

laquelle les Etats membres examinent les mesures applicables en vue de résoudre le problème du bruit dans un aéroport situé sur leur territoire »; prise en considération, par les autorités qui envisagent d'introduire des restrictions d'exploitation¹⁷, des « coûts et avantages que sont susceptibles d'engendrer les différentes mesures applicables »; principe selon lequel les mesures prises en vertu de la directive « ne sont pas plus restrictives que ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif environnemental défini pour un aéroport donné ».

De manière plus spécifique, la directive 2002/30/CE prévoit que, « lorsqu'une décision relative aux restrictions d'exploitation est envisagée, il est tenu compte des informations visées à l'annexe II, dans la mesure où cela est approprié et possible »¹⁸. Du contenu de l'annexe II, il résulte qu'est requise une étude identifiant et évaluant, tout particulièrement, l'impact de l'adoption, ou de l'absence d'adoption, des mesures envisagées du point de vue de la pollution sonore, ainsi que le coût ou le rapport coût/bénéfice de ces mesures ou de leur absence. Il s'agit donc, en substance, d'évaluer les incidences de la décision de restriction d'exploitation envisagée, mais l'objet de cette évaluation est à la fois moins étendu et plus large que celui d'une évaluation des incidences sur l'environnement : d'une part, seul le problème du bruit est à envisager; d'autre part, l'évaluation ne se limite pas à des considérations environnementales.

Le législateur communautaire a prévu une disposition tendant à régler les rapports entre l'évaluation prescrite par la directive 2002/30/CE et celle qui est réalisée pour un projet aéroportuaire en application de la directive 85/337/CEE : l'article 5, § 2, de la directive 2002/30/CE précise qu'une évaluation effectuée conformément à la directive 85/337/CEE « est considérée comme satisfaisant » aux dispositions de la directive 2002/30/CE, mais seulement « à condition que l'évaluation ait tenu compte, dans la mesure du possible, des informations visées à l'annexe II de la présente directive ».

Toute la difficulté est évidemment de concilier des préoccupations de nature différente — environnementales d'un côté, et économiques de l'autre — susceptibles d'entrer en conflit. Le risque existe, à cet égard, que le régime d'évaluation mis en place par la directive 2002/30/CE ne conduise, de facto, à affaiblir la place des préoccupations spécifiquement environnementales lors de la procédure d'adoption de décisions relatives au développement d'activités aéroportuaires.

La recherche de garanties procédurales assurant le « juste équilibre entre les divers intérêts concurrents en jeu », pour reprendre l'expression utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme, est nécessaire, mais pas chose aisée...

Benoît JADOT(*)

(17) Cette expression désigne « une mesure liée au bruit qui limite ou réduit l'accès des avions à réaction subsoniques civils à un aéroport », ce qui peut notamment viser une mesure limitant les périodes d'exploitation de l'aéroport.

(18) Cette obligation ne s'applique cependant à des « restrictions d'exploitation déjà en vigueur », définies par l'article 7 de la directive.

(*) L'auteur est premier auditeur c.s. au Conseil d'Etat de Belgique et chargé d'enseignement aux Facultés universitaires Saint-Louis. Il peut être joint à l'adresse suivante : benoit.jadot@raadadvst-consetat.be.

Arrêt « Doulamis » : concurrence et publicités relatives aux soins de santé

UNE LÉGISLATION NATIONALE interdisant toute publicité relative aux prestations de soins de santé n'est pas contraire au droit communautaire de la concurrence.

Dans l'affaire *Doulamis*¹, la Cour était saisie à titre préjudiciel de la compatibilité de certaines dispositions de la loi belge du 15 avril 1958 relative à la publicité en matière de soins dentaires. M. Doulamis, qui avait fait insérer dans l'annuaire Belgacom deux encarts publicitaires relatifs respectivement au laboratoire et à la clinique dentaire dont il est propriétaire, fit l'objet de poursuites pénales pour contravention à l'interdiction générale de toute publicité pour des soins dentaires édictée par la loi précitée. Curieusement, il semble que le juge pénal n'ait pas interrogé la Cour sur la compatibilité de cette loi avec les dispositions du Traité sur la libre prestation de services, mais avec celles sur la concurrence.

En raison de cette particularité de la question posée, l'arrêt rapporté aurait pu constituer un requiem pour l'article 3, § 1^{er}, g, CE, cet article aux termes duquel, dans le marché intérieur, la concurrence est « libre et non faussée ». Cette disposition, qui date du Traité de Rome, a, on s'en souvient, été redécouverte avec pertes et fracas lors du référendum français sur le Traité constitutionnel. Les erreurs — volontaires ou non — sur l'exacte portée de ce texte ont d'ailleurs peut-être été pour quelque chose dans le « non » français. Dès lors, il est intéressant de noter que l'arrêt *Doulamis* éclaire précisément cette portée, qui apparaît des plus limitées (1). Là n'est cependant pas son seul intérêt. En effet, en déclinant l'invitation de son avocat général à examiner l'affaire sous l'angle de la liberté de prestations de services (2), la Cour rend un arrêt qui soulève plusieurs questions relatives à l'office du juge communautaire statuant à titre préjudiciel (3).

1

La portée limitée du principe de concurrence libre et non faussée

L'argumentation déployée par le juge belge pour faire le lien entre l'affaire au principal et le principe de concurrence libre et non faussée ne manquait pas d'ingéniosité. En substance, elle revenait à analyser la loi belge sur l'interdiction

de toute publicité pour des services médicaux comme une restriction à la concurrence que sont susceptibles de se livrer, par exemple, les cliniques ou les laboratoires dentaires. Sans doute, d'un point de vue commercial, cette observation est-elle frappée au coin du bon sens. Une entreprise, quelle qu'elle soit, est certainement privée d'un moyen d'action concurrentielle si elle ne peut vanter ses services au public. En ce sens, l'interdiction légale de toute publicité restreint la concurrence. De là à dire qu'elle viole les dispositions du Traité relatives à la concurrence, il y a cependant un pas que la Cour ne franchit pas.

Au risque de surprendre ceux qui ont fait campagne en présentant le principe de concurrence libre et non faussée comme l'instrument qui permettrait à l'Europe d'être le fossoyeur des services publics, y compris des services de santé, il faut souligner que la Cour refuse l'interprétation extensive des règles de concurrence qui lui était proposée par la juridiction de renvoi. Elle s'en tient au contraire à une jurisprudence constante, aux termes de laquelle l'article 81 CE est une règle qui s'adresse aux entreprises et non aux Etats². Certes, rappelle encore la Cour, cet article, lu en conjonction avec l'article 10 CE, qui impose aux Etats membres un devoir de coopération, interdit à ces derniers de prendre ou de maintenir en vigueur des mesures, même de nature législative, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises³. Toutefois, ce devoir de coopération n'emporte pour les Etats membres que l'obligation de ne pas susciter, favoriser ou renforcer des comportements d'entreprises directement contraires aux règles de concurrence. L'invocation du principe de concurrence libre et non faussée visé à l'article 3, § 1^{er}, g, CE ne modifie en rien cette analyse⁴. Autrement dit, la Cour refuse de prendre appui sur ce texte pour créer dans le chef des Etats membres des obligations qui vont au-delà de celles déjà consacrées par sa jurisprudence antérieure, à savoir l'interdiction d'imposer, de favoriser ou de renforcer les effets d'une entente contraire à l'article 81 CE, ou encore de déléguer un pouvoir réglementaire à un organisme qui l'exercera en imposant, favorisant ou renforçant les effets d'une entente illégale. En somme, l'arrêt rapporté, s'il présente l'originalité de viser explicitement une disposi-

(2) Point 19. Voy. notamment C.J.C.E., 5 décembre 2006, *Cipolla*, C-94/04, Rec., p. I-11421, point 46.

(3) Point 23 et jurisprudence citée; point 68 des conclusions.

(4) Point 24 de l'arrêt (implicitement); points 69 à 75 des conclusions.

(1) C.J.C.E., 13 mars 2008, *Doulamis*, C-446/05, non encore publié au Recueil; obs. C. Sarrazin, *Concurrences*, n° 2-2008, p. 101.

tion qui a fait couler beaucoup d'encre, confirme sa faible portée juridique. L'article 3, § 1^{er}, g, CE, relégué dans le protocole n° 6 du nouveau Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁵, non seulement ne verra pas sa portée modifiée, mais encore ne semble pas, au terme de l'arrêt rapporté, avoir une bien grande portée.

Sans doute, il faut s'en féliciter, car ce principe n'est probablement pas apte à dicter des solutions adaptées à un domaine aussi sensible que la publicité pour les soins de santé. C'est peut-être ce qui explique que, traditionnellement, les législations sur la publicité ne sont pas examinées au titre des règles de concurrence, mais au titre des règles de fonctionnement du marché intérieur. Or, curieusement, la Cour ne se livre pas à un tel examen dans l'arrêt rapporté.

2

L'examen omis de la législation nationale au regard de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services

Les silences d'un arrêt sont parfois éloquentes. Ici, le silence de la Cour sur la compatibilité de la législation en cause dans l'affaire au principal avec les dispositions du Traité sur la libre prestation de services ne laisse pas de surprendre. S'il peut s'expliquer par une conception que l'on qualifiera de restrictive de l'office du juge communautaire saisi à titre préjudiciel (voy. *infra* 3), il demeure qu'en prenant le parti du silence, la Cour ne tranche pas la véritable question de droit communautaire en cause dans l'affaire au principal. En effet, si la législation belge interdisant toute publicité pour les soins de santé devait être déclarée incompatible avec le droit communautaire, ce serait avec les dispositions relatives à la liberté d'établissement et de prestation de services.

Sans doute l'application de ces dispositions au cas d'espèce pouvait-elle poser problème, dans la mesure où les faits semblaient relever d'une situation purement interne à la Belgique⁶. Or, le droit communautaire en général et les dispositions relatives à la liberté d'établissement et de prestation de services en particulier ne sont applicables qu'en présence d'un élément d'extranéité. Toutefois, on sait avec quelle souplesse la Cour apprécie cet élément⁷. L'obstacle était dès lors franchissable au regard de la jurisprudence existante, ainsi que l'avait indiqué l'avocat général dans ses conclusions⁸.

Sur le fond, l'affaire soulevait des questions intéressantes au regard des libertés de circulation. En effet, il existe toute une jurisprudence sur la compatibilité avec les règles du marché unique de législations interdisant la publicité pour cer-

tains produits ou dans certains médias. Mais, cette jurisprudence s'est formée au regard des dispositions relatives à la libre circulation des marchandises. L'affaire *Doulamis* donnait donc à la Cour l'occasion de préciser s'il fallait ou non raisonner en matière de liberté d'établissement et de libre prestations de services comme dans le domaine de la libre circulation des marchandises. L'analogie est bien sûr tentante, car les mêmes causes produisent les mêmes effets qu'il s'agisse de marchandises ou de services. Un prestataire de services, tout comme un importateur de marchandises, aura plus de mal à pénétrer un marché s'il ne peut y vanter par voie de publicité les mérites de ce qu'il vend⁹. Pour autant, l'analogie n'est pas évidente, car les soins de santé en cause en l'espèce ne sont pas des services comme les autres. En outre, les services présentent une telle hétérogénéité qu'il n'est pas certain qu'un même raisonnement puisse s'appliquer à tous, contrairement à ce qui est admis pour les marchandises¹⁰.

On l'aura compris, il aurait été intéressant de connaître la position de la Cour sur l'admissibilité et les limites de l'analogie entre services et marchandises au regard des législations qui interdisent ou limitent la publicité. Il faut pour l'heure se contenter de l'opinion de l'avocat général Bot, qui dans ses conclusions a exprimé l'avis que la législation belge en cause en l'espèce restreignait tant la liberté d'établissement que la libre prestations de services¹¹. En ce qui concerne la liberté d'établissement, l'avocat général proposait à la Cour de raisonner par analogie avec la libre circulation des marchandises¹² : de même qu'il est plus difficile de faire connaître une boisson alcoolisée étrangère qu'une boisson nationale sur un marché donné si l'on n'est pas autorisé à en faire la publicité, de même, il serait plus difficile pour une clinique étrangère que pour une clinique implantée localement de faire connaître ses services en Belgique si elle ne peut informer sa clientèle potentielle de l'existence de son offre. En ce qui concerne la libre prestation de services, il n'est pas difficile d'apercevoir qu'une législation interdisant la publicité limite les possibilités pour les publicitaires étrangers d'offrir leurs services aux prestataires de soins de santé établis en Belgique. Ces éléments auraient-ils été suffisants pour conclure à une violation du Traité s'agissant d'une législation non discriminatoire? Il faudra attendre une autre affaire pour le savoir. De même, il serait hasardeux d'épiloguer sur ce qu'aurait pu juger la Cour si elle avait suivi l'avocat général dans son raisonnement et statué sur la justification des restrictions susmentionnées. L'avocat général proposait de les considérer comme justifiées au regard de la protection de la santé publique, mais sans observer toutefois que le principe de proportionnalité pourrait conduire à autoriser la

publicité purement informative, c'est-à-dire « la simple mention, sans caractère attractif ou incitatif [par les prestataires de services de santé] des indications permettant de connaître leur existence en tant que professionnels, telles que leur identité, les activités qu'ils sont en droit d'exercer, le lieu où ils les exercent, leurs horaires de travail et les moyens d'entrer en contact avec eux »¹³.

S'il faut en rester à cette proposition de règle quant à la question de fond relative à la compatibilité de la loi belge avec le droit communautaire, on ne peut manquer de s'interroger sur la signification du choix opéré par la Cour de ne pas prendre parti sur cette question de fond. Ce choix laisse ouvertes plusieurs questions relatives à l'office du juge communautaire saisi à titre préjudiciel.

3

Des questions ouvertes quant à l'office du juge communautaire statuant à titre préjudiciel

Dans l'arrêt rapporté, la Cour semble avoir considéré qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur une question qui ne lui était pas posée. Il semble en effet que le tribunal de première instance de Bruxelles n'ait interrogé expressément la Cour que sur la compatibilité de la législation belge en cause au principal avec les dispositions du Traité relatives à la concurrence et non sur sa compatibilité avec les règles relatives à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services. Mais la Cour doit-elle être à ce point respectueuse du libellé des questions qui lui sont adressées? On sait qu'elle ne l'a pas toujours été¹⁴.

Peut-on dire que la Cour aurait risqué de statuer *ultra petita* si elle avait examiné la loi belge sous l'angle de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services? Ce serait méconnaître la nature même de la saisine à titre préjudiciel. En effet, dans cet office particulier, la Cour n'est pas saisie d'un litige ni, par conséquent, de prétentions qui définissent les bornes de ce litige. Il serait donc erroné que la Cour traite une question préjudicielle, adressée par un juge national, comme un juge civil statuant au fond traite une prétention.

Pour autant, à quoi serviraient les efforts des juges qui interrogent la Cour pour cerner le problème de compatibilité de leur loi nationale avec le droit communautaire si toute question

(5) J.O., 2008, C 115.

(6) Conclusions, point 78.

(7) C.J.C.E., 5 décembre 2000, *Guimont*, Rec., p. I-10663, point 23, et les autres arrêts cités au point 81 des conclusions.

(8) Conclusions, points 78 à 81.

(9) Voy., en matière de libre circulation des marchandises, C.J.C.E., 8 mars 2001, *Gourmet*, C-405/98, Rec., p. I-1795 (jugant que l'interdiction de toute publicité pour les boissons alcoolisées contenue dans la législation suédoise pénalisait plus fortement les alcools importés que les alcools nationaux, au motif que les premiers étaient moins connus des consommateurs suédois et qu'ils ne pourraient donc pénétrer le marché suédois que grâce à la publicité). Voy. aussi les autres arrêts cités aux points 89 à 92 des conclusions.

(10) Point 35 des conclusions et référence citée.

(11) Points 85 et s. des conclusions.

(12) Point 93 des conclusions.

(13) Point 121 des conclusions.

(14) Voy. en ce sens C.J.C.E., 10 janvier 2006, *De Groot*, C-147/04, Rec., p. I-245, point 68 et jurisprudence citée : « la Cour peut être amenée à prendre en considération des normes de droit communautaire auxquelles le juge national n'a pas fait référence dans sa question, en vue de fournir à celui-ci une réponse utile »; C.J.C.E., 21 février 2006, *Ritter-Coulais*, C-152/03, Rec., p. I-1711, points 30 et s. où la Cour saisie de questions relatives à la compatibilité d'une règle fiscale allemande avec la libre circulation des capitaux et la liberté d'établissement a répondu sur le terrain de la libre circulation des travailleurs.

préjudicielle, quelle que soit sa formulation, était lue comme signifiant : « la règle en cause au principal est-elle compatible avec le droit communautaire? ». Une conception trop généreuse de l'office du juge communautaire statuant à titre préjudiciel n'aurait-elle pas pour inconvénient d'inciter le juge national à la paresse? A cela, il convient de répondre que la juridiction de renvoi doit, sous peine d'irrecevabilité de la question préjudicielle, exposer en quoi l'interprétation du droit communautaire est nécessaire pour trancher le litige dont elle est saisie¹⁵. Cette obligation ne peut être satisfaite sans que soit caractérisé un doute sur la compatibilité avec au moins une disposition du droit communautaire. Dès lors, le risque de la paresse n'est pas trop grand.

Il demeure néanmoins que le juge national, plus ou moins familier avec l'ensemble du droit communautaire, peut ne pas avoir aperçu l'un des problèmes de compatibilité avec le droit communautaire que soulève la loi qu'il doit appliquer. Dans cette hypothèse, qui paraît avoir été celle de l'affaire *Doulamis*, il nous semble que l'office du juge communautaire lui commande d'éclairer dans toute la mesure possible la juridiction de renvoi sur l'analyse qu'elle doit mener pour évaluer la compatibilité de la législation en cause avec le droit communautaire.

L'arrêt rapporté sera probablement cité dans les manuels de droit de la concurrence comme consacrant la portée restreinte du principe de concurrence libre et non faussée lorsqu'il s'agit de déduire des règles de concurrence concernant les entreprises des obligations dans le chef des Etats membres. Au-delà du cercle des spécialistes de droit de la concurrence, il appellera sans doute principalement la déception, déception légitime de tout lecteur de ne pas connaître l'opinion de la Cour sur la question de fond, la compatibilité de la loi belge interdisant toute publicité aux prestataires de soins de santé avec le droit du marché intérieur. Si ce silence pourra être réparé par un prochain arrêt, il faut aussi espérer que la Cour aura l'occasion de revenir sur la conception excessivement restrictive de l'office du juge communautaire statuant à titre préjudiciel dont cet arrêt paraît témoigner.

Anne-Lise SIBONY(*)

La nouvelle procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice des Communautés européennes

UNE NOUVELLE PROCÉDURE permettra à la Cour de justice des Communautés européennes de répondre dans des délais brefs aux questions préjudicielles posées par des juridictions nationales dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

1

Pourquoi une procédure d'urgence?

La durée de la procédure préjudicielle ordinaire, qui est de 19,3 mois en moyenne¹, constitue un problème s'agissant des renvois préjudiciels portés dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et ce, pour trois raisons notamment². Premièrement, la célérité dans le traitement de ce genre d'affaires s'impose parce qu'elles concernent la protection de droits fondamentaux (il s'agit notamment de questions liées aux peines privatives de liberté³, à l'enlèvement, à l'adoption ou à la garde d'enfants). Deuxièmement, la législation nationale ou communautaire⁴ impose parfois des délais stricts de traitement de ce genre d'affaires. Troisièmement, il convient de noter, d'une part, que le renvoi préjudiciel compense dans une certaine mesure le droit limité des particuliers de saisir directement le juge communautaire et, d'autre part, qu'il fournit une protection des droits fondamentaux complémentaire au système de la Convention européenne des droits de l'homme⁵.

C'est notamment pour ces raisons qu'une procédure préjudicielle d'urgence a été instaurée⁶, procédure qui est entrée en vigueur le 1^{er} mars 2008.

2

Champ d'application

A. — L'espace de liberté, de sécurité et de justice

Les matières qui constituent l'espace de liberté, de sécurité et de justice sont visées respectivement aux titres VI du Traité UE (coopération policière et judiciaire en matière pénale, dit « le troisième pilier de l'UE ») et IV de la troisième partie du Traité CE (visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes, y compris la coopération judiciaire en matière civile).

Dans ce contexte, la Cour a notamment statué jusqu'à présent sur des questions préjudicielles concernant :

— la Convention d'application de l'Accord de Schengen⁷ (en particulier en ce qui concerne le principe *ne bis in idem*);

— les décisions-cadres (relatives au mandat d'arrêt européen⁸ et au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales⁹);

— les actes relatifs à la compétence judiciaire en matière civile et l'exécution des décisions¹⁰ (la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, la signification et la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, les procédures d'insolvabilité, la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale).

B. — Limites

de la compétence préjudicielle

La compétence de la Cour pour statuer à titre préjudiciel dans le domaine de la coopération

(1) Rapport annuel 2007, C.J.C.E., p. 96.

(2) Recourir systématiquement à la procédure accélérée existante (article 104bis du règlement de procédure) n'est pas une solution, puisque ceci aurait pour effet de retarder le traitement de toutes les autres affaires pendantes.

(3) Le Traité de Lisbonne prévoit que, si une question préjudicielle concerne une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais (article 2, point 118).

(4) Par exemple règlement CE n° 1206/2001, du 28 mai 2001, relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale (J.O. L 174, p. 1).

(5) C.E.D.H., arrêt *Bosphorus Airways c. Irlande* du 30 juin 2005, Rec., 2005-VI.

(6) Modifications du règlement de procédure, 3 décembre 2007, n° 1558/07, <http://register.consilium.europa.eu>.

(7) Par exemple C.J.C.E., 11 février 2003, *Gözütok et Brügge*, C-187/01 et C-385/01, Rec., I, p. 1345.

(8) Par exemple C.J.C.E., 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld*, C-303/05, Rec., I, p. 3633.

(9) Par exemple C.J.C.E., 16 juin 2005, *Pupino*, C-105/03, Rec., I, p. 5285.

(10) Par exemple C.J.C.E., 13 juillet 2006, *Reisch*, C-103/05, Rec., I, p. 6827.

(15) Voy. par exemple C.J.C.E., 21 janvier 2003, *Bacardi-Martini et Cellier des Dauphins*, C-318/00, Rec., p. I-905, point 44 et jurisprudence citée.

(*) Chargée de cours en droit européen à la faculté de droit de l'Université de Liège (alsibony@ulg.ac.be).