

La « discrimination à rebours » au sein du marché intérieur : une illégalité qu'il ne faut pas voir au niveau européen ?

Pieter VAN CLEYNENBREUGEL

Chargé de cours en droit matériel européen
Faculté de droit, de science politique et de criminologie
Université de Liège

◆ TABLE DES MATIÈRES ◆

1. Introduction	153
2. De situations purement internes à des « discriminations à rebours » ?	154
A. La reconnaissance des situations purement internes	155
B. Les « discriminations à rebours » ?	157
3. Une illégalité qu'il ne faut voir qu'accidentellement ?	159
4. Conclusion	162



I. INTRODUCTION

Les dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) garantissant le bon fonctionnement du marché intérieur interdisent les restrictions réglementaires à la libre circulation transfrontalière des marchandises, personnes, services et capitaux⁽¹⁾. Ne s'étendant pas à des restrictions de

⁽¹⁾ Les dispositions suivantes bénéficient de l'effet direct et peuvent dès lors être invoquées dans le cadre de litiges devant toute juridiction des États membres. Premièrement, l'article 30 TFUE garantit l'abolition des droits de douanes et des taxes d'effet équivalent au sein du marché intérieur ; deuxièmement, les articles 34 et 35 TFUE interdisent les restrictions quantitatives et mesures équivalentes à de telles restrictions entre les États membres ; troisièmement, l'article 45 TFUE interdit les

circulation à l'intérieur d'un État membre, leur application risque de donner naissance à des situations de « discriminations à rebours », dans lesquelles les États membres décident de traiter leurs propres ressortissants moins favorablement que les ressortissants d'autres États membres. La Cour de justice de l'Union européenne a à maintes reprises confirmé qu'une telle « discrimination » n'est qu'une conséquence inévitable du principe d'attribution de compétences limitées à l'Union européenne et ne peut dès lors pas être interdite du point de vue du droit de l'Union européenne (2.). Toutefois, se rendant compte de l'impact potentiellement négatif d'une telle position, la Cour a commencé à proposer quelques démarches visant à diminuer ces effets « discriminatoires à rebours ». Sans les qualifier d'une discrimination explicite et toujours interdite et sans établir leur illégalité, il semble dès lors que la haute juridiction européenne s'engage de plus en plus à voir plus clairement, bien que toujours plutôt accidentellement, l'illégalité des effets « discriminatoires à rebours » du point de vue du droit du marché intérieur (3.). S'inscrivant dans le thème du numéro bicentenaire de notre *Revue* facultaire, cette contribution a pour objectif de résumer tant la jurisprudence de la Cour de justice sur les « discriminations à rebours » que les solutions prétoriennes proposées afin de remédier à de tels effets dits discriminatoires.

2. DE SITUATIONS PUREMENT INTERNES À DES « DISCRIMINATIONS À REBOURS » ?

Pour qu'une situation puisse relever du champ d'application des dispositions du TFUE sur les libertés de circulation, le droit de l'Union européenne requiert la présence d'un élément d'extranéité. Dans la pratique, une telle condition se traduit par la nécessité d'une circulation antérieure ou envisagée entre au moins deux États membres de l'Union. En l'absence d'une telle circulation, le droit du marché intérieur ne s'appliquera pas, car il s'agit de situations purement internes (A). La reconnaissance de telles situations a pour conséquence directe de permettre l'existence de « discriminations à rebours » au sein du marché intérieur (B).

discriminations envers les travailleurs-ressortissants d'un État membre souhaitant travailler dans un autre État membre ; quatrième, l'article 49 TFUE garantit l'accès au marché d'un autre État membre aux indépendants et sociétés ; cinquième, l'article 52 TFUE, pour sa part, rend possible la libre prestation transfrontalière des services ; sixième, l'article 63 TFUE interdit des restrictions à la libre circulation des capitaux entre les États membres et les pays tiers. Pour une analyse plus complète de ces dispositions et de leur impact sur l'autonomie réglementaire des États membres, voy. P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Droit matériel de l'Union européenne – Les libertés de circulation et le marché intérieur*, Coll. de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2017, à paraître.

A. La reconnaissance des situations purement internes

L'Union européenne a été fondée sur le principe d'attribution des compétences. L'article 5, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne (TUE) dispose que « l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres ». À la lumière de ce principe, les traités fondateurs de l'Union européenne n'interdisent qu'explicitement les restrictions quantitatives et les mesures ayant un effet équivalent sur les importations et les exportations entre les États membres – dès lors *d'un État membre vers un autre État membre* – ou sur les mouvements *transnationaux* de capitaux ainsi que les restrictions à un libre établissement ou à une libre prestation de services d'un ressortissant d'un État membre *dans un autre État membre*⁽²⁾. Par contre, les réglementations qui restreignent la libre circulation des marchandises, personnes, services et capitaux au sein d'un seul État membre ne font pas explicitement l'objet de ces dispositions. Il n'est dès lors pas étonnant que la Cour de justice ait reconnu, en interprétant les libertés de circulation, l'existence de situations purement internes échappant au champ d'application du droit du marché intérieur. Quelques illustrations jurisprudentielles permettent de comprendre comment la Cour a développé un tel raisonnement.

Dans le contexte des marchandises, l'arrêt *Leclerc* offre une illustration pertinente de cette tendance. Était en cause dans cette affaire la loi française imposant aux éditeurs ou importateurs de livres de fixer un prix minimum pour la vente de ces livres sur le territoire français – dite loi « Lang ». Quelques établissements de vente de détail s'étaient interrogés sur la compatibilité de ce régime législatif avec la libre circulation des marchandises⁽³⁾. La Cour a établi que ce régime ne violait la libre circulation des marchandises que dans les circonstances où un importateur était tenu de fixer un prix minimum pour un livre non édité en France ou pour un livre édité en France, mais exporté et ensuite réimporté dans le territoire français⁽⁴⁾. Dans toutes les autres situations, le droit de l'Union européenne *n'interdisait pas aux États membres d'édicter une législation selon laquelle le prix de vente au détail des livres devait être fixé*⁽⁵⁾. *Il s'ensuit que les réglementations de prix ne visant que les livres édités et distribués en France échappent du champ d'application de l'interdiction de l'article 34 TFUE, couvrant une situation purement interne à un État membre spécifique.*

Dans le domaine de la libre circulation des personnes, la Cour a reconnu encore plus directement qu'un ressortissant sédentaire d'un État membre ne

(2) Nous soulignons.

(3) C.J.U.E., *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc et autres c. SARL « Au blé vert » et autres*, 229/83, EU:C:1985:1 (*Leclerc*), points 2-4.

(4) *Leclerc*, points 26-27.

(5) *Leclerc*, point 25.

pouvait pas s'appuyer sur les libertés de circulation afin de contester une mesure réglementaire applicable dans son État d'établissement⁽⁶⁾. L'arrêt *Saunders* est encore plus explicite : la Cour de justice y a statué que « si les droits reconnus aux travailleurs par l'article [45 TFUE, garantissant la libre circulation des travailleurs] peuvent amener les États membres à modifier, le cas échéant, leur législation, même à l'égard de leurs propres ressortissants, cette disposition ne vise cependant pas à limiter la compétence des États membres de prévoir des restrictions, sur leur propre territoire, à la libre circulation de toutes personnes relevant de leur juridiction, en exécution des lois pénales nationales. [...] Les dispositions du traité en matière de libre circulation des travailleurs ne sauraient donc être appliquées à des situations purement internes à un État membre, c'est-à-dire en l'absence de tout facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit communautaire »⁽⁷⁾ et dont l'ensemble des éléments pertinents se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre⁽⁸⁾.

Plus récemment, la Cour a confirmé que « tout ressortissant de l'Union, indépendamment de son lieu de résidence et de sa nationalité, qui a fait usage du droit à la libre circulation et qui a exercé une activité professionnelle dans un autre État membre relève du champ d'application des dispositions sur le marché intérieur »⁽⁹⁾, lorsqu'il est touché par une mesure l'empêchant de se rétablir dans son pays d'origine⁽¹⁰⁾. A contrario, les ressortissants d'un État membre qui n'ont jamais exercé leur liberté de circuler à l'intérieur de l'Union européenne

⁽⁶⁾ Voy. l'arrêt *Knoors*, C.J.U.E., *J. Knoors c. Staatssecretaris van Economische Zaken*, 115/78, EU:C:1979:31, point 22 : « le traité ne considère pas comme bénéficiaires des mesures de libération prévues les ressortissants de l'État d'accueil et que ceux-ci resteraient donc soumis entièrement aux dispositions de leur législation nationale ». Pour une analyse très complète de cette jurisprudence jusqu'à 2004, voy. F. PICOD, « Libre circulation et situation interne », R.A.E., 2003-2004, 47-54. Voy. également R.-E. PAPADOPOULOU, « Situations purement internes et droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant ? », C.D.E., 2002, 95-129.

⁽⁷⁾ Cette définition a été utilisée comme telle notamment dans les affaires C.J.U.E., *La Reine c. Vera Ann Saunders*, 175/78, EU:C:1979:88, points 10-11 ; C.J.U.E., *Procédure pénale c. Guy Bekaert*, 204/87, EU:C:1988:192, point 11 ; C.J.U.E., *Procédures pénales c. Eleonora Nino e.a.*, aff. jtes C-54/88, C-91/88 et C-14/89, EU:C:1990:340, point 10 ; C.J.U.E., *Openbaar Ministerie c. Geert Van Buynder*, C-152/94, EU:C:1995:388, point 10 ; C.J.U.E., *Denis Gervais, Jean-Louis Nougaillon, Christian Carrard, Bernard Horgue*, C-17/94, EU:C:1995:422, point 25.

⁽⁸⁾ Cette clarification a, depuis lors, été ajoutée à la définition classique utilisée depuis l'arrêt *Saunders*, C.J.U.E., *Volker Steen v Deutsche Bundespost*, C-332/90, EU:C:1992:40, point 9 ; C.J.U.E., *Unità Socio-Sanitaria Locale n° 47 di Biella (USSL) v Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, C-134/95, EU:C:1997:16, point 19 ; C.J.U.E., *Uecker et Jacquet*, aff. jtes C-64/96 et C-65/96, EU:C:1997:285, point 16 ; C.J.U.E., *Kapasakalis e.a.*, aff. jtes C-225/95 à C-227/95, EU:C:1998:332, point 22 ; C.J.U.E., *RI.SAN.*, C-108/98, EU:C:1999:400, point 23 ; C.J.U.E., *Jägerskiöld*, C-97/98, EU:C:1999:515, point 42.

⁽⁹⁾ Voy. à cet égard, C.J.U.E., *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, C-212/06, EU:C:2008:178, point 34.

⁽¹⁰⁾ M. WATHELET et M. BOURGEOIS remettent en question la clarté apparente de cette condition : voy. M. WATHELET et M. BOURGEOIS, avec la collaboration de J. WILDEMEERSCH, « Situations purement internes, discriminations à rebours et fiscalité », R.G.C.F., 2011, p. 480.

ne peuvent invoquer les dispositions du TFUE relatives au marché intérieur vis-à-vis des réglementations qui restreignent leurs droits de circulation à l'intérieur d'un État membre⁽¹¹⁾. De telles réglementations ne viseraient que des situations purement internes échappant au champ d'application du droit du marché intérieur.

Cette jurisprudence plus récente nous permet de conclure que les dispositions du TFUE ne s'appliquent toujours pas directement à des situations purement internes⁽¹²⁾. En l'absence de mesures d'harmonisation prises au niveau de l'Union européenne, les États membres restent dès lors seuls habilités à remédier à ces situations jusqu'à ce que le législateur de l'Union intervienne lui-même⁽¹³⁾. Une intervention réglementaire à l'encontre des situations discriminatoires infra-étatiques⁽¹⁴⁾, par le biais de règlements ou directives européennes, n'est pourtant pas imposée par le TFUE⁽¹⁵⁾.

B. Les « discriminations à rebours » ?

La distinction faite par la Cour de justice entre situations transfrontalières et purement internes peut avoir des conséquences imprévues sur l'application des réglementations étatiques considérées comme restreignant les libertés de circulation. D'une part, des individus ou entreprises relevant du droit de l'Union européenne seront libérés de l'application d'une réglementation étatique entra-

⁽¹¹⁾ C.J.U.E., *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, C-212/06, EU:C:2008:178, point 33.

⁽¹²⁾ Pour des illustrations très récentes, voy. C.J.U.E., *Omalet*, C-245/09, EU:C:2010:808, point 12; C.J.U.E., *Tudoran*, C-92/14, EU:C:2014:2051, point 37; C.J.U.E., *Fernand Ullens de Schooten c. État belge*, C-268/15, EU:C:2016:874, point 39; C.J.U.E., *Security Service Srl, Il Camaleonte Srl, Vigilanza Privata Turrus Srl c. Ministero dell'Interno ou Questura di Napoli, Questura di Roma*, aff. jtes C-692/15 à C-694/15, EU:C:2016:344, point 27.

⁽¹³⁾ Une perspective nationale belge a été offerte récemment par T. BOMBOIS, « La discrimination à rebours et son appréhension par la Cour constitutionnelle belge », in N. CARIAT et J. NOWAK (éds), *Le droit de l'Union européenne et le juge belge / Het recht van de Europese Unie en de Belgische rechter*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 369 et s.

⁽¹⁴⁾ Dans le contexte de la sécurité sociale, la Cour a confirmé dans son arrêt 1/78, *Kenny*, EU:C:1978:140, point 20, que le champ d'application des dispositions d'un règlement de coordination s'étend aux situations purement internes.

⁽¹⁵⁾ À titre d'exemple, l'article 114 TFUE autorise l'adoption des mesures harmonisant les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres ayant pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. Cette disposition permet également d'aller à l'encontre des restrictions hypothétiques qui peuvent être entièrement intérieures à un État membre; toutefois, elle ne l'impose pas. *Contra*: voy. T. BOMBOIS, *op. cit.*, n° 13, p. 350, qui nous explique qu'« il convient de déterminer si ce législateur n'a pas méconnu le principe d'égalité, consacré au sein de l'Union, en s'abstenant d'étendre à cette seconde catégorie de situations, la réglementation applicable à la première »; sur l'étendue des compétences réglementaires basées sur l'article 114 TFUE, voy. S. WEATHERILL, « The Limits of Legislative Harmonization Ten Years after *Tobacco Advertising*: How the Court's Case Law has become a "Drafting Guide" », *12 German Law Journal* (2011), 827-864.

vant la libre circulation. D'autre part, les ressortissants, marchandises ou capitaux « sédentaires » qui ne relèvent pas de ce champ d'application resteront soumis à cette réglementation, jusqu'à ce que l'État membre la supprime. Il peut dès lors en résulter, comme l'a remarqué le professeur Koen Lenaerts, que les États membres traitent « leurs propres ressortissants ou des situations nationales d'une manière moins favorable que les ressortissants d'autres États membres ou que des situations qui trouvent leur origine dans d'autres États membres »⁽¹⁶⁾. Du point de vue du droit de l'Union, cette différence est parfaitement justifiable. En effet, en l'absence des réglementations européennes gouvernant des situations purement internes⁽¹⁷⁾, un ressortissant sédentaire ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union européenne, tandis qu'un ressortissant qui a circulé au-delà des frontières étatiques se trouve, selon la Cour, dans une situation justifiant un traitement différent sur la base du droit de l'Union européenne. En doctrine, une telle situation défavorisant les ressortissants ou marchandises sédentaires a été considérée comme une « discrimination à rebours », car deux situations similaires – à savoir deux ressortissants assujettis à une même réglementation nationale – sont traitées de façon différente sans aucune justification convaincante⁽¹⁸⁾. À plusieurs reprises, la doctrine⁽¹⁹⁾ et notamment l'avocat général Sharpston⁽²⁰⁾ ont critiqué cette différence de traitement, invitant la Cour à interdire une telle discrimination incompatible avec les objectifs et les principes fondateurs du droit de l'Union européenne⁽²¹⁾.

Or, vu que les situations purement internes échappent au champ d'application du droit du marché intérieur, la question de discrimination échappe également aux pouvoirs d'interprétation de la Cour de justice. Une telle question relève plutôt du droit interne d'un État membre et doit être répondue à ce niveau⁽²²⁾. Il s'ensuit que, du point de vue du droit du marché intérieur européen, la « discrimination à rebours » ne pose aucun problème de légalité. Puisque ces situations échappent au champ d'application du droit de l'Union européenne, les droits fondamentaux que les institutions européennes sont

⁽¹⁶⁾ K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples », *C.D.E.*, 1991, p. 17.

⁽¹⁷⁾ *Op. cit.*, n° 15.

⁽¹⁸⁾ Voy. T. BOMBOIS, *op. cit.*, n° 13, p. 344 ; V. VERBIST, « Omgekeerde discriminatie en de Belgische rechtsorde: op zoek naar een standpunt? », in A. ALEN et J. THEUNIS (éds), *Leuense staatsrechtelijke standpunten* 3, Bruges, die Keure, 2012, pp. 399-424.

⁽¹⁹⁾ Voy. not. déjà en 1978 : D. WYATT, « Social security benefits and discrimination by a Member State against its own nationals », *European Law Review*, 1978, pp. 488-494.

⁽²⁰⁾ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, C-212/06, EU:C:2007:398, points 154-156 ; voy. également les conclusions dans l'affaire *Ruiz Zambrano*, C-34/09, ECLI:EU:C:2010:560, point 139.

⁽²¹⁾ Voy. A. TRYFONIDOU, « Reverse Discrimination in Purely Internal Situations: An Incongruity in a Citizens' Europe », *Legal Issues of Economic Integration*, 2008, 43-67.

⁽²²⁾ C.J.U.E., *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, C-212/06, EU:C:2008:178, point 39.

tenues de respecter, y inclus les principes d'égalité et de non-discrimination⁽²³⁾, ne peuvent pas non plus intervenir dans de telles situations. Comme la Cour l'a affirmé dans son arrêt *Akerberg Fransson*, « les droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union ont vocation à être appliqués dans toutes les situations régies par le droit de l'Union, *mais pas en dehors de telles situations*. C'est dans cette mesure que la Cour a déjà rappelé qu'elle ne peut apprécier, au regard de la Charte, une réglementation nationale qui ne se situe pas dans le cadre du droit de l'Union »⁽²⁴⁾. Dans un tel cas, les droits fondamentaux reconnus et applicables au niveau de l'État membre – dans la Constitution nationale et la Convention européenne sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales (CEDH) – seront appelés à déterminer la légalité d'une discrimination à rebours⁽²⁵⁾. Le droit de l'Union européenne, pour sa part, ne peut dès lors répondre à cette question. Cette question a été abordée plus directement dans la jurisprudence des cours constitutionnelles des États membres ; toutefois, leur jurisprudence ne permet pas de déduire une position unique et cohérente quant à la légalité des discriminations à rebours liées au marché intérieur européen au travers des différents ordres juridiques nationaux⁽²⁶⁾.

3. UNE ILLÉGALITÉ QU'IL NE FAUT VOIR QU'ACCIDENTELLEMENT ?

Souhaitant éviter les incohérences entre les situations transfrontalières relevant du champ d'application du droit du marché intérieur et les situations purement internes, la Cour est parvenue à s'attaquer indirectement aux « discriminations à rebours ». Sans pourtant vouloir s'écarter pleinement de sa jurisprudence relative aux « situations purement internes », la Cour de justice a proposé trois démarches qui visent à imposer une interprétation plus restrictive de la notion de « situation purement interne ».

Premièrement, dans le contexte de l'organisation de l'union douanière, compétence attribuée exclusivement à l'Union européenne⁽²⁷⁾, la Cour a reconnu qu'une frontière infra-étatique – par exemple une frontière entre deux collectivités territoriales d'un même État – équivaut à une frontière natio-

⁽²³⁾ Articles 20 et 21 de la Charte de droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.*, 26 octobre 2012, C-326/391.

⁽²⁴⁾ C.J.U.E., *Aklagaren c Akerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, point 19.

⁽²⁵⁾ Pour un exemple récent du Conseil constitutionnel français, voy. décision n° 2015-520 du 3 février 2016, disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2016/2015-520-qpc/references-doctrinales.147039.html>; voy. également A. ROBLOT-TROIZIER, « Transposer ou ne pas transposer une directive ? Telle est la question – Jurisprudence française », *Revue française de droit administratif*, mai-juin 2016, pp. 597-602.

⁽²⁶⁾ Pour une analyse des rapports entre les droits de l'Union européenne et national, voy. C. DAUTRICOURT et S. THOMAS, « Reverse discrimination and free movement of persons under Community law: all for Ulysses, nothing for Penelope? », *European Law Review*, 2009, 433-454.

⁽²⁷⁾ Article 3, paragraphe 1^{er}, point 1, TFUE.

nale dans le contexte des restrictions tarifaires imposées à des marchandises. Il convient de rappeler que l'article 30 TFUE requiert l'abolition des droits de douane et de toute taxe équivalant à un tel droit⁽²⁸⁾. Une telle taxe, par sa nature et sa teneur, affecte le commerce entre les États membres, même si la taxe en cause ne frappe qu'une catégorie précise de marchandises destinées à d'autres collectivités territoriales au sein du même État membre⁽²⁹⁾. Il semble dès lors que la Cour ne tolère plus les « situations purement internes » dans le contexte des droits de douane perçus à l'occasion du franchissement d'une frontière intérieure à un État membre.

Deuxièmement, au-delà de l'union douanière, la Cour s'est également montrée soucieuse des effets « discriminatoires à rebours » dans son interprétation des dispositions du TFUE garantissant les libertés de circulation. Dans ses arrêts *Pistre* et, plus récemment, *Sokoll-Seebacher* ou *Itevelesa*, la haute juridiction européenne a accepté⁽³⁰⁾, dans le contexte de la procédure du renvoi préjudiciel, d'interpréter le droit du marché intérieur même si les faits du litige sous-tendant la question préjudicielle se cantonnaient à un seul État membre⁽³¹⁾. En proposant des interprétations du droit de l'Union européenne dans des situations de fait « purement internes », la Cour invite implicitement les juridictions nationales à appliquer le droit du marché intérieur dans le contexte « purement interne » du litige en cause, afin d'éviter le maintien d'une distinction artificielle entre situations transfrontalières et purement internes dans l'application de la réglementation nationale en cause. Cette invitation jurisprudentielle fait appel à la sensibilité du juge national, qui ne reste tenu d'interpréter son droit national conformément au droit du marché intérieur que dans les situations transfrontalières.

Troisièmement, la Cour a accepté, dans des cas exceptionnels, que les faits sous-tendant une question préjudicielle soient de nature « transfrontalière », même si, à première vue, il s'agit d'une situation purement interne. L'arrêt dans la notoire affaire *Ruiz Zambrano* en constitue le meilleur exemple⁽³²⁾. Même

⁽²⁸⁾ C.J.U.E., *René Lancry SA v Direction Générale des Douanes and Société Dindar Confort, Christian Ab-Son, Paul Chevassus-Marche, Société Conforéunion and Société Dindar Autos c. Conseil Régional de la Réunion and Direction Régionale des Douanes de la Réunion*, aff. jtes C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-409/93, C-410/93 et C-411/93, EU:C:1994:315, point 29.

⁽²⁹⁾ C.J.U.E., *Jersey Produce Marketing Organisation Ltd c. States of Jersey et Jersey Potato Export Marketing Board*, C-293/02, EU:C:2005:664, point 65 ; C.J.U.E., *Administration des douanes et droits indirects c. Léopold Legros et autres*, C-163/90, EU:C:1992:326, point 18.

⁽³⁰⁾ C.J.U.E., *Procédure pénale c. Jacques Pistre, Michèle Barthes, Yves Milhau et Didier Oberti*, aff. jtes C-321/94, C-322/94, C-323/94 et C-324/94, EU:C:1997:229, point 44 ; C.J.U.E., *Sokoll Seebacher*, C-367/12, EU:C:2014:68, point 10 ; C.J.U.E., *Itevelesa*, C-168/14, EU:C:2015:685, point 35.

⁽³¹⁾ Voy. R.-E. PAPADOPOULOU, *op. cit.*, n° 6, p. 106 ; voy. également M. WATHELET et M. BOURGEOIS, *avec la collaboration de J. WILDEMEERSCH, op. cit.*, n° 10, p. 468.

⁽³²⁾ Sur cette affaire, voy. S. PLATON, « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts *Zambrano*, *McCarthy* et *Dereci*. De la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure », *RTD eur.*, 2012, pp. 23 et s. ; N. CAMBIEN, « The Scope of EU Law in Recent ECJ Case Law :

si les enfants Zambrano n'avaient jamais utilisé leurs droits de circulation, leur éloignement potentiel du territoire belge vers la Colombie suffirait à les empêcher de bénéficier de la jouissance effective des droits de circulation attachés au statut de citoyen européen⁽³³⁾. Une telle situation dans les faits suffirait dès lors pour que le litige en cause revête un caractère transfrontalier. Comme la jurisprudence postérieure à cet arrêt a pu nous le confirmer, la Cour n'accepte une telle situation qu'exceptionnellement, en cas d'éloignement du territoire de tout État membre de l'Union européenne. En elle-même, cette jurisprudence n'empêchera donc pas le maintien des effets « discriminatoires à rebours » issus de la non-application des dispositions supranationales vis-à-vis des ressortissants sédentaires. La citoyenneté européenne n'a pas pour objectif d'étendre le champ d'application des compétences de l'Union européenne⁽³⁴⁾. Il s'ensuit que, contrairement à la thèse défendue notamment dans la doctrine anglophone⁽³⁵⁾, les droits de séjour accordés aux citoyens européens n'imposent aucune obligation à l'Union européenne ou à ses États membres de remédier à toute discrimination à rebours découlant de l'application des dispositions du TFUE sur la libre circulation des personnes. Le champ d'application de l'arrêt *Zambrano* et son impact sur les situations purement internes sont dès lors fortement limités dans la pratique⁽³⁶⁾.

Ces démarches jurisprudentielles démontrent surtout que la Cour se rend compte des effets discriminatoires à rebours que peut entraîner l'application du droit de l'Union européenne et interprète la notion de « situation purement interne » de façon de plus en plus restrictive. Toutefois, ces interprétations jurisprudentielles ne permettent toujours pas de directement remettre en question la légalité principale des effets « discriminatoires à rebours » découlant de l'existence de telles situations. La position principale de la Cour reste dès lors que le traitement différent d'une situation purement interne relève d'un choix du législateur national, auquel il incombera de remédier aux conséquences potentiellement discriminatoires à rebours de la législation nationale⁽³⁷⁾. Il s'agit dès lors toujours d'une illégalité que la Cour, soucieuse des principes juridiques

Reversing 'Reverse Discrimination' or Aggravating Inequalities? », *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2012, pp. 127 et s.

⁽³³⁾ C.J.U.E., *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*, C-34/09, EU:C:2011:124, points 42-43.

⁽³⁴⁾ C.J.U.E., *Uecker et Jacquet, aff. jtes C-64/96 et C-65/96*, EU:C:1997:285, point 23.

⁽³⁵⁾ Notamment par A. TRYFONIDOU, *op. cit.*, n° 21.

⁽³⁶⁾ À cet égard, les arrêts *McCarthy* et *Dereci* ont limité le champ d'application de l'arrêt *Zambrano* à des situations dans lesquelles la jouissance effective des droits de séjour attachés au statut de citoyen européen était mise en péril à cause d'un éloignement du territoire du marché intérieur, C.J.U.E., *Shirley McCarthy c Secretary of State for the Home Department*, C-434/09, EU:C:2011:277, point 49; C.J.U.E., *Murat Dereci et autres c. Bundesministerium für Inneres*, C-256/11, EU:C:2011:734, point 74.

⁽³⁷⁾ Sur la question de savoir si une telle division est toujours viable, voy. P. VAN ELSUWEGE, « The Phenomenon of Reverse Discrimination: An Anomaly in the European Constitutional Order? », L. ROSSI et F. CASOLARI (éds), *The EU after Lisbon*, Heidelberg, Springer, 2014, pp. 161 et s.

fondateurs de l'Union tels que l'attribution des compétences et la subsidiarité des interventions supranationales, ne peut – ou ne veut – pas reconnaître ou voir plus clairement au niveau supranational, malgré la promesse politique de l'Union de promouvoir le progrès économique et social de ses peuples, les ressortissants « sédentaires » y inclus⁽³⁸⁾.

4. CONCLUSION

Les dispositions du TFUE sur les libertés de circulation au sein du marché intérieur ont permis la mise en œuvre d'une jurisprudence sur les situations purement internes échappant au champ d'application du droit de l'Union européenne. Dans sa jurisprudence, la Cour a confirmé, à maintes reprises, la légalité des effets « discriminatoires à rebours » résultant des traitements différents des situations transfrontalières et purement internes. Toutefois, se rendant de plus en plus compte des conséquences néfastes d'une telle jurisprudence, elle a proposé trois démarches juridiques visant à interpréter plus restrictivement la notion de « situation purement interne » et à diminuer les potentiels effets discriminatoires. Ces démarches ne remettent pourtant pas directement en cause la jurisprudence antérieure confirmant l'existence des « situations purement internes » aboutissant potentiellement à des effets « discriminatoires à rebours » au sein du marché intérieur. Il s'ensuit que ces discriminations à rebours ne constituent toujours pas des illégalités clairement vues et, par conséquent, interdites par la jurisprudence européenne.

⁽³⁸⁾ Voy. le considérant 9 des préambules du Traité sur l'Union européenne (TUE).