine du manquement, et qu'un État membre ne saurait exciper de dispositions, pratiques ou situations de son ordre interne pour justifier le non-respect des obligations et délais résultant des directives communautaires » (C.J.U.E., 26 février 1976, *Commission c. Italie*, C-52/75, Jur. 1976, 277 ; C.J.U.E., 26 février 1976, *Commission c. Italie*, C-10/76, Jur. 1976, 1365, § 14).

Voy. égal. : C.J.C.E., 2 février 1982, *Commission c. Belgique*, C-69/81, Rec., p. 163, pt. 5 ; C.J.C.E., 17 septembre 1998, *Commission c. Belgique*, C-323/96, Rec., p. I-5063, pt. 42 ; C.J.C.E., 6 juillet 2000, *Commission c. Belgique*, C-236/99, Rec., p. I-5657, pt. 23 ; C.J.C.E., 11 octobre 2001, *Commission c. Autriche*, C-111/00, Rec., p. I-7555, pt. 12.

37 M. CARDWELL et J. HUNT, « Public Rights of Way and Level Playing Fields », 12 *Envtl. L. Rev.* 291 (2010), p. 295.

38 C.J.C.E. (gde ch.), 16 juillet 2009, *Mark Horvath c. Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, C-428/07, EU:C:2009:458, Rec., 2009, p. I-6355, § 57.

membre ne constituent pas une discrimination contraire au droit communautaire³⁹. Le principe ainsi établi est que « *where devolved administrations enjoy legislative competence, then, in principle, the adoption of differing measures by those devolved administrations may not constitute discrimination contrary to EU law* »⁴⁰. Toute autre conclusion aurait provoqué inévitablement de graves difficultés au plan institutionnel et constitutionnel, dans de nombreux États membres, comme l'avaient d'ailleurs souligné les nombreux États qui ont soumis des observations à la Cour.

Pour aboutir à une telle exclusion des distinctions de traitement résultant du partage des compétences à l'intérieur des États membres, la Cour mobilise un raisonnement par analogie avec les distinctions de traitement résultant d'applications différentes du droit européen entre les États membres⁴¹.

Là où le partage des compétences au plan interne implique des distinctions de traitement dans l'application du droit communautaire, la Cour a maintenu cette jurisprudence⁴². Avec *Elke Cloots*, on notera ainsi que la Cour paraît privilégier une interprétation catégorielle à un raisonnement impliquant un test de proportionnalité et une balance des intérêts. L'auteure remarque qu'au lieu de s'interroger sur la question de savoir si la distinction de traitement était ou non justifiée et proportionnée eu égard à l'objectif poursuivi, la Cour choisit d'exclure ce genre de distinction de traitement du champ d'application du principe de non-discrimination en droit communautaire⁴³, rejetant ainsi l'approche notamment suggérée dans les observations déposées par les gouvernements allemand et britannique⁴⁴. Pour *Elke Cloots*, cette approche catégorielle permet de garantir un équilibre entre, d'une part, l'application correcte de la législation européenne et, d'autre part, le respect pour les systèmes de dévolution et de fédéralisation⁴⁵.

2. Neutralité réciproque et interdiction des avantages sélectifs

La même approche catégorielle, visant à préserver la spécificité des systèmes de partage des compétences propres à chaque État membre et à exclure du champ d'application du droit communautaire certaines situations impliquées par le partage des compétences à l'intérieur d'un État membre, a également

39 *Ibid.*, § 58.

40 M. CARDWELL et J. HUNT, « Public Rights of Way and Level Playing Fields », *op. cit.*, p. 296.

41 La Cour renvoie notamment à l'arrêt *Schempp*, (C.J.C.E. (gde ch.), 12 juillet 2005, C-403/03, EU:C:2005:446). Dans cette décision, la Cour estime qu'« il résulte d'une jurisprudence constante que l'article 12 CE ne vise pas les éventuelles disparités de traitement qui peuvent résulter, pour les personnes et entreprises soumises à la juridiction de la Communauté, des divergences existant entre les différents États membres, dès lors que celles-ci affectent toute personne tombant sous leur application, selon des critères objectifs et sans égard à leur nationalité ».

42 Voy. pour une analyse de cette jurisprudence de manière exhaustive : E. CLOOTS, *National Identity in EU Law*, Oxford University Press, 2015, pp. 246 et s.

43 *Ibid.*, p. 247.

44 Av. gén. TRSTENIAK, concl. préc. C.J.C.E., *Mark Horvath c. Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, C-428/07, 3 février 2009, EU:C:2009:47, §§ 30 et 35.

45 E. CLOOTS, *National Identity in EU Law*, *op. cit.*, p. 247.

été développée dans l'interprétation de la notion d'« avantage sélectif », en principe prohibée, dans le droit des aides d'État.

La question posée dans les emblématiques *Portugal c. Commission* (C-88/03)⁴⁶ et *UGT-Rioja et autres* (C-428/06)⁴⁷ était celle de l'applicabilité de cette notion aux avantages fiscaux accordés par des régions qui exercent une forme d'autonomie fiscale, en vertu d'un partage constitutionnel des compétences fiscales. Selon la Cour de justice, l'avantage fiscal ne peut être qualifié de « sélectif » en raison du simple fait qu'il s'applique sur une aire géographique déterminée⁴⁸. Ainsi, dans ces cas, « le cadre de référence ne doit pas nécessairement être défini dans les limites du territoire de l'État membre concerné, en sorte qu'une mesure octroyant un avantage dans une partie seulement du territoire national n'est pas de ce seul fait sélective au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE »⁴⁹.

La Cour estime donc qu'il ne peut être exclu « qu'une entité infra-étatique dispose d'un statut de droit et de fait la rendant suffisamment autonome par rapport au gouvernement central d'un État membre pour que, par les mesures qu'elle adopte, ce soit cette entité, et non le gouvernement central, qui joue un rôle fondamental dans la définition de l'environnement politique et économique dans lequel opèrent les entreprises »⁵⁰.

Pour identifier ce statut « suffisamment autonome » de l'entité octroyant un avantage fiscal, qui justifie l'exclusion de l'avantage fiscal de la catégorie d'avantage sélectif, la Cour a fixé trois conditions. Premièrement, pour qu'une décision fiscale d'une entité locale ou régionale puisse être considérée comme n'équivalant pas à un « avantage sélectif », il faut que cette entité « soit dotée, sur le plan constitutionnel, d'un statut politique et administratif distinct de celui du gouvernement central ». Deuxièmement, poursuit la Cour, « la décision doit avoir été adoptée sans que le gouvernement central puisse intervenir directement sur son contenu ». Troisièmement, « les conséquences financières d'une réduction du taux d'imposition national applicable aux entreprises présentes dans la région ne doivent pas être compensées par des concours ou des subventions en provenance des autres régions ou du gouvernement central ». Selon la Cour de justice, « ces trois conditions sont communément considérées comme les critères de l'autonomie institutionnelle, procédurale ainsi qu'économique et financière »⁵¹. Si ces trois conditions sont respectées, il ne s'agit pas d'un avantage sélectif, et donc d'une aide d'État, mais bien d'une politique qui relève de l'autonomie fiscale des entités fédérées. Ainsi, pour Elke Cloots, à

46 C.J.U.E., 6 septembre 2006, *Portugal c. Commission*, C-88/03, ECR I-7115.

47 C.J.U.E., 11 septembre 2008, C-428/06, ECLI:EU:C:2008:488.

48 C.J.U.E., 21 décembre 2016, *Portugal c. Commission*, C-503/14, EU:C:2016:979, §§ 57 et 60.

49 *Ibid.*, § 47.

50 C.J.C.E., 11 septembre 2008, *Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-Rioja) et autres contre Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya et autres*, aff. jointes C-428/06 à C-434/06, EU:C:2008:488, § 48 et *Portugal c. Commission*, § 58.

51 *UGT-Rioja*, § 51 et *Portugal c. Commission*, § 67.

nouveau, « *the Court left room for devolution of powers in the Member States by adopting a rule like, categorical mode of adjudication rather than a standard like approach* »⁵².

3. Fédéralisme, libertés de circulation et citoyenneté européenne

Le partage des compétences à l'intérieur d'un État peut également avoir un impact sur les libertés de circulation et le droit de la citoyenneté européenne, définie comme un ensemble de droits et d'obligations bénéficiant à tous les membres d'une communauté politique donnée.

En particulier, le partage des compétences législatives est susceptible d'aboutir à la création d'entraves à la liberté de circulation, lorsqu'un certain nombre de critères réservent certains avantages (au sens large) aux résidents du territoire d'une entité fédérée, certains bénéfiques aux personnes qui y travaillent ou qui entretiennent certains liens avec cette collectivité fédérée. Dans ces situations, l'application du règlement n° 1408/71 en matière de sécurité sociale pour les personnes migrantes est susceptible d'entraîner la création de discriminations à rebours, dès lors que ce règlement garantit l'accès à ces avantages pour les citoyens ayant fait usage de leur liberté de circulation, mais non pour les citoyens n'ayant pas fait usage de cette liberté.

L'un des arrêts les plus importants sur cette délicate question reste celui rendu dans le cadre de l'assurance soins flamande, affaire complexe déjà commentée à de multiples reprises dans le présent ouvrage⁵³, et qui sera analysée ici uniquement sous l'angle des libertés de circulation⁵⁴.

3.1. L'affaire *Zorgverzekerung* : l'exclusion des situations purement internes du champ d'application des libertés de circulation

Le régime de l'assurance soins flamande, réglé par le décret du 30 mars 1999, tel que modifié par un ensemble de décrets (dont l'un des plus importants date du 30 avril 2004) et abrogé par un décret du 24 juin 2016 (qui intègre le mécanisme de l'assurance soins dans un ensemble plus large, la protection sociale flamande), visait à répondre aux défis posés par le vieillissement de la population flamande. Ce régime de l'assurance soins, organisé par la Communauté flamande au titre de sa compétence en matière d'aide sociale, avait été jugé compatible avec la répartition des compétences par la Cour constitution-

52 E. CLOOTS, *National Identity in EU Law*, op. cit., p. 245.

53 Voy. C. ROMAINVILLE, « Le partage des compétences à Bruxelles », cet ouvrage, pp. 343-397 ; et M. SOLBREUX, « Les compétences concurrentes », cet ouvrage, pp. 73-88.

54 Voy. pour des commentaires de cette affaire : P. VAN ELSUWEGE et S. ADAM, « Situations purement internes, discriminations à rebours et collectivités autonomes après l'arrêt sur l'assurance soins flamande », *C.D.E.*, 2008, p. 655 ; H. VERSCHUEREN, « La régionalisation de la sécurité sociale en Belgique à la lumière de l'arrêt de la Cour de justice européenne portant sur l'assurance soins flamande », *Rev. b. séc. soc.*, 2008, p. 173 ; D. MARTIN, « Internal Situation and the Temptations of Pandora. Comments on Gouvernement de la Communauté française and Gouvernement wallon and Eind », *E.J.M.L.*, 2008, p. 365 ; Y. JORENS, « Arrêt Walonie/Flandre : l'accès à une prestation sociale organisée par une collectivité à l'intérieur d'un État membre », *J.D.E.*, 2008, p. 209 ; J.-Y. CARLIER, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne (1^{er} janvier-31 décembre 2008) », *J.D.E.*, 2009, p. 81.

nelle belge, dans une jurisprudence commentée par ailleurs dans cet ouvrage⁵⁵. En raison de l'inexistence d'une compétence de la Communauté flamande en matière de sécurité sociale, il était exclu que le législateur flamand organise un système de prélèvement de cotisations sociales sur le travail. En conséquence, le législateur flamand avait opté pour la résidence comme critère d'application territoriale du décret, choix par ailleurs validé par la Cour constitutionnelle. Dans le régime de l'assurance soins développé par le législateur décréteil flamand, qui procède d'une certaine lecture de la catégorie des matières personnalisables, toute personne domiciliée dans la région de langue néerlandaise doit s'affilier à une caisse d'assurance soins agréée. En l'absence de choix posé par l'individu pour une caisse d'assurances, il y a affiliation automatique de ce dernier à la caisse établie par le Fonds flamand d'assurances soins. Pour la Région de Bruxelles-Capitale, le décret de 1999 et les décrets ultérieurs prévoient uniquement une possibilité d'affiliation volontaire à une caisse, et cette affiliation est conditionnée. Dans les décrets ultérieurs, on précisera qu'en Région de Bruxelles-Capitale, l'utilisateur doit s'affilier endéans un certain délai, fixé par le gouvernement flamand. S'il ne s'est pas affilié endéans ce délai, il doit passer par une sorte de « stage d'attente » durant lequel il est affilié à la caisse, mais ne peut bénéficier des prestations.

La Commission européenne avait mis en garde le législateur flamand sur les incompatibilités entre ce régime qui établissait un lien automatique et exclusif entre affiliation au régime de l'assurance soins et résidence. Par un décret du 30 avril 2004, le législateur flamand revoyait sa copie pour intégrer les exigences européennes : pour satisfaire aux exigences de la liberté de circulation des travailleurs migrants, le lieu de travail devient également une condition d'affiliation, avec le lieu de résidence. Très concrètement, pour prolonger les exemples fournis par l'Avocate générale Sharpston, dans un tel régime, on doit effectuer une distinction entre les travailleurs d'une même entreprise flamande, que l'avocate générale avait choisi de localiser à Hoegaarden, selon leur lieu de résidence : imaginons la Flandre pour le travailleur A, la Wallonie pour le travailleur B, Bruxelles pour le travailleur C, la France pour le travailleur D. Le travailleur A a le droit – et même l'obligation – de s'affilier à l'assurance soins de santé ; le travailleur B ne peut s'y affilier, le travailleur C peut s'affilier sous condition, quant au travailleur D, il a le droit de s'affilier.

La Cour de justice de l'Union devait, suite à un renvoi préjudiciel initié par la Cour constitutionnelle belge⁵⁶, se prononcer sur la question de savoir si le régime d'assurance soins flamand, dont l'accès était conditionné à une série de critères pour les personnes ne résidant pas sur le territoire de la Région

55 C.C., arrêt n° 33/2001 du 13 mars 2001 ; C.C., arrêt n° 8/2003 du 22 janvier 2003 ; C.C., arrêt n° 51/2006 du 19 avril 2006 ; C.C., arrêt n° 11/2009 du 21 janvier 2009 ; C.C., arrêt n° 68/2018 du 7 juin 2018.

56 Voy. l'arrêt interlocutoire de la Cour constitutionnelle n° 51/2006 du 19 avril 2006, publié au *Moniteur belge* du 15 mai 2006.

flamande, était compatible avec le droit de l'Union européenne. Dans cette affaire, la Cour constitutionnelle se posait en effet une série de questions sur l'interprétation à donner à certaines dispositions des Traités – pour lesquelles, en vertu de l'article 267 du TFUE, seule la Cour de justice est compétente.

Comme l'Avocate générale Sharpston l'avait relevé, la question ainsi posée par la Cour constitutionnelle belge renvoyait à deux interrogations fondamentales pour notre objet.

Premièrement, l'affaire de l'assurance soins pose la question 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 »⁵⁷.

Deuxièmement, cette affaire pose la question de 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 l'emprise du droit communautaire⁵⁸. Dans ses conclusions, l'Avocate générale estime que la condition de résidence posée dans le décret flamand n'est pas neutre par rapport à la liberté de circulation : cette condition « peut dresser, dans certaines circonstances, une entrave à la libre circulation des personnes »⁵⁹ ; en outre, elle apparaît propre à produire des effets qui ne sont ni aléatoires ni indirects⁶⁰.

Pour le surplus, quant au caractère discriminatoire de ladite entrave – non nécessaire à la constatation d'une violation des libertés de circulation, dès lors qu'une entrave suffit, qu'elle soit discriminatoire ou non⁶¹ – l'avocate générale considère que le régime implique bien une distinction de traitement 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 »⁶².

L'Avocate générale évacue l'argument des « situations purement internes », dans un raisonnement qui entendait réduire la portée de la compétence conservée par un État membre, déployant une structure constitutionnelle décentrali-

57 Concl. de l'Avocate générale E. Sharpston avant C.J.C.E., 1^{er} avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, aff. C-212/06, Rec., p. I-1683, § 2.

58 *Ibid.*, § 3.

59 *Ibid.*, § 59.

60 *Ibid.*, § 67.

61 Voy. sur ce point : arrêts du 31 mars 1993, *Kraus*, C-19/92, Rec., p. I-1663, pt. 32 ; du 9 septembre 2003, *Burbaud*, C-285/01, Rec., p. I-8219, pt. 95 ; du 5 octobre 2004, *CaixaBank France*, C-442/02, Rec., p. I-8961, pt. 11 : les articles 39 CE et 43 CE s'opposent à toute mesure nationale qui gênerait l'exercice des libertés de circulation, même si elle n'est pas discriminatoire.

62 Concl. de l'Avocate générale E. Sharpston avant C.J.C.E., 1^{er} avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, aff. C-212/06, Rec., p. I-1683, § 79.

sée, d'opérer une discrimination entre ses propres citoyens sans être tenu d'en donner une justification objective. Elle insiste sur le caractère paradoxal de voir les frontières resurgir à l'intérieur des États alors qu'elles sont abolies entre ceux-ci, soulignant que « 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 »⁶³. En outre, l'Avocate générale souligne que l'argument des « situations purement internes » était curieux dans un contexte où les entités fédérées agissent de manière équivalentement autonome à des États⁶⁴. Ainsi, l'Avocate générale entend inviter la Cour à traiter les frontières étatiques au même titre que les frontières intra-étatiques – son argumentaire principal n'est donc pas une invitation à intervenir dans les situations purement internes⁶⁵ mais à reconnaître un élément d'extranéité dans les frontières intra-étatiques.

La Cour de justice ne suivra pas complètement son Avocate générale. Dans son arrêt du 1^{er} avril 2008, elle considère que le règlement n° 1971/1408 s'applique bien au cas d'espèce. Elle rejette l'argument de la Communauté flamande, qui estimait que « les exigences inhérentes à la répartition des pouvoirs au sein de la structure fédérale belge et, en particulier, le fait que la Communauté flamande ne pourrait exercer aucune compétence en matière d'assurance soins à l'égard de personnes résidant sur le territoire d'autres communautés linguistiques du Royaume de Belgique »⁶⁶, rappelant que sa jurisprudence bien établie interdit à un État membre d'exciper de ses obligations européennes au motif de son organisation interne. La Cour distingue, au regard du champ d'application particulier des libertés de circulation et des conséquences de la citoyenneté de l'Union, deux catégories de situation.

Première catégorie : les situations purement internes. La Cour exclut toute application du droit des libertés de circulation et de la citoyenneté européenne pour les « personnes qui n'ont jamais exercé leur liberté de circuler à l'intérieur de la Communauté européenne »⁶⁷. Dans ces « situations purement internes », la Cour considère qu'il est impossible de se revendiquer du principe de la citoyenneté de l'Union – et du droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. La Cour justifie cette impossibilité par un renvoi à une jurisprudence dans laquelle elle estime que la citoyenneté de l'Union « n'a pas pour vocation d'étendre le champ d'application matériel du

63 *Ibid.*, § 118.

64 *Ibid.*, § 120.

65 L'Avocate générale évoque aussi cet argument, citant l'arrêt *Carbonati Apuani*, considérant que les auteurs des Traités considéraient sans doute que les entraves internes seraient définitivement abolies, et qu'il n'était donc pas nécessaire d'établir une interdiction dans les Traités (§ 130).

66 C.J.U.E., 1^{er} avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, C-212/06, Rec., p. I-01683, § 38.

67 *Ibid.*

Traité à des situations internes n'ayant aucun rattachement au droit communautaire »⁶⁸. Pour les Belges n'ayant pas fait usage de leur liberté de circulation, la citoyenneté de l'Union n'est d'aucun secours pour contester des distinctions de traitement induites de la structure fédérale d'un pays membre. Néanmoins, la Cour ne manque pas de lancer un subtil appel à la juridiction de renvoi, en ces termes : « L'interprétation de dispositions du droit communautaire pourrait éventuellement être utile à la juridiction nationale, y compris au regard de situations qualifiées de purement internes, en particulier dans l'hypothèse où le droit de l'État membre concerné imposerait de faire bénéficier tout ressortissant national des mêmes droits que ceux qu'un ressortissant d'un autre État membre tirerait du droit communautaire dans une situation considérée par ladite juridiction comme étant comparable »⁶⁹.

Deuxième catégorie : les situations qui ont un lien avec le droit de l'Union. Ces situations concernent des citoyens ressortissants d'autres pays membres de l'Union qui n'ont pas accès à certaines mesures favorables organisées par l'une des collectivités fédérées, tout en entretenant des liens avec cette dernière collectivité. En l'espèce, il s'agissait de ressortissants d'États membres qui pouvaient exercer une activité professionnelle dans la région de langue néerlandaise ou dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale mais qui pourraient être privés du bénéfice de l'assurance soins en raison de leur résidence en dehors du territoire unilingue flamand. La Cour précise que peuvent également être qualifiées de situations relevant du droit de l'Union les ressortissants belges qui se trouvent dans la même situation et ont fait usage de leur droit de libre circulation⁷⁰. Or, pour les citoyens relevant de cette deuxième catégorie, la Cour estime qu'il y a bien entrave à la liberté de circulation⁷¹ : la Cour rejette l'argument de la Communauté flamande, qui estimait cette entrave marginale. En conclusion, la Cour de justice considère que tant le décret original de 1999 que sa version améliorée de 2004 viole la liberté de circulation des citoyens européens ayant un lien avec la Communauté flamande, d'une part, et celle des Belges ayant fait usage de leur liberté de circuler, d'autre part.

Cette politique jurisprudentielle, qui rejette l'appréciation des discriminations à rebours en dehors du champ d'application du droit de l'Union, a fait l'objet d'appréciations très contrastées. Camille Dautricourt et Sébastien Thomas, référendaires à la Cour de justice, estiment tous deux que cette jurisprudence, qui paraît donner « tout à Ulysse et rien à Pénélope », doit être corrigée, et que, en ce qui concerne les discriminations à rebours qui trouvent leur source dans l'organisation fédérale des États membres, le droit de l'Union

68 *Ibid.*, § 39.

69 *Ibid.*, § 40.

70 *Ibid.*, §§ 41-42.

71 *Ibid.*, § 54.

européenne ne peut plus tolérer de telles inégalités de traitement⁷². L'Avocate générale Sharpston considérerait cette forme de discrimination à rebours incompatible avec le droit de l'Union ; pour elle, les limites inhérentes au fédéralisme belge devaient céder face à la nécessité de garantir une citoyenneté européenne égale à tous⁷³. Peter Van Elsuwege et Stanislas Adam soulignent quant à eux le paradoxe qu'il y a à légitimer la discrimination opérée par des États membres contre leurs propres nationaux dans une Communauté fondée sur les principes d'égalité⁷⁴. Ils avancent qu'« [il] semble [...] difficile de justifier, en droit constitutionnel belge, que les Belges résidant en Wallonie et travaillant à Bruxelles ou en Flandre ne pourraient bénéficier de l'assurance soins, au même titre que les ressortissants d'autres États membres se trouvant dans une situation de résidence et de travail identiques. Après tout, le seul élément qui distingue ces personnes est la nationalité ou le fait que ces Belges n'ont pas encore fait usage de leur liberté de circuler dans la Communauté »⁷⁵.

D'autres auteurs, comme Steven Vansteenkiste, estiment que la distinction de traitement ainsi établie selon le lien entretenu par la situation de la personne et le droit européen est justifiée par un objectif légitime : la spécificité du fédéralisme belge⁷⁶. Il estime qu'il y a un traitement différencié de personnes se trouvant dans des situations différentes en raison de l'organisation du fédéralisme belge. D'autres commentateurs, au rang desquels on retrouve Elke Cloots, estiment cette décision est explicable, si l'on se place au plan institutionnel, dès lors qu'elle permettrait de mettre un cran d'arrêt à une extension du champ d'application matériel du traité à des situations purement internes, et qu'elle relèverait ainsi d'un *judicial restraint* de bonne augure. Selon l'auteure, la Cour n'aurait, dans ces affaires sensibles relatives à l'identité nationale et l'organisation fédérale, pas forcément les connaissances nécessaires pour se prononcer, ni la légitimité⁷⁷. L'auteure renvoie à un ensemble de réflexions en théorie politique, qui conceptualisent des citoyennetés « différenciées », en vue de lutter contre les effets pervers d'une certaine vision unique de la citoyenneté⁷⁸ – sans toutefois paraître se rallier pleinement à ces théories. En effet, elle admet que l'exclusion des situations purement internes du champ de la citoyenneté européenne, si elle est justifiable sur un plan institutionnel, n'est pas soutenue par les fondements de la citoyenneté européenne⁷⁹. Yves

72 C. DAUTRICOURT, S. THOMAS, « Reverse Discrimination and Free Movement of Persons Under Community Law : All for Ulysses, Nothing for Penelope? », *EurLRev*, 2009, 34, pp. 433, 451.

73 Av. gén. Sharpston, concl. préc. C.J.C.E. (gde ch.), *Walloon*, aff. C-212/06, *Rec.*, p. I-1683, § 79.

74 P. VAN ELSUWEGE et A. STANISLAS, « Situations Purement Internes, Discriminations à Rebours Et Collectivités Autonomes Après L'arrêt Sur L'assurance Soins Flamande », *C.D.E.*, 5, 2008, pp. 655-711.

75 *Ibid.*, pp. 655-711.

76 S. VANSTEENKISTE, « Vlaamse, Belgische en Europese sociale zekerheid – juridische aspecten van de Vlaamse zorgverzekering, naar Belgisch en Europees recht », *B.T.S.Z.*, 2004, vol. 46 (1), pp. 33-64.

77 E. CLOOTS, *National Identity in EU Law*, op. cit., p. 242.

78 W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, p. 174, cité in E. CLOOTS, *National Identity in EU Law*, op. cit., pp. 241 et 242.

79 E. CLOOTS, *National Identity in EU Law*, op. cit., pp. 242-243.

Jorens estime quant à lui que la Cour de justice n'aurait pas pu décider autrement, vu le développement de politiques régionales de sécurité sociale dans de nombreux États, dont l'Espagne, et vu le fait que le règlement n° 1408/71 ne serait « pas adapté pour être appliqué à des entités régionales »⁸⁰.

On le voit, la jurisprudence de la Cour de justice a été très controversée lorsqu'il s'est agi de faire interagir le droit des libertés de circulation et la répartition des compétences. Loin d'offrir une réponse univoque à la Cour constitutionnelle belge, la juridiction de renvoi a laissé ouvertes de nombreuses questions, comme celle des discriminations à rebours. Ceci a-t-il alimenté une forme de réticence de la Cour constitutionnelle à poser des questions préjudicielles dans les affaires ultérieures mêlant intimement répartition des compétences et droit des libertés de circulation ? Il est impossible de répondre de manière scientifiquement rigoureuse à cette question. On se contentera de constater que, dans certaines affaires sensibles, la Cour constitutionnelle a préféré se risquer à développer sa propre interprétation du droit européen dans les conflits de compétence, et à appliquer elle-même ce droit européen, plutôt que de poser une question préjudicielle pourtant réclamée par les demandeurs. Dans l'affaire du *Wooncode* n° 101/2008 du 10 juillet 2008, la Cour constitutionnelle préfère se risquer à développer sa propre interprétation du droit européen des libertés de circulation⁸¹. Dans l'arrêt rendu le 30 juin 2014 relatif à un décret de la Communauté flamande du 20 avril 2012 et relatif à l'organisation de l'accueil des bébés et des bambins, la Cour constitutionnelle procèdera de la même manière, alors pourtant que l'interprétation du droit européen des libertés de circulation n'est pas si évidente, particulièrement dans pareilles situations⁸². Même scénario dans un arrêt n° 19/2017, relatif aux conditions de maîtrise du néerlandais imposées pour l'accès à l'enseignement flamand : la Cour estime rejette l'argument tiré de la violation des libertés de circulation et de la discrimination entre ressortissants de l'Union, considérant que cette conclusion s'impose de manière évidente en raison d'une jurisprudence de l'Union qui ne laisse place à aucun doute raisonnable⁸³.

80 Y. JORENS, « Arrêt *Wallonie c. Flandre* : l'accès à une prestation sociale organisée par une collectivité à l'intérieur d'un État membre », *op. cit.*, p. 211.

81 Voy. ainsi : C.C., arrêt n° 101/2008 du 10 juillet 2008, B.44.1. ; B.44.2., B.44.3.

82 Voy. C.C., arrêt n° 97/2014 du 30 juin 2014, B.22. à B.24.4.

83 C.C., arrêt n° 19/2017 du 16 février 2017, B.12.4.1. On remarquera que dans l'arrêt précédent concernant cette problématique, les requérants n'avaient pas invoqué la violation des libertés de circulation (C.C., arrêt n° 7/2012 du 18 janvier 2012).

3.2. *L'affaire Libert : l'examen de normes contestées au contentieux objectif dans des situations purement internes au nom des effets potentiels de ces normes pour les ressortissants d'autres États membres*

L'affaire relative au décret du 27 mars 2009 de la Région flamande relatif à la politique foncière et immobilière⁸⁴ constitue une exception remarquable à cette politique de prudence de la Cour constitutionnelle manifestée dans l'affaire du *Wooncode* et de la maîtrise du néerlandais dans les crèches et les écoles. La Cour décide dans cette affaire de sursoir à statuer et d'interroger la Cour de justice sur la compatibilité du décret flamand avec le droit des libertés de circulation instauré par le droit de l'Union⁸⁵. Ce décret encadrait en effet toute forme de transfert de biens immobiliers situés dans certaines communes flamandes « cibles ». Officiellement, l'objectif est de lutter contre la gentrification, mais la ministre du Logement déclara dans la presse qu'il s'agissait de contrer la francisation de la périphérie bruxelloise⁸⁶.

Tout aussi remarquable est la nuance apportée par la Cour de justice à sa jurisprudence antérieure sur l'exclusion des situations purement internes du champ d'application du droit des libertés de circulation. Cette exclusion est réaffirmée dans plusieurs arrêts de la Cour de justice⁸⁷. Néanmoins, dans l'affaire *Libert*, la Cour de justice écarta l'argument invoqué par le Gouvernement flamand et visant sa propre incompétence, estimant que l'affaire, même si elle était portée par des ressortissants nationaux, pouvait avoir un impact sur d'autres ressortissants de l'Union européenne⁸⁸. La Cour considère ainsi qu'elle se doit de répondre au juge de la légalité, même lorsqu'il est saisi par des requérants internes, pour éviter que ne subsistent des règles incompatibles avec le droit de l'Union et qui pourraient avoir un effet sur des ressortissants de l'Union⁸⁹. En l'espèce, elle considéra que le décret, en ce qu'il exige un lien suffisant pour avec certaines communes pour tout transfert, est contraire au droit des libertés de circulation. La Cour estime que les justifications sociales du Gouvernement flamand ne suffisent pas et que la mesure est disproportionnée, dès lors que l'objectif pouvait être atteint avec des mesures⁹⁰.

Cet arrêt et d'autres décisions de la Cour de justice de l'Union impliquent que, si le principe reste l'exclusion des situations purement internes du champ d'application des libertés de circulation, il n'en reste pas moins qu'il est possible,

84 M.B., 15 mai 2009, p. 37408.

85 C.C., arrêt n° 50/2011 du 6 avril 2011.

86 N. BERNARD, « L'arrêt *Wooncode* de la Cour constitutionnelle du 10 juillet 2008 : quand l'arbre (linguistique) cache la forêt », *J.T.*, 2008, p. 94.

87 C.J.U.E. (gr. ch.), 15 novembre 2016, aff. C-268/15, *Ullens de Schooten*, EU:C:2016:874. Voy. A.-L. SIBONY, « Les situations purement internes restent exclues du champ d'application des libertés de circulation », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2017, vol. 3, pp. 819-821.

88 C.J.U.E., 8 mai 2013, *Libert*, aff. jointes C-197 et C-203/11.

89 Voy. l'analyse d'A.-L. SIBONY, *op. cit.*, pp. 819-821.

90 C.J.U.E., 8 mai 2013, *Libert*, aff. jointes C-197 et C-203/11, pts 53-56.

au contentieux objectif, d'examiner les limites des compétences des entités infra-étatiques au regard du droit des libertés de circulation, en raison de leur impact potentiel pour les ressortissants d'autres États membres de l'Union, quand ces derniers sont potentiellement affectés par la mesure. Ce n'est donc que les discriminations à rebours induites de la répartition des compétences au plan interne qui figurent en dehors de l'empire du droit européen des libertés de circulation.

Munis des balises posées dans la jurisprudence européenne à l'égard de l'interaction entre droit de l'Union européenne et droit de la répartition des compétences, il s'agit maintenant de se poser la question suivante : comment la Cour constitutionnelle intègre-t-elle le droit communautaire dans sa jurisprudence relative aux règles de répartition des compétences, qu'elle ait ou non posé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union ?

B. L'influence du droit de l'Union européenne dans la jurisprudence constitutionnelle belge sur la répartition des compétences

C.C., arrêt n° 33/2011 du 2 mars 2011

Obligation prétorienne de conclure un accord de coopération

Extrait

B.10.1. Sur la base de l'article 92bis de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, l'État, les communautés et les régions peuvent conclure des accords de coopération qui portent notamment sur la création et la gestion conjointes de services et institutions communs, sur l'exercice conjoint de compétences propres, ou sur le développement d'initiatives en commun. En outre, ils disposent d'autres instruments en vue de donner forme à leur coopération.

B.10.2. En règle, l'absence de coopération dans une matière pour laquelle le législateur spécial ne prévoit pas d'obligation à cette fin n'est pas constitutive d'une violation des règles répartitrices de compétence.

Toutefois, en l'espèce, les compétences de l'État fédéral et des régions sont devenues à ce point imbriquées, par suite, d'une part, de la nécessité en droit européen de n'avoir qu'une seule autorité responsable par exploitant d'aéronef et, d'autre part, de la nature principalement transrégionale des émissions causées pendant l'intégralité de leur vol par des aéronefs qui atterrissent dans une région ou qui en décollent, qu'elles ne peuvent plus être exercées que dans le cadre d'une coopération. Un accord de coopération entre l'État fédéral et les régions permettra du reste, si nécessaire, à l'exemple de la directive 2003/87/CE (article 18ter), d'associer à l'application du système les autorités aéronautiques fédérales compétentes.

B.11. En vertu de l'article 2 de la directive 2008/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 « modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre », les États membres doivent mettre en vigueur

les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à cette directive avant le 2 février 2010. Bien que le régime des droits d'émission négociables n'entre en vigueur que le 1^{er} janvier 2012 pour les activités aéronautiques, les exploitants aériens et les autorités des États membres doivent adopter une série de mesures préparatoires au cours de la période qui précède cette entrée en vigueur. Dans l'intervalle, la Région wallonne a également transposé la directive précitée, par le décret du 6 octobre 2010 « modifiant le décret du 10 novembre 2004 instaurant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, créant un Fonds wallon Kyoto et relatif aux mécanismes de flexibilité du Protocole de Kyoto » (*M.B.*, 22 novembre 2010).

Afin d'éviter l'insécurité juridique qui résulterait de l'annulation et de permettre à la Belgique de continuer à donner exécution à la directive précitée, les effets des dispositions annulées doivent être maintenus, par application de l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, ainsi qu'il est indiqué au dispositif.

C.C., arrêt n° 6/96 du 18 janvier 1996 **Limites du recours aux compétences implicites**

Extrait

B.2.5.2. Pour être compatible avec la répartition des compétences instituée par ou en vertu de la Constitution, le recours à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 n'est admissible qu'à la condition que la matière réservée se prête à un règlement différencié.

B.2.6. L'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 a supprimé la possibilité prévue précédemment au paragraphe 2 de l'article 12 de la loi du 14 juillet 1976 de déroger, dans une adjudication, à la règle de l'attribution au soumissionnaire ayant remis l'offre la plus basse, une telle disposition étant, selon l'exposé des motifs, incompatible avec les directives européennes (*Doc. parl.*, Sénat, 1992-1993, n° 656-1, p. 24). La nouvelle règle a pour effet que la matière des adjudications qu'elle régit ne se prête plus à un règlement différencié.

C.C., arrêt n° 101/2008 du 10 juillet 2008 **Droit des libertés de circulations**

Extrait

B.44.1. Le droit à la libre circulation des travailleurs et le principe de non-discrimination qui s'y attache n'interdisent pas aux autorités d'établir certaines conditions, notamment linguistiques, pour l'accès à certains droits liés au principe de libre circulation. Selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, « les mesures nationales restrictives de l'exercice des libertés fondamentales garanties par le Traité ne peuvent être justifiées que si elles rem-

plissent quatre conditions : s'appliquer de manière non discriminatoire, répondre à des raisons impérieuses d'intérêt général, être propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre » (C.J.C.E., *S. Haim*, 4 juillet 2000, C-424/97, § 57). Il appartient en principe aux juridictions nationales de vérifier que ces conditions sont réunies, sans préjudice de leur possibilité d'interroger la Cour de justice quant à l'interprétation des dispositions de droit communautaire applicables (*ibid.*, § 58).

B.44.2. Sans qu'il soit nécessaire d'examiner si la condition d'être prêt à apprendre le néerlandais constitue une mesure restrictive de l'exercice de la liberté de circulation, il suffit de constater en l'espèce que les dispositions en cause sont applicables à tous les locataires et candidats-locataires d'un logement social, quelle que soit leur nationalité, que pour les motifs exprimés en B.34.1. à B.34.4., elles poursuivent un objectif qui peut être considéré comme d'intérêt général, qu'elles sont propres à en garantir la réalisation et qu'elles sont, compte tenu de l'interprétation indiquée en B.35. qui doit leur être donnée par le Gouvernement flamand appelé à les mettre en œuvre, proportionnées à cet objectif.

Observations

L'application du principe de neutralité par la Cour de justice de l'Union, évoqué *supra*, n'implique pas que le droit de l'Union n'ait aucune incidence lorsque la Cour constitutionnelle est confrontée à une question de partage des compétences internes. Comme nous le déroulerons ci-dessous, le principe d'une application effective et régulière du droit communautaire, revers de la médaille du principe de neutralité, exerce en effet une *influence* sur les règles d'organisation interne. En effet, comme nous avons déjà pu le souligner, « si le droit européen n'a cure de la répartition des compétences au sein de l'État-membre [il] lui impose une obligation de résultat : le traité CE doit être respecté »⁹¹. De cette manière, l'État-membre, s'il organise ses règles internes à sa discrétion, est tenu de le faire de manière à respecter les obligations découlant du droit européen⁹². En d'autres termes, si la Belgique dispose de toute la latitude pour se choisir une organisation constitutionnelle, il lui revient toutefois, dans le cadre de cette liberté, d'assurer le respect de ses obligations communautaires et une correcte exécution du droit communautaire. La Cour constitutionnelle ne reste pas insensible aux obligations communautaires qui incombent à la Belgique et cette attitude ressort de sa jurisprudence.

Afin d'illustrer l'incursion du droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative à la répartition des compétences, nous

91 Audition du Pr. K. Lenaerts, *Doc. parl.*, n° 1-1333/1 ; pour ce qui concerne plus spécifiquement les normes communautaires de droit dérivé, voy. égal. C.C., arrêt n° 109/2000 du 31 octobre 2000, B.4.1. : « La transposition dans l'ordre juridique belge d'une directive européenne ne peut se faire que dans le respect des règles qui déterminent les compétences respectives de l'État, des communautés et des régions ».

92 Compétence de la CJUE de condamner la Belgique du fait de la méconnaissance du droit communautaire par l'une de ses entités.

reviendrons sur l'obligation prétorienne de conclure un accord de coopération (1), pour ensuite retracer les limites au recours à la théorie des compétences implicites (2) ainsi que les limites dans la mise en œuvre des compétences impliquées par le droit des libertés de circulation (3) avant un essai de synthèse de l'effet du droit communautaire sur les contenus normatifs internes (4).

Nous nous attacherons principalement à la question de savoir *comment* les instruments constitutionnels belges de répartition des compétences sont, tantôt influencés, tantôt reconfigurés par le droit de l'Union, sans plus appréhender la question des règles européennes en tant que telles.

1. Le droit européen en renfort du fédéralisme coopératif

L'ombre du droit communautaire plane sur la répartition des compétences au sein des normes législatives elles-mêmes – lorsque celles-ci permettent à l'entité fédérale de se donner la prééminence sur une entité fédérée, en contradiction avec les principes du fédéralisme autonome et égalitaire⁹³.

Plus généralement, pour Sébastien Van Drooghenbroeck, le droit européen « met sous pression » l'un des paradigmes de la répartition des compétences en droit constitutionnel belge, celui de l'« indisponibilité des compétences par voie d'accord de coopération »⁹⁴. Ce principe implique que « bien que toute forme de coopération implique inévitablement une limitation de l'autonomie des autorités concernées, la conclusion d'un accord de coopération prévu par l'article 92bis de la LSRI ne peut entraîner un échange, un abandon ou une restitution de compétences ; il s'agirait là d'une violation des règles établies par la Constitution ou en vertu de celles-ci pour déterminer les compétences respectives de l'État fédéral, des Communautés et des Régions »⁹⁵. Ainsi, certaines normes de droit européen impliquent un tel enchevêtrement

93 En exécution de l'article 169 de la Constitution, l'article 16, §§ 3-4, de la LSRI prévoit la possibilité, pour l'État fédéral de se substituer à une communauté ou à une région défaillante dans la méconnaissance d'une obligation internationale ou supranationale, dont les obligations découlant du droit communautaire, à la suite d'une condamnation par une juridiction supranationale ou internationale. Relevons tout particulièrement qu'à la suite de la VI^e Réforme de l'État (2014), ce pouvoir de substitution fédéral a connu une extension de son champ d'application : lorsque « l'instance instituée par ou en vertu de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques ou par ou en vertu de l'un de ses protocoles, a constaté que l'État ne respecte pas les obligations internationales qui en résultent » ou, en particulier, lorsque « une région ou une communauté n'a pas réagi à l'avis motivé visé à l'article 258 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne vis-à-vis de l'État suite au non-respect d'une obligation de droit européen visant à réduire les émissions de gaz à effet de serre en application de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques ou de l'un de ses protocoles », l'État fédéral peut se substituer à la région ou à la communauté défaillante pour adopter des « mesures qui sont nécessaires pour mettre fin au non-respect des obligations internationales prévues par la Convention-cadre précitée ou l'un de ses protocoles, ou pour l'exécution du dispositif de l'avis motivé ». Ce pouvoir ne peut s'exercer qu'à certaines conditions et au terme d'une procédure encadrée par l'article 16, § 4 susmentionné. Toutefois, tout aussi remarquable soit-il, ce « mécanisme de tutelle législative et réglementaire de l'autorité fédérale sur les communautés et régions » (N. BONBLED, « Le droit de l'Union européenne, facteur de centralisation du système fédéral belge », in E. VANDENBOSSCHE et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Contraintes européennes et réforme de l'État*, Bruges, la Charte, 2013, p. 85) n'a jamais été mis en œuvre et il paraît douteux qu'il le soit un jour, tant la réunion des conditions juridiques et politiques pour son application paraît ardue.

94 S. VAN DROOGHENBROECK, « De la révolution copernicienne et des nouvelles forces motrices », in P. POPELIER, D. SINARDET, J. VÉLEARS, B. CANTILLON (dir.), *België, quo vadis ?*, Intersentia, Anvers, 2012, pp. 231-261, p. 259.

95 C.C., arrêt n° 17/94 du 3 mars 1994, B.5.3.

de compétences qu'un accord de coopération apparaît souvent comme la seule voie praticable pour respecter les engagements européens⁹⁶.

La question que l'on se posera ici est de savoir si le droit communautaire marque également de son empreinte la jurisprudence de la Cour constitutionnelle lorsque cette dernière donne injonction aux entités de conclure des accords de coopération en dehors des cas prévus aux articles 92bis et 92ter de la LSRI, nuancant le cas échéant le principe de l'indisponibilité des compétences rappelé ci-dessus. Si les arrêts dans lesquels le droit communautaire impacte la répartition des compétences ne sont pas – encore ? – légion, nous pointerons ici l'arrêt n° 33/2011, qui illustre combien le droit communautaire peut venir, dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, en *renfort* du fédéralisme coopératif.

Rétroactes. Le Parlement européen et le Conseil adoptent la directive 2003/87/CE établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté. Cette directive est adoptée dans la foulée du Protocole de Kyoto et de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques. La directive se donne pour objectif de « contribue[r] à réaliser les engagements de la Communauté européenne et de ses États membres de manière plus efficace, par le biais d'un marché européen performant de quotas d'émission de gaz à effet de serre et en nuisant le moins possible au développement économique et à l'emploi »⁹⁷. Cette directive a été transposée dans l'ordre interne principalement par l'adoption de décrets régionaux.

Une deuxième directive 2008/101/CE est ensuite adoptée et modifie la directive 2003/87/CE en ce qu'elle vise à « réduire la contribution de l'aviation au changement climatique en intégrant les émissions liées aux activités aériennes dans le système communautaire »⁹⁸ à travers leur mise aux enchères partielle. Une fois la directive 2008/101/CE transposée, la question se pose de savoir de quelle entité, fédérale ou régionale, relève la compétence de transposer cette directive. En effet, le débat était de savoir si la directive se rattachait à la compétence de la protection de l'environnement – donc d'une compétence régionale – ou à la compétence du trafic aérien et de la délivrance de licence aux exploitants d'aéronefs – lesquelles relèvent de la compétence de l'autorité fédérale⁹⁹.

96 Voy., pour le programme REACH, l'analyse de M. PALLEMAERTS, « Le rôle de l'autorité fédérale belge dans la mise en œuvre du programme REACH : Eridania au pays de Magritte », *Rev. dr. ULB*, 2009/1-2, pp. 217 et s. ; l'analyse de F. TULKENS, « La nature supraconstitutionnelle du droit européen et son impact sur la répartition des compétences en matière de protection de l'environnement », *Rev. Dr. ULB*, 2009, n° 39, p. 212, numéro spécial sur le thème : Fédéralisme et environnement : perspectives belgo-canadiennes, pp. 201-215.

97 Considérant 5 de la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, *J.O.U.E.*, L 275, 23 octobre 2003, pp. 32-46.

98 Considérant 14 de la directive 2008/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, *J.O.U.E.*, L 8, 13 janvier 2009, pp. 3-21.

99 N. BONBLED, « Le droit de l'Union européenne, facteur de centralisation du système fédéral belge », *op. cit.*, p. 102.

Les âpres discussions au sein de la Commission Nationale Climat afin de parvenir à un accord sur la manière de transposer la directive 2008/101/CE n'aboutissent pas¹⁰⁰. Deux axes s'opposent : la ligne des Régions flamande et wallonne qui estiment qu'il s'agit uniquement de la matière de la protection de l'environnement – qui leur échoit en application de l'article 6, § 1^{er}, II, 1^o, de la LSRI – et la thèse de l'État fédéral et de la Région de Bruxelles-Capitale – lesquels estiment que la matière est fédérale puisqu'elle relève du trafic aérien et de la matière des exploitants d'aéronefs dont la licence est octroyée par l'autorité fédérale. D'initiative, la Région flamande adopte un décret modifiant le décret portant réduction des émissions de gaz à effet de serre (REG) du 2 avril 2004, en ce qui concerne l'extension relative aux activités aéronautiques, tandis que la Région wallonne prépare un avant-projet de décret similaire. Dans la foulée, la Région de Bruxelles-Capitale introduit un recours devant la Cour constitutionnelle et conteste la thèse selon laquelle la matière de la directive puisse être réglée par les législateurs régionaux.

La Cour constate que la compétence des régions en matière de protection de l'air « comprend le pouvoir d'adopter des mesures afin de diminuer les émissions de gaz à effet de serre dans l'air [...] des aéronefs, pour autant qu'elles n'excèdent toutefois pas leur compétence territoriale »¹⁰¹. Elle observe que le critère de rattachement territorial utilisé par le décret attaqué revient à permettre à la Région flamande d'exercer sa compétence sur des émissions qui ne se produisent que très partiellement dans son espace aérien. En effet, en application du principe selon lequel il ne peut y avoir qu'une seule autorité responsable par exploitant d'aéronefs, sont ainsi visées par le décret des émissions qui auront lieu principalement dans d'autres espaces aériens régionaux ainsi que des émissions qui auront lieu dans l'espace aérien d'autres États membres de l'Union européenne, voire encore en-dehors. De la même manière, toutes les émissions de CO₂ se produisant dans l'espace aérien de la Région flamande ne sont pas visées par le décret¹⁰².

La Cour en conclut alors qu'« il n'est pas approprié de faire relever de la compétence territoriale de la Région flamande les émissions de gaz à effet de serre provenant de la navigation aérienne pour lesquelles la Belgique est compétente »¹⁰³, et prononce l'annulation de toutes les dispositions du décret attaqué.

100 F. TULKENS, « La nature supraconstitutionnelle du droit européen et son impact sur la répartition des compétences en matière de protection de l'environnement », *op. cit.*, p. 212 ; N. BONBLED, « Le droit de l'Union européenne, facteur de centralisation du système fédéral belge », *op. cit.*, p. 102. Ce dernier souligne que la Région flamande et la Région wallonne prennent position pour le rattachement de la directive à la matière régionale, tandis que l'autorité fédérale et la Région de Bruxelles-Capitale se rallient à la thèse de la compétence fédérale.

101 C.C., arrêt n° 33/2011 du 2 mars 2011, B.4.4.

102 *Ibid.*, B.8.1.

103 *Ibid.*, B.8.2.

Si elle reconnaît qu'« en règle, l'absence de coopération dans une matière pour laquelle le législateur spécial ne prévoit pas d'obligation à cette fin n'est pas constitutive d'une violation des règles répartitrices de compétence »¹⁰⁴, la Cour ne s'arrête pas là. En effet, dit-elle, « les compétences de l'État fédéral et des régions sont devenues à ce point imbriquées, par suite, d'une part, de la nécessité en droit européen de n'avoir qu'une seule autorité responsable par exploitant d'aéronef et, d'autre part, de la nature principalement transrégionale des émissions causées pendant l'intégralité de leur vol par des aéronefs qui atterrissent dans une région ou qui en décollent, qu'elles ne peuvent plus être exercées que dans le cadre d'une coopération [...] »¹⁰⁵. La Cour confirmera cette jurisprudence à l'endroit du décret wallon portant sur le même objet que le décret flamand précité¹⁰⁶.

Le raisonnement auquel s'arrime la Cour dans l'arrêt précité est aussi remarquable que peu fréquent dans sa jurisprudence. Un premier arrêt n° 132/2004 avait amorcé cette jurisprudence, cette fois en matière de télécommunications et de société de l'information. En l'espèce, la Cour a relevé que l'évolution technologique a rendu obsolète la délimitation traditionnelle sur la base de critères techniques – constituant autant de critères de répartition des compétences entre le législateur fédéral et les communautés. La Cour relève également que des normes européennes – à savoir les directives-cadres du 7 mars 2002 relatives aux réseaux et aux services de communication électronique – imposent que l'ensemble des réseaux et services de transmission soient en principe régis dans un même cadre réglementaire¹⁰⁷.

La Cour constate ensuite, de manière similaire à l'arrêt n° 33/2011, que « toutefois, en l'espèce, les compétences de l'État fédéral et des communautés en matière d'infrastructure des communications électroniques sont devenues à ce point imbriquées, par suite de l'évolution technologique, qu'elles ne peuvent plus être exercées qu'en coopération. Il s'ensuit qu'en réglant unilatéralement la compétence du régulateur des télécommunications, le législateur a violé le principe de proportionnalité propre à tout exercice de compétences » pour ensuite laisser le soin au législateur spécial de décider s'il y a lieu de prévoir, dans cette matière, une coopération obligatoire ou de modifier la répartition des compétences en matière de télécommunication afin d'en garantir une politique plus cohérente¹⁰⁸. La jurisprudence constitutionnelle belge maintiendra cette ligne dans des arrêts similaires¹⁰⁹.

104 *Ibid.*, B.10.2.

105 *Ibid.*, B.10.2.

106 C.C., arrêt n° 76/2012 du 14 juin 2012. Le Conseil des ministres a saisi la Cour sur la base de l'arrêt n° 33/2011 en application de l'article 4, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

107 C.C., arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004, B.5.2.

108 *Ibid.*, B.7.2.

109 C.C., arrêts n° 128/2005 du 13 juillet 2005, n° 163/2006 du 8 novembre 2006 et n° 112/2011 du 23 juin 2011.

Est-il possible de dégager une cohérence dans les raisonnements tenus par la Cour ? De ces arrêts, il peut être déduit que, peuvent conduire à l'obligation prétorienne de conclure un accord de coopération les situations dans lesquelles les compétences sont à ce point imbriquées d'une part, par l'effet de l'évolution technologique ou de la nature principalement transrégionale des émissions des aéronefs et d'autre part, des impératifs du droit européen. Dans d'autres matières, notamment les soins de santé, la Cour a refusé de contraindre à la conclusion d'un accord de coopération – sur cette question, nous renvoyons à la contribution d'Aurélie Héraut et d'Anne-Stéphanie Renson dans le présent ouvrage¹¹⁰. Il apparaît par conséquent que les impératifs du droit européen sont, jusqu'à présent, déterminants selon qu'ils sont couplés à l'évolution technologique ou à la nature principalement transrégionale des émissions des aéronefs.

Un tempérament doit cependant être apporté à propos du caractère déterminant des obligations européennes sur l'obligation prétorienne de conclure un accord de coopération. En effet, dans son arrêt n° 98/2013 du 9 juillet 2013, la Cour reconnaît que les compétences de l'autorité fédérale et des régions sont imbriquées par l'effet des impératifs de droit européen puisque seul un représentant par État membre de l'autorité de régulation en matière d'énergie peut siéger au sein de l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (ACER). Toutefois, la Cour constate que « [l]orsque, eu égard notamment à la réglementation européenne applicable en l'espèce, la conclusion d'un accord de coopération ne pourrait aboutir à une autre disposition que celle qui a été adoptée sans la conclusion préalable d'un tel accord, cette dernière disposition ne peut être réputée avoir violé le principe de proportionnalité inhérent à tout exercice de compétence »¹¹¹. La Cour rejettera le moyen. L'appréciation faite par la Cour est donc casuistique, voire presque incohérente entre les différents arrêts, à telle enseigne qu'il paraît compliqué d'identifier une politique jurisprudentielle claire de la part de la Cour qui impliquerait la reconnaissance d'une obligation de coopération dans les matières qui ne peuvent être traitées de manière différenciée par l'effet fédérateur du droit européen. On se risquera ici à une explication : la Cour déciderait plus facilement de contraindre à la conclusion d'un accord de coopération dans l'hypothèse où l'État belge risquerait de mettre en cause sa propre responsabilité face aux impératifs du droit européen. En effet, dans l'arrêt n° 98/2013, la Cour a jugé que la norme contestée n'aurait pas pu être différente si elle avait été précédée d'un accord de coopération ; cette situation réduit le risque de mise en cause de la responsabilité de la Belgique. Quoiqu'il en soit, les cas dans lesquels un accord de coopération a été rendu obligatoire par la Cour restent très limités et il reste

110 A. HÉRAUT et A.-S. RENSON, « La coopération dans l'exercice des compétences », cet ouvrage, pp. 138-167.

111 C.C., arrêt n° 98/2013 du 9 juillet 2013, B.25.4.

malaisé d'identifier avec précision les contours de l'obligation de conclure un accord de coopération sous l'effet du droit européen.

2. Le droit européen comme limite au recours des pouvoirs implicites

Si l'arrêt n° 6/96 ne constitue pas un « grand arrêt » en tant que tel, son analyse reste néanmoins intéressante au sens où elle donne également l'occasion de s'interroger sur une certaine influence du droit européen sur l'exercice des compétences implicites. Pour l'illustrer, nous rappellerons les contours du recours aux compétences implicites (2.1.) avant d'analyser les limites audit recours telles qu'elles ont été tracées par la jurisprudence constitutionnelle (2.2.).

2.1. Les contours du recours aux compétences implicites

L'article 10 de la LSRI constitue le siège de la matière des compétences implicites (ou pouvoirs implicites)¹¹². La théorie du recours aux compétences implicites est bien connue. Si elles n'ont pas été expressément attribuées aux communautés ou aux régions, il n'en reste pas moins que leur exercice est conditionné à la *nécessité* d'y recourir en vue d'assurer la mise en œuvre des autres compétences qui leur ont été attribuées.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle a permis d'affiner les contours du recours aux compétences implicites en posant deux conditions supplémentaire, outre la condition de la « nécessité » de ce recours. D'une part, l'impact des dispositions adoptées sur base de l'article 10 de la LSRI doit être *marginal* sur la matière fédérale¹¹³. D'autre part, la matière fédérale affectée par les dispositions adoptées en vertu des compétences implicites doit *se prêter à une réglementation différenciée*¹¹⁴.

L'arrêt annoté permet de jeter un éclairage sur les relations entre cette dernière condition et le contenu du droit européen.

2.2. Les limites du recours aux compétences implicites : une empreinte européenne en désuétude ?

La Communauté flamande avait adopté un décret du 13 juillet 1994 relatif aux instituts supérieurs en Communauté flamande. Son article 216, dernier tiret, ouvrait la possibilité, dans le chef de l'institut supérieur qui cherche à conclure ses marchés publics, de déroger à la réglementation relative au choix de l'entrepreneur, lors d'une adjudication publique ou restreinte, si le Gouvernement flamand ne s'y oppose pas dans les trente jours de la demande.

Saisie d'un recours entrepris par la Confédération nationale de la construction, la Cour a jugé que l'adoption de cette disposition revenait à établir une

112 Cet article dispose que « [l]es décrets peuvent porter des dispositions de droit relatives à des matières pour lesquelles les Parlements ne sont pas compétents, dans la mesure où ces dispositions sont nécessaires à l'exercice de leur compétence ».

113 Voy. p. ex. C.C., arrêt n° 68/96 du 28 novembre 1996, B.11.4.

114 Voy. p. ex. C.C., arrêt n° 91/2010 du 29 juillet 2010, B.3.7.

règle générale en la matière au sens de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 4, de la LSRI¹¹⁵. Or, l'établissement d'une telle règle générale n'est admissible que si la matière se prête à un règlement différencié. Et la Cour de constater que « [l']article 15 de la loi du 24 décembre 1993 a supprimé la possibilité prévue précédemment [...] de déroger, dans une adjudication, à la règle de l'attribution au soumissionnaire ayant remis l'offre la plus basse, une telle disposition étant, selon l'exposé des motifs, incompatible avec les directives européennes »¹¹⁶. Elle en conclut que la matière des adjudications ne se prête plus à un règlement différencié dès lors que l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993, qui transpose les directives européennes adoptées entre 1988 et 1992¹¹⁷, s'applique à tous les marchés publics, quel qu'en soit le montant.

La Cour juge que la matière des adjudications qu'elle régit ne se prête *plus* à un règlement différencié. Même si le décret litigieux a été adopté alors que la loi du 24 décembre 1993 n'était pas encore entrée en vigueur, la Cour estime que « [l]e législateur décrétal, lorsqu'il a adopté le décret litigieux, ne pouvait cependant méconnaître l'existence de la loi du 24 décembre 1993, publiée au *Moniteur belge* du 22 janvier 1994 »¹¹⁸, de sorte qu'il aurait dû tenir compte du prescrit de l'article 15 de cette loi. Bien que ce ne soit pas explicite, l'on peut en déduire que l'adoption des directives européennes précitées, et ensuite leur transposition en droit belge a constitué l'évènement charnière à la suite duquel la matière des adjudications ne se prêtait *plus* à un règlement différencié.

Il est remarquable que cet arrêt soit l'un des rares dans lesquels la Cour a considéré que la matière invoquée ne se prêtait pas (ou plus) à un règlement différencié. Nicolas Bonbled a aussi pu relever un autre arrêt n° 36/2001, dans lequel la Cour arrive à la même conclusion¹¹⁹.

Nous sommes d'avis que, si cet arrêt est une manifestation des inflexions centripètes exercées par le droit européen sur la répartition interne des compétences, sa fréquence et ses effets ne sont, une nouvelle fois, que marginaux. D'emblée, notons, avec Nicolas Bonbled¹²⁰, que l'empreinte du droit européen dans la jurisprudence constitutionnelle relative aux compétences implicites

115 C.C., arrêt n° 6/96 du 18 janvier 1996, B.2.4. *in fine*. L'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 4, de la LSRI prévoit que « [à] cette fin, l'autorité fédérale est compétente pour fixer les règles générales en matière : 1° de marchés publics [...] ».

116 *Ibid.*, B.2.6.

117 C'est-à-dire la directive 88/295/C.E.E. du Conseil des Communautés européennes du 22 mars 1988 modifiant la directive 77/62/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures et abrogeant certaines dispositions de la directive 80/767/C.E.E., la directive 89/440/C.E.E. du Conseil des Communautés européennes du 18 juillet 1989 modifiant la directive 71/305/C.E.E. portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux et la directive 92/50/C.E.E. du Conseil des Communautés européennes du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services.

118 C.C., arrêt n° 6/96 du 18 janvier 1996, B.2.7.2.

119 Voy. égal. C.C., arrêt n° 36/2001 du 13 mars 2001, B.6.2. N. Bonbled est d'avis que ces arrêts constituent « une première série de limitations jurisprudentielles participant d'un effet centralisateur du droit européen sur les règles répartitrices de compétences en Belgique ou, plus précisément, sur la faculté des collectivités fédérées d'empiéter sur des compétences fédérales dans des matières dont le contenu est étroitement lié à des normes de droit européen » (N. BONBLED, « Le droit de l'Union européenne, facteur de centralisation du système fédéral belge », *op. cit.*, p. 93).

120 N. BONBLED, « Le droit de l'Union européenne, facteur de centralisation du système fédéral belge », *op. cit.*, p. 93.

n'a plus été rencontrée depuis 2001. Or, cette situation est difficilement explicable dès lors que l'impact du droit dérivé de l'Union européenne sur les réglementations nationales s'est considérablement accru depuis lors. Dès lors, il n'y a aucune raison de croire que la Cour n'ait plus été confrontée, depuis 2001, à d'autres affaires dans lesquelles la matière en cause ne se prêtait pas (ou plus) à un règlement différencié. Pour l'heure, cette jurisprudence semble être tombée en désuétude.

3. Le droit européen des libertés de circulation : un outil de contrôle des discriminations à rebours et de la loyauté fédérale ?

On se souvient que dans l'affaire de la *zorgverzekering*, la Cour de justice de l'Union européenne avait laissée ouverte la question des discriminations à rebours, invitant subtilement la juridiction de renvoi à s'en emparer. La Cour constitutionnelle, dans son arrêt du 21 janvier 2009¹²¹, se limite cependant à répéter le constat d'incompatibilité du décret flamand avec la liberté de circulation des travailleurs migrants issus d'un autre État membre que la Belgique et des Belges ayant fait usage de leur liberté de circulation dans l'Union européenne. Pour le surplus, la Cour décline l'invitation de la Cour de justice et exclut donc la possibilité d'une extension du champ d'application du décret flamand au nom des limites des compétences territoriales des Communautés¹²². Elle considère qu'« [il pourrait être remédié à la différence de traitement alléguée par les parties requérantes par des mesures que prendraient les Communautés française et germanophone afin d'adopter, dans l'exercice des compétences que leur attribue l'article 5, § 1^{er}, II, de la LSRI, en faveur des ressortissants belges qui habitent dans les régions linguistiques pour lesquelles elles sont compétentes, un système d'assurance soins analogue »¹²³. En d'autres termes, la Cour estime que la source du traitement différencié se situe non pas dans le champ d'application du décret flamand, mais bien dans l'inexistence d'une législation équivalente au niveau fédéral, francophone ou germanophone.

Avec la doctrine, on doit ainsi constater qu'il se déduit de ce *self-restraint* de la Cour, que le champ d'application du décret *zorgverzekering* (et ensuite de l'ensemble de la protection sociale flamande) exclut les ressortissants belges qui n'ont pas utilisé leur liberté de circulation et qui ne vivent pas en Région flamande ou bruxelloise (pour ces derniers on se rappelle que des conditions supplémentaires subsistent)¹²⁴.

On peut retrouver cette position de *self-restraint* de la Cour constitutionnelle dans d'autres décisions ultérieures, au-delà des cas de discrimination

121 C.C., arrêt n° 11/2009 du 21 janvier 2009, B.13.2., B.14. et B.16.

122 *Ibid.*, B.14.

123 *Ibid.*, B.15.

124 D. YERNAULT, « Enfin vers une union économique et sociale ? Libertés de circulation, solidarité interpersonnelle et répartition des compétences dans une Belgique toujours plus fédérale », in E. VANDENBOSSCHE et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Contraintes européennes et réformes de l'État*, Brugge-Bruges, die Keure-la Charte, 2013, p. 218.

à rebours, où ce *self-restraint* se double d'un refus de prendre le risque d'un renvoi préjudiciel vers la Cour de justice de l'Union, peut-être pour éviter de se retrouver au pied du mur sur la question des discriminations à rebours ou sur celle de la liberté des ressortissants des autres États membres, comme ce fut le cas dans l'affaire *zorgverzekering*.

Dans l'arrêt *Wooncode* n° 101/2008 du 10 juillet 2008, la Cour constitutionnelle valide le dispositif flamand qui exigeait, notamment, que les candidats-locataires et locataires d'un logement social démontrent une connaissance du néerlandais de niveau A.1. du Cadre européen commun de référence pour les langues et qu'ils s'engagent à démontrer leur volonté d'apprendre le néerlandais sous la réserve d'interprétation suivante : « [...] les sanctions éventuelles du refus d'apprendre le néerlandais ou de suivre le parcours d'intégration civique [doivent être] proportionnées aux nuisances ou dégradations causées par ces refus et [elles ne peuvent] justifier la résiliation du bail que moyennant un contrôle judiciaire préalable »¹²⁵. La Cour estime ainsi que cette obligation, pour les candidats-locataires et locataires, « ne peut être une obligation de résultat, mais uniquement une obligation de moyen, à laquelle le locataire peut facilement satisfaire, de sorte qu'il ne serait pas possible de mettre fin au contrat de bail au seul motif que les intéressés ne connaissent pas ou ne parlent pas le néerlandais »¹²⁶. Elle évacue la question de la compatibilité de ces dispositions avec la liberté de circulation, qui est pourtant définie dans le Règlement n° 1612/68 comme impliquant un droit d'accès au logement sans discrimination avec les nationaux. Constatant qu'il n'y a ici aucune discrimination sur la base de la nationalité, la Cour estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner si la mesure litigieuse implique une restriction à la liberté de circulation, dès lors que cette hypothétique entrave serait de toute façon justifiée :

B.44.1. Le droit à la libre circulation des travailleurs et le principe de non-discrimination qui s'y attache n'interdisent pas aux autorités d'établir certaines conditions, notamment linguistiques, pour l'accès à certains droits liés au principe de libre circulation. Selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, « les mesures nationales restrictives de l'exercice des libertés fondamentales garanties par le Traité ne peuvent être justifiées que si elles remplissent quatre conditions : s'appliquer de manière non discriminatoire, répondre à des raisons impérieuses d'intérêt général, être propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre » (C.J.C.E., *S. Haim*, 4 juillet 2000, C-424/97, § 57). Il appartient en principe aux juridictions nationales de vérifier que ces conditions sont réunies, sans préjudice de leur possibilité d'interroger la Cour de justice quant à l'interprétation des dispositions de droit communautaire applicables (*ibid.*, § 58).

B.44.2. Sans qu'il soit nécessaire d'examiner si la condition d'être prêt à apprendre le néerlandais constitue une mesure restrictive de l'exercice de la liberté de circula-

125 C.C., arrêt *Wooncode* n° 101/2008 du 10 juillet 2008, B.35.

126 *Ibid.*, B.43.2.

tion, il suffit de constater en l'espèce que les dispositions en cause sont applicables à tous les locataires et candidats-locataires d'un logement social, quelle que soit leur nationalité, que pour les motifs exprimés en B.34.1. à B.34.4., elles poursuivent un objectif qui peut être considéré comme d'intérêt général, qu'elles sont propres à en garantir la réalisation et qu'elles sont, compte tenu de l'interprétation indiquée en B.35. qui doit leur être donnée par le Gouvernement flamand appelé à les mettre en œuvre, proportionnées à cet objectif.

Ces deux paragraphes laissent paraître un certain malaise de la Cour vis-à-vis de ces dispositions garantissant la liberté de circulation, malaise qui la pousse à développer une interprétation du droit communautaire qui n'est pas franchement évidente, au regard de ce que recouvre la définition d'une entrave à la liberté de circulation.

Le même malaise ressort de la lecture de l'arrêt rendu le 30 juin 2014 relatif à un décret de la Communauté flamande du 20 avril 2012 et relatif à l'organisation de l'accueil des bébés et des bambins¹²⁷. La Cour était notamment amenée, dans cette affaire, à examiner, en référence aux articles 18 et 49 du TFUE et 21, 34 et 36 de la Charte, si la connaissance « active » du néerlandais imposée par l'article 7 du décret pour l'obtention d'un subventionnement de base aux personnes occupées dans les milieux d'accueil, ne crée pas une restriction injustifiée à la liberté de circulation des travailleurs et à la liberté d'établissement¹²⁸. La Cour admet cette fois-ci clairement qu'un tel dispositif constitue une entrave à la liberté de circulation, mais décide de n'envisager que la question de la liberté de circulation « des travailleurs qui sont des ressortissants d'autres États membres et qui, souhaitant exercer ce métier, ne peuvent pas prouver qu'ils disposent d'une connaissance active de cette langue »¹²⁹. Elle considère que l'exigence de connaissance active du néerlandais constitue bien une restriction, mais qu'elle est justifiée par un objectif légitime et qu'elle n'est pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi, dès lors que cette connaissance active peut être établie notamment par un test linguistique dont le niveau n'est pas disproportionné par rapport à la fonction¹³⁰. Pour étayer son raisonnement, la Cour se livre à un examen de la jurisprudence *Groener* de la Cour de justice, présentée comme étant claire et univoque par les juges belges, alors que les spécialistes de la matière qualifient la jurisprudence de la Cour de justice, prise globalement et au-delà du seul arrêt *Groener*, comme penchant plutôt du côté du désordre et de la complexité que de la clarté et de la cohérence.

Dans son arrêt n° 19/2017, la Cour constitutionnelle estime dans la même perspective que le décret attaqué n'implique aucune (nouvelle) entrave dans les

127 Voy. C.C. arrêt n° 97/2014 du 30 juin 2014, B.22. à B.24.4.

128 C.C., arrêt n° 97/2014 du 30 juin 2014, B.5.1.-B.9.2.

129 C.C., n° 97/2014 du 30 juin 2014, B.22.

130 C.C., arrêt n° 97/2014 du 30 juin 2014.

libertés de circulation reconnues au plan européen. Elle identifie la source de l'entrave potentielle dans le décret précédent, contesté devant elle mais pas au plan des libertés de circulation. S'attachant à la fois à démontrer l'inexistence d'une entrave et son caractère justifié, la Cour rappelle la compétence réservée des États membres en matière¹³¹.

On doit souligner néanmoins un arrêt qui fait figure de contrepoint : l'arrêt n° 144/2013, rendu en réponse de l'arrêt de la Cour de justice¹³². Suite à l'arrêt cinglant de la Cour de justice de l'Union, la Cour constitutionnelle annule le livre 5 « Habiter sa propre région », du décret de la Région flamande du 27 mars 2009 relatif à la politique foncière et immobilière, l'estimant contraire aux libertés de circulation.

4. La Cour impose un comportement positif de la part du législateur : un effet centralisateur du droit européen ?

Dans les affaires épinglées ci-dessus, l'on constate que la Cour constitutionnelle a adopté une approche volontariste, suggérant, par-ci, que le législateur spécial intervienne dans une matière, donnant, par-là, injonction aux entités fédérées de conclure un accord de coopération endéans un certain délai.

Dans ces deux cas, la Cour effectue, pour partie, un détour par le droit européen afin de parvenir à la conclusion que les compétences en cause sont devenues à ce point imbriquées qu'elles ne peuvent plus être exercées que dans le cadre d'une coopération. Quels que soient les termes choisis par le juge constitutionnel, il est tentant d'y déceler des exemples illustrant l'influence du droit européen sur la répartition interne des compétences¹³³.

Nous avons déjà constaté que ces décisions n'étaient pas très fréquentes. Essayons maintenant de formuler quelques hypothèses qui, combinées entre elles, peuvent expliquer le rôle centralisateur que le droit européen a pu jouer dans ces arrêts de la Cour relatifs à la répartition des compétences, remarquables par l'impact du droit européen sur la répartition des compétences.

4.1. L'harmonisation des contenus opérée par le droit européen

Si, comme nous l'avons relevé ci-dessus, le droit européen est en principe indifférent à l'égard de l'organisation interne des compétences, il n'en exerce pas moins une influence sensible sur le contenu des compétences proprement dites.

131 C.C. arrêt n° 19/2017 du 16 février 2017, B.15.-B.18.

132 C.C., arrêt n° 144/2013 du 7 novembre 2013.

133 F. Tulkens souligne que, pour reprendre la matière du droit de l'environnement, « [l]e droit européen oblige donc à raisonner de manière nouvelle, à "aménager", voire à "recomposer" la répartition des compétences en droit interne » (F. TULKENS, « La nature supraconstitutionnelle du droit européen et son impact sur la répartition des compétences en matière de protection de l'environnement », *op. cit.*, p. 209).

En effet, l'obligation de transposer les directives européennes marque de son empreinte le contenu des normes législatives de transposition. Les directives ne laissant parfois guère de marge de manœuvre quant au contenu à transposer, il est donc prévisible que les normes de transposition se ressemblent entre les différents États membres de l'Union. *A fortiori*, il en va de même entre les différentes collectivités en Belgique. Constatons que la transposition des directives en matière environnementale emporte l'adoption de « textes identiques, ou à tout le moins similaires, ce qui relativise donc aussi les différences dans les politiques régionales environnementales »¹³⁴. À l'inverse, lorsque des points de vue différents entre entités fédérale et entités fédérées apparaissent dans la transposition des directives européennes, ceux-ci tendent à mettre en lumière la fragmentation des compétences, entre facteurs d'harmonisation et de dissociation dans le contenu des normes.

4.2. Une appréhension conséquentialiste du risque de condamnation par la juridiction européenne

Dès le moment où les normes régionales de transposition ne s'accordent pas entre elles alors que le contenu du droit européen exige précisément une approche centralisée¹³⁵, la Belgique risquait de voir sa responsabilité engagée au regard de ses obligations européennes.

Il est plausible qu'une Cour conséquentialiste ait pu se fonder sur le respect des normes européennes afin de prévenir la mise en cause de la responsabilité de la Belgique lorsqu'elle est amenée à arbitrer un conflit de compétences.

D'une part, sur le plan des *conséquences temporelles*, la Cour prend le parti de moduler les effets de son arrêt dans le temps, dans le souci affiché de préserver la sécurité juridique¹³⁶. Dès lors, la norme déclarée inconstitutionnelle est préservée jusqu'à l'entrée en vigueur d'une réglementation résultant d'un accord de coopération conclu entre l'État fédéral et les régions mettant en œuvre la directive précitée, et en toute hypothèse, au plus tard jusqu'au 31 décembre 2011. La suite des événements démontrera qu'il n'en sera rien. Le délai subsidiaire de dix mois n'aura pas été suffisant pour que les parties concernées concluent un accord de coopération et, *a fortiori*, prennent une réglementation mettant en œuvre la directive concernée – près de trois ans auront été nécessaires¹³⁷. D'autre part, sur le plan des *conséquences matérielles*, cet arrêt autorise, selon nous, l'intuition selon laquelle, pour la Cour, la conformité aux

134 *Ibid.*, p. 208.

135 Dans l'affaire ayant mené à l'arrêt n° 33/2011 précité, la directive exigeait qu'il n'y ait qu'une seule autorité responsable par aéronef.

136 C.C., arrêt n° 33/2011 du 2 mars 2011, B.11.

137 L'accord de coopération a été publié au *Moniteur Belge* le 30 avril 2014 et est entré en vigueur le même jour. Accord de coopération entre l'État fédéral, la Région flamande, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale relatif à l'intégration des activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre conformément à la directive 2008/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre.

règles européennes a primé le droit positif belge. En effet, la juridiction ne s'est pas fondée sur l'article 92bis, §§ 2 et suivants pour constater l'absence de conclusion d'un accord de coopération obligatoire – ce qui est logique puisque la matière n'y est pas énumérée. En imposant la conclusion d'un accord de coopération par les parties concernées, la Cour constitutionnelle a fait œuvre créatrice dans sa jurisprudence. La question de savoir si une approche dite « topique-problématisante »¹³⁸ a pu mener la Cour à cette décision reste ouverte – vu le secret des délibérés en vigueur en son sein¹³⁹. Nous avons pu relever plus haut que certaines décisions pouvaient paraître contradictoires tant dans leurs motifs que dans leurs dispositifs¹⁴⁰. Certains juges de la Cour ont déjà marqué – de manière plus ou moins explicite – leur intérêt à l'égard d'une approche topique-problématisante¹⁴¹. Il convient de relativiser quelque peu la portée d'une approche largement conséquentialiste. En effet, cette approche ne peut faire abstraction de ce que la société belge n'est « pas aussi consensuelle que le présuppose la méthode topique-problématisante »¹⁴². Oserions-nous écrire, tout particulièrement en matière de répartition des compétences ?

4.3. Le droit européen : un outil parmi d'autres dans une approche conséquentialiste

On peut s'interroger sur le rôle que le droit européen a pu jouer dans le raisonnement tenu par la Cour constitutionnelle. Dans l'arrêt *Télécommunications*, la Cour constate la violation du principe de proportionnalité lorsque le législateur a réglé unilatéralement la compétence du régulateur de télécommunications alors que les compétences de l'État et des communautés sont devenues à ce point imbriquées par suite de l'évolution technologique. Par conséquent, l'obligation positive de coopération est corrélative à la violation du principe de proportionnalité inhérent à tout exercice de compétences. De manière surprenante, ce principe n'a pas été invoqué dans l'arrêt *Emissions de gaz à effet de*

138 Cette approche consiste à « réduire les règles de droit à un matériau dans lequel [les juges constitutionnels] puiseraient librement les points de vue qu'ils considèrent pertinents pour résoudre les problèmes auxquels ils sont confrontés » (H. DUMONT et C. HOREVOETS, « III. Les buts de l'interprétation des droits fondamentaux », in *Les droits constitutionnels en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 202). Pour approfondir la question, vu l'absence d'ouvrage de référence en droit belge à l'heure actuelle, il est renvoyé à la thèse très complète de S. Salles qui explore la question en droit français sous plusieurs angles (S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2016) ; H. DUMONT, X. DELGRANGE, C. ROMAINVILLE et M. VERDUSSEN, « L'interprétation des juges constitutionnels. La politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2018, vol. 2017, n° 33, pp. 165-200.

139 Ceci, contrairement, par exemple, à la tradition en cours à la Cour suprême américaine, laquelle publie les opinions dissidentes de juges.

140 Comp. C.C., arrêt n° 33/2011 du 2 mars 2011 ; C.C., arrêt n° 98/2013 du 9 juillet 2013.

141 F. DELPÉRE, « Entretien avec MM. Alex Arts et Michel Melchior, Présidents à la Cour d'Arbitrage de Belgique », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 12, mai 2002, part. pp. 9-10, consultable sur <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/891/pdf> (consulté le 18 novembre 2018). À ce sujet, A. Arts a pu déclarer que « [il] y a des arrêts qui ont été rendus sur les conflits de compétence entre l'État, les communautés et les régions. Ils ont été très difficiles à obtenir. Ce sont des arrêts de nécessité politique ». Anticipant quelque peu les arrêts de répartition des compétences en matière de télécommunications, M. Melchior souligne que « [n]ous avons, dès le départ [en tant que juges constitutionnels], insisté très nettement sur la répartition exclusive des compétences de l'État fédéral, des communautés et des régions. Il me semble que la jurisprudence actuelle montre que les frontières sont peut-être moins étanches qu'il ne pouvait paraître au départ ».

142 H. DUMONT et C. HOREVOETS, « III. Les buts de l'interprétation des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 203.

serre. Dans cet arrêt, la Cour s'est bornée à invoquer les obligations découlant du droit européen ainsi que la nature transrégionale des émissions de gaz à effet de serre pour imposer une coopération obligatoire aux collectivités concernées. Dans les deux arrêts précités (ainsi que dans les arrêts ultérieurs qui y sont liés), Stef Feyen avance que « l'argumentation de la Cour constitutionnelle est rationalisée par le recours au droit européen » et que, de la sorte, ce dernier est conçu comme un « outil » au service du raisonnement de la Cour¹⁴³. Pour H. Orban, la Cour aurait fait « une simple application des critères européens » à l'instar de la section de législation du Conseil d'État¹⁴⁴. Du reste, il n'est pas certain que la Cour ait nécessairement eu besoin de faire un détour par le droit européen en vue d'imposer la conclusion d'un accord de coopération¹⁴⁵.

Conclusion

Suivant l'approche prônée par Toon Moonen, on clôturera cette étude en considérant que le droit de l'Union européenne constitue une des ressources parmi d'autres à disposition des juges constitutionnels pour apprécier la répartition des compétences au plan interne¹⁴⁶. La fréquence de l'utilisation de cette ressource, comme sa portée et son impact, restent néanmoins instables, comme du reste l'a montré Stef Feyen dans ses travaux¹⁴⁷.

En particulier, il n'est pas possible d'écrire avec certitude, au terme de cette étude provisoire de l'impact du droit européen sur la répartition des compétences, si le droit de l'Union européenne a réellement un effet centripète dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

Plusieurs outils sont en effet à la disposition du juge belge pour contrer cet éventuel effet centripète : l'indisponibilité des compétences, l'exclusion des situations purement internes du champ d'application des libertés de circulation, le refus de poser une question préjudicielle motivé par la force de l'évidence d'une jurisprudence européenne qui ne laisse place à aucun doute raisonnable.

Dans certains cas néanmoins, l'effet centripète du droit de l'Union européenne s'est fait ressentir : lorsque la matière ne peut plus se prêter à un

143 S. FEYEN, « De constitutionele dogmatiek voorbij », *C.P.D.K.*, 2014/1, p. 38.

144 H. ORBAN, « Les accords de coopération obligatoires. Les nouvelles obligations dégagées par la Cour constitutionnelle », *R.B.D.C.*, 2011, p. 20, citant C.E., avis n° 33.255/4, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2001-2002, n° 50-1937/1, pp. 56-57.

145 Par exemple, le principe de loyauté fédérale, récemment remis au centre de discussions doctrinales, aurait pu amener la Cour à exiger un comportement positif de la part du législateur. Notons, pour le surplus, que la Cour constitutionnelle est devenue formellement compétente pour connaître de la violation du principe de la loyauté fédérale depuis la Sixième Réforme de l'État (art. 1^{er} de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle), laquelle est intervenue postérieurement aux arrêts commentés. Voy. not. P. DERMINE et S. VANDENBOSCH, « La loyauté fédérale dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », cet ouvrage, pp. 109-126 ; A.-C. RASSON, « Le principe du "vivre ensemble" belge : une épopée constitutionnelle », *C.D.P.K.*, 2012, pp. 25-75.

146 T. MOONEN, *De Keuzes van het Grondwettelijk Hof. Argumenten bij de interpretatie van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2015 ; du même auteur, « De keuzes van het Grondwettelijk Hof : argumenten bij de interpretatie van de Grondwet », *Rechtskundig Weekblad*, 2015-2016, n° 26, pp. 1003-1021.

147 S. FEYEN, « De constitutionele dogmatiek voorbij », *op. cit.*

règlement différencié, ou lorsque la mise en œuvre d'une compétence par une entité fédérée implique une violation potentielle de la liberté de circulation de ressortissants d'autres États membres de l'Union.

De la même manière, on ne peut écrire avec une parfaite certitude que le droit de l'Union européenne constitue un exutoire aux tensions communautaires pour temporiser ces tensions, vu le nombre de décisions très chargées au plan communautaire dans lesquelles la Cour a refusé d'opérer un renvoi préjudiciel.

Le droit de l'Union européenne paraît jouer un rôle dans la jurisprudence, mais il reste malaisé de déterminer avec assurance lequel. Des travaux de recherche ultérieurs seraient les bienvenus pour déterminer cet effet avec précision, corrélativement à un éclairage plus large et interdisciplinaire¹⁴⁸.

Alicia PASTOR

Gautier ROLLAND

Céline ROMAINVILLE

148 D'un point de vue de la science politique, J. BREYERS et P. BURSSENS ont étudié comment l'« européanisation », prise au sens large, reconfigure la nature du fédéralisme belge. Ils en ont tiré des résultats empiriques contrastés, voire contradictoires. Ceux-ci mettent en avant, tantôt le renforcement de la coopération entre collectivités ainsi que la réaffirmation et la transformation de la collectivité fédérale, tantôt la décentralisation accrue en raison de l'intégration économique européenne. J. BREYERS et P. BURSSENS, « How Europe Shapes the Nature of the Belgian Federation : Differentiated EU Impact Triggers Both Co-operation and Decentralization », *Regional & Federal Studies*, 2013, pp. 271-291.