

DE L'ART DE POSER UNE QUESTION PRÉJUDICIELLE (ET D'Y RÉPONDRE)

De Bruges à Bruges, en passant par Bruxelles et Luxembourg

Antoine Bailleux et Nicolas Bonbled

Université Saint-Louis - Bruxelles | « [Revue interdisciplinaire d'études juridiques](#) »

2006/2 Volume 57 | pages 219 à 253

ISSN 0770-2310

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2006-2-page-219.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour Université Saint-Louis - Bruxelles.

© Université Saint-Louis - Bruxelles. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

De l'art de poser une question préjudicielle (et d'y répondre)

*De Bruges à Bruges, en passant
par Bruxelles et Luxembourg*

A. BAILLEUX* et N. BONBLED**

Introduction

Le thème du « dialogue » rencontre un succès croissant auprès de ceux qui s'intéressent à la figure du juge. Pour beaucoup, il apparaît comme le remède à tous les maux dont est traditionnellement accusé le pouvoir judiciaire. S'interroge-t-on sur les conditions de validité du raisonnement prétorien, l'éthique de la discussion est invoquée, qui commande au juge de « concevoir son interprétation constructive comme une entreprise commune, accomplie par la communication publique des citoyens »¹. S'enquiert-on de la légitimité du contrôle de constitutionnalité des lois par les juges, c'est l'idéal du « dialogue constitutionnel » qui entre en scène, valorisant les échanges formels et informels entre les différentes composantes du pouvoir étatique². S'étonne-t-on des emprunts faits par une juridiction nationale à une jurisprudence étrangère, surgit alors l'image du

* Aspirant du F.N.R.S., Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles.

** Aspirant du F.N.R.S., Université catholique de Louvain, Département de droit public. Les auteurs remercient Anne RASSON-ROLAND et Sébastien VAN DROOGHENBROECK pour leurs conseils.

¹ J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, trad. R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997, p. 246.

² Pour un bon résumé de la littérature anglo-saxonne sur ce sujet, voy. C. BATEUP, "The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue", in *Brooklyn L. Rev.*, 2006, vol.71, à paraître. Une version électronique est disponible à l'adresse :

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884.

« commerce des juges »³ avec pour séduisante toile de fond le phénomène de la « mondialisation judiciaire »⁴.

Auréolé des valeurs de respect et de bienveillance⁵, le thème du dialogue a donc aujourd'hui les faveurs des théoriciens de la fonction de juger. Séduisant sur papier, il demande cependant à être confronté à la réalité des cours et tribunaux. On ne saurait en effet évaluer la fécondité de pareil thème – et sa prétention au statut de paradigme explicatif ou d'idéal régulateur – sans le soumettre à une forme de « test de falsifiabilité ».

C'est dans cette perspective que s'inscrivent les pages qui suivent. Le propos de cet article est d'examiner dans quelle mesure, une fois mis en pratique, le dialogue même le plus institutionnalisé – celui qu'engage la procédure de renvoi préjudiciel – est de nature à susciter des difficultés au niveau de l'application du droit. Notre réflexion reposera sur l'analyse d'une affaire récente mettant aux prises le Tribunal correctionnel de Bruges, la Cour d'arbitrage et la Cour de justice des Communautés européennes par le biais du mécanisme préjudiciel.

Si le droit belge connaît depuis toujours la question préjudicielle⁶, l'intégration européenne et l'émergence de la justice constitutionnelle ont fait de celle-ci un élément central de notre système juridique. Conçue comme le gage d'une saine coopération entre les juges du fond et des juridictions « expertes », la procédure de renvoi préjudiciel vise à assurer l'unité et la cohérence dans l'interprétation et l'application du droit. Elle alimente quotidiennement les jurisprudences de la Cour d'arbitrage et de la Cour de justice des Communautés européennes.

Pour courante qu'elle soit devenue, la technique du renvoi préjudiciel n'en demeure pas moins un art difficile à pratiquer : la formulation de la question par le juge *a quo*, la rédaction de la réponse par le juge *ad quem* et l'application de celle-ci au cas de l'espèce

³ En ce sens, voy., de manière critique, A. GARAPON et J. ALLARD, *Les juges dans la mondialisation*, Paris, Seuil, 2005.

⁴ Voy. e.a. A-M. SLAUGHTER, « Judicial Globalization », in *Virginia J.I.L.*, 2000, vol. 40, pp. 1103-1124.

⁵ Le président de la Cour de cassation française parlera de « bénévolance »: G. CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales – Éloge de la “bénévolance” des juges », in *R.S.C.*, 2005, pp. 799-817.

⁶ Voy. A. FONTIGNY, « Les questions préjudicielles », in *Les Nouvelles*, tome I-1, 1946, pp. 242-276.

représentent autant d'étapes risquées qui, si elles ne sont pas bien négociées par les interlocuteurs, peuvent compromettre la rigueur du raisonnement juridique et l'uniformité dans l'interprétation de la règle de droit.

L'affaire que l'on se propose d'analyser nous permettra de tester la pertinence de ces spéculations à l'aune de la « réalité du terrain ». La situation de « concours préjudiciel » qu'elle met en scène paraît en effet particulièrement propice aux malentendus et aux conflits d'interprétations.

Après avoir décrit les faits de la cause et la substance des différentes décisions auxquelles cette affaire a donné lieu (1), nous nous pencherons sur les dialogues noués par le juge du fond avec la Cour d'arbitrage, d'une part (2), et avec la Cour de justice des Communautés européennes, de l'autre (3).

1. Les faits de la cause et la procédure devant le Tribunal correctionnel de Bruges

Le 8 mai 2002, le Tribunal correctionnel de Bruges condamnait par défaut trois ressortissants néerlandais pour infraction à la loi du 25 juin 1993 sur l'exercice d'activités ambulantes et l'organisation de marchés publics. Les prévenus – M. Burmanjer, R. van der Linden et A. de Jong – se voyaient reprocher d'avoir proposé et conclu, sur la voie publique et sans autorisation administrative préalable, des contrats d'abonnement à divers périodiques⁷ édités par des sociétés établies aux Pays-Bas et en Allemagne. Ils avaient agi en qualité de représentants indépendants de la société de droit allemand *Alpina GmbH*.

En s'adonnant à ces opérations de démarchage, les intéressés avaient contrevenu à l'article 3 de la loi du 25 juin 1993, qui subordonne l'exercice d'activités ambulantes⁸ à l'obtention d'une

⁷ Il s'agissait de périodiques aux contenus les plus divers, allant de la mode féminine au jardinage, en passant par les voitures.

⁸ L'article 2 de la loi définit ces activités comme « toute vente, offre en vente ou exposition en vue de la vente de produits au consommateur, effectuée par un commerçant en dehors des établissements mentionnés dans son immatriculation au registre du commerce ou par une personne ne disposant pas d'un établissement de ce genre ». Cette définition a été ultérieurement complétée par l'article 5 de la loi du 4 juillet 2005 (*M.B.*, 25 août 2005, p. 36965), en vue d'y intégrer les activités foraines.

autorisation administrative préalable⁹. Ils ne bénéficiaient pas du régime d'exemption prévu à l'égard – notamment – de la vente de journaux et de périodiques ainsi qu'à l'égard de la vente d'abonnements à des journaux pour autant qu'il s'agisse de la desserte régulière d'une clientèle fixe et locale¹⁰. Si deux des trois prévenus disposaient d'une autorisation de vente ambulante, celle-ci ne se rapportait pas à l'activité litigieuse. L'autorisation que possédait M. Burmanjer visait uniquement la vente d'articles de papeterie et de bureau. Quant à celle de M. van der Linden, elle se limitait à la vente au domicile du consommateur.

Condamnés par défaut au paiement d'amendes et à des peines subsidiaires d'emprisonnement¹¹, les intéressés firent opposition du

⁹ L'arrêté royal du 3 avril 1995 (*M.B.*, 3 avril 1995, p. 16398) est venu préciser que l'autorisation d'exercer une activité ambulante doit mentionner expressément l'objet de l'activité en cause. La durée de validité d'une telle autorisation est de six ans au maximum. Elle peut ne pas être délivrée en raison de l'âge ou des antécédents judiciaires de l'intéressé – soit toute condamnation pénale, à l'exclusion des condamnations à des peines de police. Toute demande en obtention, en remplacement, en modification ou en renouvellement de l'autorisation est soumise à une taxe forfaitaire d'une quarantaine d'euros. Son titulaire doit être en possession de l'autorisation lors de l'exercice de son activité et doit la présenter à toute réquisition de la police ou des fonctionnaires chargés de la surveillance et du contrôle de ces activités.

¹⁰ Art. 5, 3°, de la loi du 25 juin 1993. Ces subtils distinguos s'expliquent par l'introduction, lors du processus d'élaboration de la loi, d'amendements tendant à intégrer dans celle-ci la vente occasionnelle de périodiques, et ce dans un souci de protection du consommateur. L'un des amendements était ainsi justifié par une série d'abus constatés dans des secteurs auparavant exclus de la réglementation du commerce ambulante, et notamment l'« exemple notoire [du] colportage dans lequel sont présentées des revues de mode très coûteuses qui, de surcroît, sont généralement rédigées dans une langue autre que celle du consommateur et pourvues ou non d'un encart minuscule en néerlandais, en vue de convaincre plus facilement la brave mère de famille » (*Doc. parl.*, Sénat, S.E. 1991-1992, n° 305-2, p. 36). Notons que le ministre de l'époque avait estimé, pour sa part, les amendements superflus dans la mesure où la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques de commerce et sur l'information et la protection du consommateur offrait des garanties suffisantes.

¹¹ Aux termes de l'article 13, § 1, de la loi du 25 juin 1993 « [s]ont punis d'un emprisonnement de huit jours à trois ans et d'une amende de 26 à 1000 francs ou d'une de ces peines seulement (...) ceux qui exercent une activité ambulante sans en

jugement et le tribunal brugeois entama un nouvel examen de l'affaire. Il invita le ministère public à procéder à une instruction complémentaire aux fins de déterminer la portée exacte de l'autorisation délivrée à M. Burmanjer (« articles de papeterie et de bureau »). Le juge décida également de poser des questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage et à la Cour de justice des Communautés européennes (C.J.C.É). Il interrogea la première sur la compatibilité de l'exigence d'autorisation administrative préalable avec les articles 10 et 11 de la Constitution belge, éventuellement combinés avec les articles 7, 10 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (C.E.D.H.)¹². Quant à la Cour de Luxembourg, le tribunal lui demanda si cette même exigence constituait une violation de la libre circulation des marchandises, des personnes ou des services consacrée par le traité C.E.¹³.

La Cour d'arbitrage fut la première à répondre. Dans son arrêt du 21 janvier 2004¹⁴, elle considère que le fait de subordonner à une autorisation préalable la vente d'abonnements à des journaux – dans certains cas – et d'abonnements à des périodiques, tout en ne soumettant pas à une telle autorisation la vente à la pièce de journaux et de périodiques, ne constitue pas une violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec les articles 7, 10 et 14 de la C.E.D.H. S'appuyant sur les travaux préparatoires de la loi du 25 juin 1993, elle fait sienne la justification du législateur qui, en prévoyant une autorisation administrative dans les seuls cas visés, entendait « protéger le consommateur et combattre les abus »¹⁵.

La Cour examine en premier lieu la compatibilité de la loi au regard des articles 10 et 11 de la Constitution. Elle juge d'abord les critères de distinction pertinents eu égard à l'objectif poursuivi, étant donné que « [l]e risque de tromperie du consommateur est nettement plus grand » dans le cas de vente d'abonnements que dans celui de vente à la pièce, puisque dans ce dernier cas « l'acheteur est mieux informé de l'étendue de ses engagements et de l'objet de son achat ». Partant, une autorisation préalable est « susceptible de limiter la concrétisation de ce risque ». Le même raisonnement permettrait

avoir obtenu préalablement l'autorisation ou qui poursuivent cette activité après que l'autorisation leur en a été retirée ».

¹² Corr. Bruges, 16 janvier 2003, BG.61.23.10941-01-BI (inédit).

¹³ *Ibid.*

¹⁴ C.A., arrêt n° 9/2004, 21 janvier 2004.

¹⁵ B.9.

simultanément de justifier la distinction entre ventes d'abonnement à des journaux selon qu'il s'agit ou non de la desserte d'une clientèle fixe et locale puisque, dans le premier cas, « le consommateur est, généralement, mieux informé sur l'identité du vendeur »¹⁶. La Cour considère ensuite que la mesure n'est pas disproportionnée à l'objectif poursuivi¹⁷.

La Cour d'arbitrage juge également qu'il n'y a, en l'espèce, aucune violation discriminatoire des articles 7, 10 et 14 de la C.E.D.H. Elle écarte l'invocation du premier pour défaut de pertinence en l'espèce et rappelle que le troisième « n'a pas une portée plus large que celle des articles 10 et 11 de la Constitution en ce qui concerne les droits et libertés garantis par cette Convention et ses protocoles additionnels ». Mais elle rejette aussi toute violation prétendue de la liberté d'expression (article 10 de la C.E.D.H) en constatant que l'article 5, 3^o, de la loi « se borne à prévoir une autorisation préalable dans des cas bien précis » et qu'une telle autorisation « ne vise nullement à empêcher ou à rendre exagérément difficile la diffusion d'une opinion »¹⁸.

Les juges de Luxembourg prirent plus de temps que la Cour d'arbitrage pour se prononcer. Le 16 décembre 2004, l'avocat général P. Léger rendit ses conclusions¹⁹. Il estima que l'exigence d'autorisation administrative préalable imposée par la loi belge devait être analysée sous l'angle de la libre prestation des services. Il poursuivit en considérant qu'une telle réglementation constituait une entrave à l'article 49 C.E. dans la mesure où « elle a pour effet de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice de l'activité ambulante litigieuse »²⁰. Concédant qu'elle poursuivait un objectif légitime de protection du consommateur, l'avocat général jugea toutefois qu'« une telle

¹⁶ B.10.

¹⁷ B.11.

¹⁸ B.12.

¹⁹ C-20/03 *Openbaar Ministerie c. Marcel Burmanjer, René Alexander Van Der Linden, Anthony De Jong*, 16 décembre 2004, *Rec.*, p. 4135.

²⁰ Pt. 62. « En effet, indépendamment de l'incertitude et des délais auxquels les intéressés sont susceptibles d'être confrontés pour voir leur demande d'autorisation aboutir favorablement, ces derniers sont contraints (...) de procéder à diverses démarches administratives qui impliquent, notamment, le paiement de timbres fiscaux. Ladite exigence est d'autant plus contraignante que sa méconnaissance est pénalement punissable et est même susceptible, en cas de condamnation, de faire ultérieurement obstacle à l'octroi de toute autorisation » (pt. 63).

exigence est disproportionnée ; elle va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi »²¹. Et de rappeler notamment le caractère pénal des sanctions encourues par les contrevenants ainsi que la possibilité pour le souscripteur d'un abonnement d'y renoncer dans un délai de sept jours ouvrables à compter de sa signature.

L'avocat général suggéra par conséquent à la Cour de déclarer la mesure contraire à la libre prestation des services. Il précisa encore « qu'il est fort probable que l'on parvienne à la même conclusion dans l'hypothèse où la réglementation en cause serait appréciée au regard des règles du traité relatives à la libre circulation des marchandises »²². S'appuyant sur la jurisprudence *Keck et Mithouard*²³, il considéra en effet qu'« il n'est pas exclu [que cette réglementation] ait pour effet d'affecter davantage la commercialisation des périodiques provenant des autres États membres que celle des périodiques nationaux »²⁴.

Dans son arrêt du 26 mai 2005²⁵, la Cour de justice refusa de suivre son avocat général. À l'inverse de celui-ci, elle considère que l'exigence d'autorisation préalable doit être analysée sous l'angle exclusif de la libre circulation des marchandises. À cet égard, elle estime que la réglementation mise en cause concerne une « modalité de vente » au sens de l'arrêt *Keck et Mithouard*. Conformément à une jurisprudence bien établie, une telle réglementation doit donc être jugée compatible avec le droit communautaire pour autant que, d'une part, elle s'applique « à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national » et que, d'autre part, elle affecte « de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et ceux en provenance d'autres États membres ».

Il ne faisait pas de doute que l'exigence d'autorisation préalable imposée par la loi belge remplissait la première de ces conditions. S'agissant de la seconde en revanche, la Cour déclare que les informations dont elle dispose « ne lui permettent pas d'établir avec certitude si le régime national de vente ambulante affecte la

²¹ Pt. 70.

²² Pt. 83. L'avocat général estima en revanche que la réglementation nationale ne mettait pas en cause la libre circulation des travailleurs dans la mesure où les intéressés ne se trouvaient pas dans un lien de subordination avec la société *Alpina* (pts. 39-42).

²³ C-267/91 et C-268/91 *Keck et Mithouard*, 24 novembre 1993, *Rec.*, I-6097. Sur cet arrêt, voy. *infra*, III.

²⁴ Pt. 86.

²⁵ *Rec.*, p. I-4133.

commercialisation des produits originaires d'États membres autres que le Royaume de Belgique plus lourdement que celle des produits en provenance de ce dernier ». Elle relève toutefois qu'au vu des éléments qu'elle possède, « si ce régime devait avoir une telle incidence, celle-ci serait trop insignifiante et aléatoire pour pouvoir être considérée comme étant de nature à entraver (...) le commerce entre les États membres ». Les juges de Luxembourg laissèrent cependant au tribunal de Bruges le soin de vérifier si l'exigence d'autorisation préalable prévue par la loi belge remplissait bien la deuxième condition de la jurisprudence *Keck*. En cas de réponse négative, il incomberait alors au juge *a quo* de se prononcer sur la légitimité et sur la proportionnalité d'une telle réglementation au regard de la libre circulation des marchandises.

Le Tribunal correctionnel de Bruges a rendu son jugement le 14 septembre 2006²⁶. Fort des réponses apportées par les deux hautes juridictions, il écarte les reproches d'inconstitutionnalité et de non-conformité au regard du droit européen formulés à l'égard de l'article 5 de la loi du 25 juin 1993. Partant, il confirme les peines prononcées par défaut à l'encontre des prévenus²⁷.

Considéré de l'extérieur, le traitement de l'affaire par le juge brugeois alimente l'idée d'un droit clair, uniforme et dépourvu d'ambiguïté : après avoir reçu l'*imprimatur* des juridictions spécialisées, le tribunal se limite à confirmer ce qu'il avait déjà dit par défaut. Le dialogue – entre les parties et entre les juges – n'a pas altéré le verdict initialement atteint par le juge, seul face à la loi. Ces dehors lisses et rassurants ne doivent toutefois pas masquer les zones d'ombre qui apparaissent à l'analyse des renvois préjudiciels. Il semble bien que sous l'uniformité du discours se cache l'équivoque, et que derrière la certitude de la règle se dissimule une part d'indétermination.

²⁶ Corr. Bruges, 14 septembre 2006, BG.61.23.10941-01-BI (inédit).

²⁷ Soit une amende de 247,89 euros et une peine subsidiaire de 15 jours de prison pour les deux premiers prévenus et une amende de 991,57 euros et une peine subsidiaire de deux mois de prison pour le troisième.

2. Le dialogue avec la Cour d'arbitrage

La question préjudicielle posée à la Cour d'arbitrage par le juge *a quo* comportait deux aspects. Ce dernier interrogeait d'une part la Cour sur une possible violation du principe d'égalité et de non-discrimination (a). De l'autre, il lui demandait de se prononcer sur l'existence éventuelle d'une atteinte discriminatoire à la liberté d'expression (b). La Cour répondit par la négative aux deux questions. Il est toutefois permis de s'interroger sur les motifs qui ont conduit la Cour à une telle conclusion, ainsi que sur l'impact éventuel qu'aurait pu avoir une formulation légèrement différente de la question préjudicielle.

a. Une absence d'atteinte disproportionnée au principe d'égalité et de non-discrimination ?

La Cour d'arbitrage a considéré dans son arrêt n° 9/2004 qu'en permettant la vente à la pièce de journaux et de périodiques sans autorisation préalable, tout en subordonnant à une autorisation la vente occasionnelle d'abonnements à des journaux et la vente d'abonnements à des périodiques, le législateur n'avait pas violé les articles 10 et 11 de la Constitution²⁸. Si son raisonnement a le mérite d'être exposé clairement, la dernière partie de celui-ci n'est pas cependant à l'abri de toute critique.

La Cour commence par rejeter l'exception soulevée par le Conseil des ministres selon laquelle les catégories distinguées dans la disposition en cause ne seraient pas comparables. Elle considère au contraire qu'il s'agit de la vente de produits similaires et que cette vente est soumise dans certains cas à l'autorisation préalable des autorités, et dans d'autres non²⁹. Toujours selon la Cour, l'objectif poursuivi par la limitation de l'exigence d'une autorisation préalable à ces seuls cas de figure peut ensuite être qualifié de légitime, s'agissant de la protection du consommateur à l'égard d'abus apparemment

²⁸ Voy. *supra*, I.

²⁹ « La circonstance que le consommateur serait informé de manière plus satisfaisante dans un cas que dans l'autre de la portée de ses engagements et de l'objet de son achat ne suffit pas pour considérer que les différences de traitement en cause seraient à ce point importantes que l'on ne pourrait les comparer pour vérifier le caractère discriminatoire ou non d'une disposition » (B.7.2).

avérés dans un secteur du commerce ambulant³⁰. Les critères de distinction adoptés lui semblent également pertinents par rapport au but poursuivi puisqu'ils traduisent le fait que, dans certaines situations, le consommateur est mieux informé de l'étendue de ses engagements ou de l'identité du vendeur dans certains cas que dans d'autres.

La Cour d'arbitrage clôture son examen en jugeant que la mesure incriminée n'est « pas disproportionnée » à l'objectif poursuivi. Le raisonnement de la Cour pêche ici par son caractère elliptique, surtout si on le compare aux longs développements retraçant le parcours de la loi en commission du Sénat, censés documenter la nécessité sociale d'un tel régime³¹. En quelques phrases, la Cour évoque la proportionnalité de la mesure et entérine celle-ci. Elle restreint d'abord l'étendue de son contrôle à l'égard du respect de la liberté de commerce et d'industrie en rappelant que le législateur ne violerait cette liberté que s'il la limitait de manière « *manifestement* disproportionnée au but poursuivi »³². Elle semble également tirer argument (« de plus ») de l'existence de voies de recours pour contester le refus d'autorisation. Elle ne mentionne cependant pas le caractère pénal des sanctions encourues en cas de contravention au régime d'autorisation. Quant à l'existence éventuelle de mesures moins attentatoires à la liberté précitée, la Cour souligne qu'il ne lui appartient pas « d'apprécier si une mesure établie par la loi est opportune ou souhaitable » et juge qu'« il n'a pas été démontré que le même objectif aurait pu être atteint par une modification de [la loi sur les pratiques de commerce] »³³.

b. Une absence d'atteinte à la liberté d'expression ?

La Cour d'arbitrage considère également qu'il n'existe pas d'atteinte discriminatoire à la liberté d'expression et à la liberté de la

³⁰ L'ancienne législation était ainsi décrite comme présentant « de grandes lacunes notamment en ce qui concerne la protection des gens (ordinaires) assaillis par des colporteurs qui essaient de les convaincre de souscrire un abonnement à des magazines chers (...), sans vouloir leur fixer de prix » (*Doc. parl.*, Sénat, S.E. 1991-1992, n° 305-2, p. 16).

³¹ Voy. le point B.8.

³² B.11 (nous soulignons). Pour une opinion comparable, voy. P. DE VROEDE, « *Ambulante handel in dagbladen en periodieken* », note sous *Corr. Ypres*, 13 février 1989, in *R.W.*, 1989-1990, pp. 411-412.

³³ B.11, *in fine*.

presse, telles que garanties par l'article 10 de la C.E.D.H., et ce au motif que la disposition « se borne à prévoir une autorisation préalable dans des cas bien précis » et que l'autorisation requise « ne vise nullement à empêcher ou à rendre exagérément difficile la diffusion d'une opinion »³⁴. Cette conclusion appelle plusieurs remarques. On en retiendra deux.

En premier lieu, on se permettra de regretter l'absence de motivation de la réponse de la Cour, qui oblige à spéculer sur le type de raisonnement mobilisé pour parvenir à ce constat de non-violation de la liberté d'expression.

Il n'est guère contestable que l'article 10 de la C.E.D.H. admet la possibilité de restrictions préventives à l'exercice de la liberté d'expression, pour autant qu'elles répondent aux conditions posées par son second paragraphe³⁵. Il n'en demeure pas moins que leur caractère préventif appelle un examen « des plus scrupuleux »³⁶. On pourrait toutefois avancer que le régime d'autorisation prévu par la disposition législative constitue bel et bien une restriction préventive à la liberté d'expression, mais une restriction conforme à l'article 10, § 2, de la C.E.D.H. en ce qu'elle représente une mesure nécessaire, dans une société démocratique, en vue de protéger les droits d'autrui³⁷. Telle n'est pourtant pas la voie empruntée par la Cour d'arbitrage. Selon elle, il n'y a aucune atteinte à l'article 10, puisque la mesure « ne vise nullement à empêcher ou à rendre exagérément difficile la

³⁴ B.12.

³⁵ Les organes de Strasbourg considèrent que l'article 10 n'exclut pas en lui-même la possibilité de mesures préventives, pour autant qu'elles demeurent exceptionnelles et répondent à des conditions très stricts. Voy. G. COHEN-JONATHAN, « Article 10 », in E. Decaux, P.-H. Imbert et L.-E. Pettiti, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, pp. 387-389.

³⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme – Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1999-2001)*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 175, n° 239.

³⁷ Pour un exemple de restrictions apportées à la liberté d'expression dans un souci de protection du consommateur, voy. Cour eur. dr. h., *Hertel c. Suisse*, 25 août 1998, *Recueil* 1998-VI, p. 2299. En l'espèce, le Gouvernement avait plaidé que l'ingérence commise visait à préserver les consommateurs et fournisseurs de la diffusion d'indications trompeuses et fallacieuses sur les caractéristiques des services et biens offerts sur le marché et à protéger les intérêts commerciaux d'une concurrence déloyale. Il ne s'agissait toutefois pas de mesures préventives.

diffusion d'une opinion ». Elle ne s'explique pas outre mesure sur ce point, si ce n'est de manière circulaire³⁸. À moins de se satisfaire d'un légalisme strict, on peut pourtant concevoir qu'une mesure qui ne vise pas à « empêcher ou rendre exagérément difficile » la diffusion d'une opinion – encore qu'une simple « gêne » pourrait suffire³⁹ – ait néanmoins cet *effet* en pratique.

On retrouve ici la question de l'existence de mesures moins attentatoires à la liberté d'expression – largement éludée par la Cour à propos des articles 10 et 11 de la Constitution⁴⁰. Le caractère disproportionné d'une mesure peut certes résulter de l'intensité de l'atteinte portée à une « valeur » telle que la liberté d'expression. À cet égard, une simple exigence d'autorisation administrative ne semble pas constituer une ingérence disproportionnée. Mais il peut aussi découler de la « qualité » de cette valeur, lorsque celle-ci est considérée comme manifestation plus essentielle que le but poursuivi par le législateur à travers la norme litigieuse. Or, tel pourrait bien être le cas en l'espèce. On connaît en effet l'attachement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme envers la liberté d'expression comme « fondement » de tout régime démocratique⁴¹. Et l'on sait également que la dimension commerciale du « message »⁴² n'exclut en rien la protection offerte par les droits

³⁸ Souligner que « [c]eci ressort en particulier du fait que seule la vente ambulante des produits visés est subordonnée à une autorisation préalable, et non la vente non ambulante des mêmes produits » revient en effet à la même chose que de constater que « la disposition en cause se borne à prévoir une autorisation préalable dans des cas bien précis ».

³⁹ Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 164, n° 226 : « l'ingérence dans les droits garantis par l'article 10 doit être comprise largement comme l'acte qui, d'une manière directe ou indirecte, réprime, dissuade, gêne ou empêche l'expression actuelle ou à venir d'une opinion ».

⁴⁰ *Supra*, II.1.

⁴¹ La Cour d'arbitrage la rejoint d'ailleurs sur ce point lorsqu'elle souligne que « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique » : voy. les arrêts n° 45/96 (B.7.6), 13/2000 (B.5.3), 10/2001 (B.4.8.1), 136/2003 (B.6.2) et 157/2004 (B.44).

⁴² Les extraits des travaux préparatoires précités (voy. notes 10 et 30) semblent viser un type de périodiques très précis (« revues de mode très coûteuses », généralement en langue étrangère) mais n'en donnent qu'un seul exemple (« Burda »). Au risque de forcer le trait, l'on pourrait donc soutenir que le législateur entendait cibler un contenu « commercial ».

garantis à l'article 10 de la Convention européenne⁴³. En tout état de cause, les dispositions incriminées ne limitent aucunement leur champ d'application aux journaux et périodiques dont le contenu serait « purement commercial » mais se concentrent sur les modalités de leur distribution. Ces considérations ne peuvent que renforcer le sentiment de malaise quant à l'impasse faite par la Cour sur le

⁴³ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Groppera Radio AG c. Suisse*, 28 mars 1990, A n° 173, § 55. Dans cette affaire, le Gouvernement avait émis l'objection selon laquelle l'article 10 pouvait difficilement être invoqué à propos de « programmes dont le contenu – principalement de la musique légère et des messages publicitaires – pouvait inspirer des doutes quant à leur caractère d'informations ou d'idées ». La Cour avait répondu que l'article 10 s'appliquait sans « qu'il faille distinguer selon le contenu des programmes ». La jurisprudence de la Cour d'arbitrage ne semble pas plus ambiguë sur ce point puisqu'elle s'est jusqu'à présent contentée de rappeler que les informations à caractère commercial font partie du champ d'application des articles 19 et 25 de la Constitution, 10 de la C.E.D.H. et 19 du P.I.D.C.P. (arrêt n° 102/99 du 30 septembre 1999, B.24.3). Voy. égal. le point B.5.3 de l'arrêt n° 13/2000 du 2 février 2000 (rejet implicite de l'argument invoqué par le Conseil des ministres – synthétisé au point A.3.5 – et mention de l'arrêt *Groppera*). La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît toutefois une plus grande marge d'appréciation aux États pour juger de la nécessité d'une ingérence dans la liberté d'expression « commerciale », donnant ainsi un poids certain à la classification du discours : voy. par ex. Cour eur. dr. h., *Hertel c. Suisse*, précité (note 37), § 47 ; *Casado Coca c. Espagne*, 24 février 1994, §§ 35-37 et 50-51 ; *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, 28 juin 2001, § 69 ; *Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Autriche (N° 3)*, 11 décembre 2003, §§ 30-33. Adde : M.H. RANDALL, « Commercial Speech under the European Convention on Human Rights : Subordinate or Equal ? », in *Human Rights Law Review*, 2006, vol. 6(1), pp. 53-86. Contra : voy. Comité des droits de l'homme, *Ballantyne, Davidson and McIntyre v. Canada*, 5 mai 1993, communications n° 359/1989 et 385/1989, pt. 11.3 : « l'élément commercial d'une forme d'expression telle que l'affichage extérieur ne peut avoir pour effet de faire sortir celle-ci du champ des libertés protégées. Le Comité rejette aussi l'idée que l'une quelconque des formes d'expression susmentionnées puisse faire l'objet de restrictions à des degrés divers, de sorte que certaines formes d'expression pourraient être plus limitées que d'autres ». Sans préjuger du caractère soutenable de ce *dictum*, relevons qu'il présente au moins l'avantage d'éviter les distinctions – parfois obscures – entre propos « commerciaux » et « non commerciaux », lesquels sont parfois présents simultanément au sein d'un même discours (voy. *Barthold c. Allemagne*, 25 mars 1985, *Recueil*, 1985, vol. 90).

caractère pénal des sanctions⁴⁴. La nature des sanctions infligées est un élément qui doit être pris en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité de l'ingérence dans la liberté d'expression. Et comme le souligne la Cour de Strasbourg « ce qui importe n'est pas le caractère mineur de la peine infligée, mais le fait même de la condamnation »⁴⁵. Cette omission est d'autant plus interpellante que la Cour d'arbitrage a elle-même eu l'occasion ultérieurement de confirmer ces enseignements⁴⁶. Il n'est pourtant vraiment pas certain que l'objectif du législateur n'aurait pu être atteint par l'application de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques de commerce et, en tout état de cause, la charge de démontrer cette impossibilité aurait dû peser sur le Conseil des ministres. Les articles 86 à 92 de la loi du 14 juillet 1991, relatifs aux ventes conclues en dehors de l'entreprise du vendeur, prévoient en effet une faculté de renoncement sans frais dans un délai de sept jours, ainsi qu'un certain nombre de mentions devant figurer sur le contrat (identité et adresse du vendeur, prix et modalités de paiement, clause de renonciation rédigée en caractères gras...). Le respect de ces dispositions est d'ailleurs lui-même sanctionné par des amendes pénales (articles 102 à 110). Dès lors, était-il impérativement nécessaire d'instituer un régime d'autorisation préalable, dont le non-respect peut être sanctionné par des peines d'emprisonnement ?

En second lieu, relevons que la procédure devant la Cour d'arbitrage a eu lieu à un moment charnière dans l'évolution des compétences de celle-ci. Au mois de mars 2003, les normes de référence au regard desquelles la Cour exerce son contrôle ont été élargies à l'ensemble des dispositions du Titre II (« Des Belges et de leurs droits ») et aux articles 170, 172 et 191 de la Constitution⁴⁷.

⁴⁴ Voy. dans le même sens les conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-20/03 (*supra*, I).

⁴⁵ Pour un exemple récent et des sanctions pécuniaires comparables à celles prononcées par le Tribunal de première instance de Bruges, voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Stoll c. Suisse*, 25 avril 2006, req. n° 69698/01, § 57.

⁴⁶ Voy. le point B.18 de l'arrêt n° 157/2004 : « (...) spécialement lorsqu'il s'agit de prendre des mesures qui peuvent limiter la liberté d'expression, l'État doit éviter de recourir à des mesures pénales lorsque d'autres mesures, telles que des sanctions civiles, permettent d'atteindre l'objectif poursuivi » (citant les arrêts *Incal c. Turquie* du 9 juin 1998 et *Sürek c. Turquie* du 8 juillet 1999).

⁴⁷ Elle demeure toutefois incompétente pour faire une application autonome des droits consacrés par les conventions internationales. Voy. l'article 26, § 1^{er}, 3^o, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, modifié par la loi spéciale du

Cette réforme est néanmoins intervenue postérieurement à la saisine de la Cour par le tribunal de Bruges⁴⁸. Ceci explique que le juge *a quo* et, à sa suite, la Cour d'arbitrage, aient encore dû recourir à la méthode combinatoire pour que cette dernière puisse examiner l'existence d'une atteinte – indirecte – à la liberté d'expression⁴⁹. Il est dès lors permis de s'interroger sur les conséquences qu'aurait pu avoir une formulation différente de la question par le juge du fond qui, prenant acte de ladite réforme, aurait interrogé la Cour sur la conformité de la norme contrôlée en invoquant – directement ou de manière combinatoire – les dispositions *constitutionnelles* protégeant la liberté d'expression. En postulant que les articles 19 et 25 de la Constitution offrent dans certains cas un régime plus protecteur à

9 mars 2003 (*M.B.*, 11 avril 2003, p. 18384). La réforme est entrée en vigueur le 21 avril 2003.

⁴⁸ Voy. *supra*, note 12.

⁴⁹ Par un recours à une lecture combinatoire de la notion d'égalité, la Cour en était progressivement venue à considérer que sa compétence s'étendait à l'ensemble des droits et libertés, qu'ils soient consacrés par la Constitution ou par des traités internationaux (voy. par ex. arrêt n° 39/91, 19 décembre 1991, 6.B.6). Son raisonnement était le suivant : dès le moment où elle était discriminatoire, toute violation d'un droit fondamental constituait une violation du droit à l'égalité et à la non-discrimination et relevait donc de sa compétence. Bien que la violation d'un droit fondamental ne soit pas nécessairement discriminatoire, cela n'a pas empêché la Cour d'arbitrage de verser subtilement dans un contrôle direct des normes internationales. Ce glissement est particulièrement patent dans la décision examinée (voy. pt. B.12). Tel fut le cas jusqu'à ce qu'intervienne la réforme de 2003 qui consacre la possibilité d'un contrôle direct au regard des droits constitutionnellement protégés. L'« indissociabilité » (voy. *infra* le *dictum* référencé en note 55) de ces dernières avec les garanties conventionnelles permet désormais d'éviter les contorsions intellectuelles du passé. Depuis l'arrêt n° 136/2004 du 22 juillet 2004, la Cour affirme clairement que « la violation d'un droit fondamental constitue *ipso facto* une violation du principe d'égalité et de non-discrimination » (B.5.3). Lus ensemble, ces deux principes jurisprudentiels (indissociabilité des garanties – double violation) ouvrent la voie à un contrôle direct au regard de l'ensemble des droits fondamentaux, en ce compris ceux garantis par les normes internationales. *Adde* : G. MAES, « De doorwerking van verdragsrechtelijk beschermde grondrechten in de Belgische rechtspraak », in *Internationale aspecten in de verschillende takken van het recht*, Brussel, Larcier, 2005, spéc. pp. 86-89.

l'égard de la liberté d'expression et de la liberté de la presse⁵⁰ – notamment en ce qu'ils prohibent toute mesure préventive⁵¹ –, l'on pourrait en effet arguer que c'est le recours exclusif à l'article 10 de la C.E.D.H. qui permet à la Cour d'arbitrage d'avaliser la restriction incriminée. L'invocation des articles 10 et 11 de la Constitution *juncto* ses articles 19 et 25 aurait dès lors dû la conduire à revoir sa position, ou au moins à la justifier de manière plus circonstanciée.

Il convient toutefois de nuancer fortement cette affirmation. La jurisprudence de la Cour en matière de restrictions préventives à la liberté d'expression, d'une part, et la conception des rapports entre droits constitutionnels et droits conventionnellement protégés qu'elle entretient, d'autre part, rendent en effet peu crédible l'éventualité d'une décision différente dans l'hypothèse où seules les dispositions constitutionnelles auraient été invoquées.

Deux arrêts de la Cour d'arbitrage, rendus sur des questions proches, nous permettent d'avancer que la probabilité d'une réponse différente de la Cour en cas d'invocation des dispositions constitutionnelles pertinentes était peu élevée. Ces deux arrêts nous permettent en effet de dessiner les contours de la notion de « mesure préventive », telle que la conçoit la Cour d'arbitrage.

Dans son arrêt n° 136/2003, la Cour a eu l'occasion de souligner que l'arrêté-loi du 29 décembre 1945 portant interdiction des inscriptions sur la voie publique, « règle (...) une série de modalités de l'affichage, sans toutefois prévoir des mesures préventives. Ainsi la possibilité d'afficher n'est-elle nullement subordonnée à une appréciation préalable du contenu du message. En effet, [l'arrêté-loi] n'habilite aucunement l'autorité à contrôler ou interdire *a priori* la manifestation d'une opinion et ce, quelle qu'en soit la nature, mais il

⁵⁰ En ce sens, voy. Cass. (2^ech.), 9 novembre 2004, *Rev. b. dr. const.*, 2005/3-4, pp. 546-547 (*a contrario*) : « en l'espèce, la Constitution ne soumet pas la restriction de l'exercice des libertés d'expression, de réunion et d'association à des conditions plus sévères que celles autorisées par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (...) ». *Adde* : N. BONBLED, « La conciliation des restrictions constitutionnelles et conventionnelles à la liberté d'expression : le cas des discours haineux », in *Rev. b. dr. const.*, 2005/3-4, pp. 421-487.

⁵¹ J. VELAERS, « “De censuur kan nooit worden ingevoerd”. Over de motieven van het censuurverbod », in *Censures/Censuur*, Actes du colloque du 16 mai 2003, Bruxelles, Larcier, 2003, spéc. n° 7 *in fine* ; ID., *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Antwerpen, Maklu, 1991, p. 169, n° 147.

ne fait que prévoir des sanctions *a posteriori* »⁵². Sur base d'une argumentation *a contrario*, on peut donc soutenir que la Cour exige d'une mesure qu'elle présente deux caractères cumulatifs pour pouvoir être qualifiée de « préventive » : elle doit comporter une appréciation du contenu d'un message et présenter un caractère strictement préventif. Mais à partir de quel *moment* une mesure peut-elle être qualifiée de « préventive » ? Dans une décision rendue ultérieurement⁵³, la Cour dut se prononcer sur une violation alléguée du principe d'égalité et de la liberté d'expression par l'article 19, § 1^{er}, de la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination, en ce qu'il prévoit que le président du tribunal de première instance peut ordonner la cessation d'un acte constituant un manquement aux dispositions de la loi – ce qui implique que tant la diffusion que la publication de livres, écrits, tracts et autres supports d'opinions pourrait être empêchée. La Cour reconnut le caractère problématique de la disposition légale, tout en la sauvant de l'annulation par le biais d'une réserve d'interprétation selon laquelle « le juge devra tenir compte de l'interdiction de mesures préventives en général et de *l'interdiction de censure* en particulier, prévues par les articles 19 et 25 de la Constitution, ce qui *implique que l'intervention judiciaire n'est possible que lorsqu'une diffusion a déjà eu lieu* »⁵⁴. À la lumière de ces deux arrêts, on reconnaîtra que l'invocation, devant la Cour d'arbitrage, de la prohibition constitutionnelle des mesures préventives n'aurait probablement pas modifié la donne. Le fait de prévoir une autorisation préalable dans des cas précis – dans un souci de protection du consommateur – ne peut être qualifié de mesure préventive ou de « censure », au sens où la Cour semble définir ces termes, puisque la délivrance de cette autorisation n'est pas conditionnée par une appréciation du contenu des journaux ou

⁵² C.A., arrêt n° 136/2003, 22 octobre 2004, B.5.1

⁵³ C.A., arrêt n° 157/2004, 6 octobre 2004.

⁵⁴ B.75. Ce faisant, la Cour semble s'accorder « implicitement » avec la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière : voy. Cass., 29 juin 2000, in *Journ. Proc.*, n° 398, 22 septembre 2000, p. 24, obs. F. TULKENS et A. STROWEL, « L'arrêt *Leempoel et Editions Ciné Revue* : de l'art de mettre fin à une controverse », p. 28 ; *J.L.M.B.*, 2000, p. 1589, et la note de F. JONGEN, « Le juge est-il un censeur? », p. 1592. Cette définition de la censure est néanmoins critiquable. Dans le même sens : J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, « Le contrôle judiciaire de la presse », in *A & M*, 2002/6, p. 490.

périodiques et que le régime prévu n'empêche en principe pas la diffusion du message.

La jurisprudence de la Cour d'arbitrage relative aux situations de concours entre garanties constitutionnelles et internationales d'un droit fondamental rend également peu probable l'éventualité d'une décision différente.

À supposer que les articles 19 et 25 de la Constitution offraient, en l'espèce, un régime plus protecteur de la liberté d'expression, la Cour considère que si elle est compétente pour contrôler les normes législatives, par voie de décision préjudicielle, au regard du titre II et des articles 170, 172 et 191 de la Constitution, il n'en demeure pas moins que « lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à celle d'une des dispositions constitutionnelles dont le contrôle relève [de sa compétence] et dont la violation est alléguée, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles concernées. Il s'ensuit que, dans le contrôle qu'elle exerce au regard des dispositions constitutionnelles, la Cour tient compte de dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues »⁵⁵. À cela vient s'ajouter le fait que l'interdiction constitutionnelle des mesures préventives ne saurait aboutir à ce qu'une ingérence qui viendrait protéger les droits fondamentaux d'une ou plusieurs autres personnes soit écartée *a priori*. La Cour d'arbitrage ne démentirait pas cette observation, puisqu'elle considère que la formulation d'une garantie constitutionnelle en termes absolus ne fait pas nécessairement obstacle à certaines formes d'ingérence⁵⁶. Il n'en reste pas moins

⁵⁵ C.A., arrêt n° 136/2004 du 22 juillet 2004 (B.5.1-3).

⁵⁶ Jugé ainsi que « [s]i le secret des lettres a pu être conçu comme absolu, lors de l'adoption de la Constitution, il ne peut être fait abstraction aujourd'hui, pour en déterminer la portée, d'autres dispositions constitutionnelles ainsi que de conventions internationales. (...) Si l'article 29 de la Constitution ne prévoit, explicitement, aucune restriction au droit fondamental qu'il consacre, une telle restriction peut néanmoins se justifier si elle est nécessaire pour assurer le respect d'autres droits fondamentaux. Tenu de garantir notamment la liberté individuelle (...), le droit à la vie (...) et le droit de propriété (...), le législateur se doit d'organiser une répression efficace des atteintes qui sont portées à ces droits fondamentaux par des activités criminelles, ce qui peut rendre nécessaires des restrictions au secret des lettres, pour autant que ces restrictions soient

douteux, selon nous, que la défense de l'intérêt général – voire d'un droit subjectif – à la protection du consommateur puisse en l'espèce, à elle seule, commander le recours à un régime d'autorisation – même en l'absence d'appréciation des contenus – au même titre que le droit à la vie ou à la liberté individuelle.

On le voit, une formulation différente de la question préjudicielle n'aurait vraisemblablement pas eu d'impact sur la réponse donnée par la Cour d'arbitrage. Tant son approche de la notion de « censure » que son approche conciliatrice des rapports entre restrictions conventionnelles et restrictions constitutionnelles de la liberté d'expression plaident en ce sens.

L'absence de toute motivation par la Cour de son constat de non-violation de l'article 10 C.E.D.H. oblige toutefois le juge *a quo* et les parties à spéculer sur le raisonnement auquel la Cour a eu recours pour entériner la compatibilité du texte au regard du droit conventionnel. L'exercice de « substitution de motifs » auquel nous nous sommes prêtés ne permet cependant pas de combler toutes les lacunes, et particulièrement l'impasse faite par la Cour sur l'existence de mesures moins attentatoires à la liberté d'expression. Dans son jugement du 14 septembre 2006, le juge brugeois a considéré, pour sa part, qu'il n'y avait pas en l'espèce de « restriction » (*beknotting*) à la liberté d'opinion et/ou à la liberté de la presse puisqu'il existe de nombreuses autres manières (vente en librairie ou via l'éditeur concerné, vente en ligne...) de parvenir à l'objectif souhaité, à savoir la conclusion d'abonnement à des périodiques. Il relève également que la Cour d'arbitrage est parvenue « à la même conclusion »⁵⁷ et se contente de reproduire les arguments développés par celle-ci⁵⁸.

On ne saurait toutefois reprocher à la Cour d'arbitrage de sous-estimer les difficultés du mécanisme préjudiciel ou de le prendre à la légère. Au contraire, sa jurisprudence témoigne d'une volonté de concilier harmonieusement dispositions constitutionnelles et conventionnelles, nonobstant la formulation de la question.⁵⁹ En l'espèce, la Cour d'arbitrage fait également la démonstration de son désir de

proportionnées au but légitime poursuivi » (arrêt n° 202/2004, 21 décembre 2004, B.12.2).

⁵⁷ Rappelons que, même si tel n'avait pas été le cas, le juge était contraint de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour d'arbitrage (article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage).

⁵⁸ Pt. 5.

⁵⁹ Voy. *supra*, le considérant cité note 55.

« coopération », ou à tout le moins de sa volonté de ne pas rendre inutile l'intervention des juges de Luxembourg. Les parties défenderesses alléguèrent ainsi que l'obligation d'autorisation qu'impose la disposition incriminée était susceptible d'entraver la circulation transfrontière des personnes, des biens et des services. La Cour d'arbitrage estima qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur la réalité – et la légalité – de cette entrave, relevant que le juge *a quo* avait déjà interrogé la Cour de justice des Communautés européennes sur ce point⁶⁰. Cette *judicial self-restraint*, qui contraste avec la position adoptée par la Cour à l'occasion d'autres affaires⁶¹, laissait le champ tout à fait libre aux juges de Luxembourg. Ceux-ci se prononcèrent sur la compatibilité du régime d'autorisation de la loi de 1993 au regard de la liberté de circulation dans leur arrêt *Openbaar Ministerie c. Marcel Burmanjer, René Alexander Van Der Linden, Anthony De Jong*.

3. Le dialogue avec la Cour de justice des Communautés européennes

Le dialogue entre le juge brugeois et la C.J.C.E. s'est avéré moins fructueux qu'on aurait pu l'espérer. D'abord, on regrettera que les questions posées par le tribunal correctionnel se soient limitées aux règles relatives à la libre circulation. La loi belge du 25 juin 1993 mettait également en cause un autre principe du droit communautaire qui, s'il avait été invoqué par le juge *a quo*, aurait peut-être influencé la réponse de la Cour de justice (a). Ensuite, on reprochera à cette dernière de n'avoir répondu qu'à demi-mot aux interrogations du tribunal de Bruges. Les incertitudes que laisse planer l'arrêt du 26 mai 2005 cadrent mal avec l'« esprit de coopération qui doit présider au fonctionnement du renvoi préjudiciel »⁶² (b). Enfin, on soulignera certaines carences du raisonnement tenu par le juge brugeois dans sa décision du 14 septembre 2006. Les directives d'interprétation que lui avait adressées la Cour de Luxembourg n'ont pas été pleinement comprises (c).

⁶⁰ C.A., arrêt n° 9/2004, 21 janvier 2004, B.6.1-2.

⁶¹ Voy. par ex. les arrêts n° 7/95 (B.4), n° 8/95 (B.13-17), n° 102/99 (B.26), n° 13/2000 (B.4.1-4.5), n° 20/2004 (B.9-10) et 195/2004 (B.25-27).

⁶² C-344/04 *International Air Transport Association*, 10 janvier 2006, in *Rec.*, p. I-403, pt. 31.

a. L'oubli du juge a quo : la liberté d'expression, principe général du droit communautaire

Le juge brugeois n'a pas interrogé la C.J.C.E. sur la compatibilité de la loi belge avec le principe du respect de la liberté d'expression. On ne sait trop si cet « oubli » témoigne d'une méconnaissance des compétences de la Cour ou s'il s'explique par la crainte de recevoir des réponses contradictoires de Bruxelles et de Luxembourg. Quels qu'en soient les motifs, cette omission ne sera relevée ni par la Cour de justice ni par son avocat général. Ceux-ci se contenteront d'examiner la conformité de la réglementation belge au regard des exigences de la libre circulation.

Cet oubli est d'autant plus étonnant que la protection des droits fondamentaux fait depuis longtemps partie des principes généraux du droit communautaire dont la C.J.C.E. assure le respect. Du reste, la liberté d'expression a souvent été invoquée – avec succès – devant les juges de Luxembourg et se trouve désormais explicitement consacrée à l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁶³.

On rappellera en outre que, loin de se limiter aux actes de droit dérivé, la compétence de la Cour de justice en matière de droits fondamentaux s'étend également à certaines mesures adoptées par les États membres. Il est en effet « de jurisprudence constante que, lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit communautaire, la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les

⁶³ On notera que, si ce texte demeure formellement dénué de tout effet juridique contraignant, la Cour de justice semble aujourd'hui disposée à en tenir compte dans le cadre de son office (voy. C-540/03 *Parlement c. Conseil*, 27 juin 2006, non encore publié au *Recueil*; A. BAILLEUX, « La Cour de justice et les droits de l'homme. À propos de l'arrêt *Parlement c. Conseil* du 27 juin 2006, in *J.T.*, 2006, pp. 589-593). La Cour d'arbitrage avait pour sa part déjà eu l'occasion de considérer que « en disposant que “la liberté académique est respectée”, l'article 13 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, même s'il est dépourvu de caractère directement contraignant, consacre également la liberté académique au rang de “valeur commune” de l'Union européenne. C'est donc également à la lumière de cette disposition que la liberté académique impliquée par les articles 19 et 24, § 1^{er}, de la Constitution doit s'interpréter » (arrêt n°167/2005, 23 novembre 2005, pt. B.18.3).

droits fondamentaux »⁶⁴. Or, il ressort aujourd'hui clairement de la jurisprudence de la C.J.C.E. que les mesures qui *dérogent* aux principes de libre circulation inscrits dans le traité C.E. doivent être considérées comme « entrant dans le champ du droit communautaire »⁶⁵ et peuvent dès lors être examinées par la Cour de justice à l'aune des droits fondamentaux. Au regard de cette jurisprudence, les juges du Kirchberg paraissent donc compétents pour évaluer la compatibilité de la réglementation belge avec le droit à la liberté d'expression.

Deux objections pourraient être opposées à cette conclusion. La première s'appuie sur l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux, aux termes duquel « [l]es dispositions de la présente Charte s'adressent (...) aux États membres uniquement lorsqu'ils *mettent en œuvre* le droit de l'Union » (nous soulignons). La lecture de cet article laisserait entendre *a contrario* que lorsqu'ils dérogent au droit communautaire, les États membres ne sont pas soumis au respect des droits fondamentaux garantis par ce dernier. Si elle s'autorise de l'avis de certains observateurs « privilégiés »⁶⁶, cette conception restrictive des pouvoirs de la Cour ne semble toutefois pas confirmée par les « explications » du Praesidium de la Convention chargée de rédiger la Charte. En outre, elle est loin d'emporter la conviction de la doctrine⁶⁷ et heurte de front la jurisprudence actuelle de la Cour.

⁶⁴ C-71/02 *Karner*, 25 mars 2004, *Rec.*, p. I-3025, pt. 49.

⁶⁵ Voy. e.a. C-260/89 *ERT*, 18 juin 1991, *Rec.*, p.I-2925, pts.42-43; C-368/95 *Familiapress*, 26 juin 1997, *Rec.*, p.I-3689, pt.24; C-71/02 *Karner* précité. *Contra*, C-60/84 et 61/84 *Cinéthèque*, 11 juillet 1985, *Rec.*, p. 2605.

⁶⁶ On pense en particulier à l'opinion exprimée "off the record" par l'ancien avocat général F. JACOBS (« Human Rights in the European Union : the Role of the Court of Justice », in *European Law Review*, 2001, p. 331-341).

⁶⁷ Avant la proclamation de la Charte déjà, voy. e.a. K. LENAERTS, « Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 423-457, spéc. pp. 446 et s ; J. TEMPLE LANG, « The Sphere in Which Member States Are Obligated to Comply with the General Principles of Law and Community Fundamental Rights Principles », in *Legal Issues of European Integration*, 1991, pp. 23-35 ; J. WEILER, N. LOCKHART, « "Taking Rights Seriously" Seriously : the European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence – Part I », in *Common Market Law Review*, 1995, pp. 21-94, spéc. pp. 59-82. Depuis la proclamation de la Charte, voy. e.a. L.F.M. BESSELINK, « The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter », in *Maastricht Journal*, 2001, pp. 68-

Enfin, il est peu probable que, davantage que les précédentes⁶⁸, cette nouvelle tentative de limitation de leurs compétences incite les juges de Luxembourg à revoir leur position.

On objectera d'autre part qu'en toute hypothèse, la réglementation mise en place par la loi du 25 juin 1993 ne constitue pas une dérogation à la libre circulation. En effet, dans la mesure où elle règle une « modalité de vente » au sens de la jurisprudence *Keck et Mithouard*, elle se trouve *en dehors* du champ d'application de l'article 28 C.E. et *échappe* de ce fait aux exigences de la libre circulation des marchandises⁶⁹. Elle ne saurait donc être assimilée aux réglementations relatives aux caractéristiques des produits qui, quoique jugées attentatoires à la libre circulation, peuvent néanmoins *déroger* à celle-ci en raison de l'importance de l'objectif qu'elles poursuivent. Cette objection ne manque assurément pas de pertinence.

101, spéc. p. 79 ; P. EECKHOUT, « The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question », in *Common Market Law Review*, 2002, vol. 39, pp. 945-994, spéc. pp. 977-979. *Contra*, voy. M. AVBELJ, « European Court of Justice and the Question of Value Choices », Jean Monnet Working Paper 06/04, disponible à l'adresse :

<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/papers04.html> (spéc. pp. 40-58).

⁶⁸ Depuis le traité d'Amsterdam, il ressort des articles 6 et 46 du traité sur l'Union européenne que la Cour de justice est compétente pour assurer le respect des droits fondamentaux « en ce qui concerne l'action des institutions ». Nulle part il n'est mentionné que cette compétence s'étend également à certaines mesures nationales. Délibéré ou non, ce silence n'a en tout cas pas eu pour effet d'entraîner un revirement de jurisprudence.

⁶⁹ Rappelons que dans l'arrêt *Keck et Mithouard* précité (note 22), la Cour a estimé que « n'est pas apte à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce entre les États membres, (...) l'application à des produits en provenance d'autres États membres de dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines *modalités de vente*, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres. En effet, dès lors que ces conditions sont remplies, l'application de réglementations de ce type à la vente des produits en provenance d'un autre État membre et répondant aux règles édictées par cet État n'est pas de nature à empêcher leur accès au marché ou à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux. Ces réglementations *échappent donc au domaine d'application de l'article 30* [aujourd'hui 28] du traité » (pts. 16-17 ; nous soulignons).

Elle rappelle tout l'intérêt de la jurisprudence *Keck* et l'attachement qu'y témoignent aujourd'hui encore les juges de Luxembourg⁷⁰. La distinction opérée par l'arrêt *Keck* semble toutefois perdre de son importance lorsque le respect des droits fondamentaux se trouve en jeu. Dans l'arrêt *Karner* du 25 mars 2004⁷¹, la C.J.C.E. fut ainsi amenée à se prononcer sur la validité d'une réglementation qui portait sur une modalité de vente. Après avoir considéré que la mesure en cause échappait au champ d'application de l'article 28 C.E. en vertu de la jurisprudence *Keck*, la Cour estima toutefois nécessaire d'examiner sa compatibilité avec le droit à la liberté d'expression. Le respect des droits fondamentaux paraissait exiger un contrôle plus large que la libre circulation des marchandises. Ce précédent permet d'écarter notre seconde objection. Même si elle répond aux conditions de l'arrêt *Keck*, une mesure nationale relative à une modalité de vente peut néanmoins être examinée sous l'angle du respect des droits de l'homme⁷².

Le juge brugeois aurait donc probablement pu interroger la C.J.C.E. sur la compatibilité de la réglementation belge avec la liberté d'expression. L'eût-il fait, nul ne peut deviner la réponse qui lui serait parvenue de Luxembourg. La Cour de justice aurait peut-être laissé au juge *a quo* le soin d'apprécier le caractère proportionné de l'atteinte à la liberté d'expression. Mais elle aurait tout aussi bien pu statuer elle-même sur cette question, au risque de contredire la Cour d'arbitrage. Enfin, rien n'interdit de penser que, confrontés à un grief tiré de la liberté d'expression *et* de la liberté de circulation, les juges de Luxembourg auraient fait preuve de davantage de sévérité à l'égard de la réglementation belge. Cette dernière hypothèse, qui s'appuie sur l'effet *cumulatif* des droits de l'homme et des libertés économiques

⁷⁰ Pour une critique récente et intéressante de cette distinction, voy. les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro du 30 mars 2006 dans C-158/04 et C-159/04 *Trofo Super-Markets AE*, non encore publiées au Recueil. La jurisprudence *Keck* a été récemment transposée par la Cour de justice au domaine de la libre prestation des services : cf. C-544 et 545/03 *Mobistar et Belgacom Mobiles*, 8 septembre 2005, *Rec.*, p. I-7723.

⁷¹ C-71/02 *Karner*, 25 mars 2004, *Rec.*, p. I-3025.

⁷² Cette interprétation de l'arrêt *Karner* est conforme aux conclusions présentées par l'AG Alber dans ladite affaire (voy. en particulier le point 74 de celles-ci). *Contra*, voy. toutefois F. DE CECCO, « Room to Move? Minimum Harmonization and Fundamental Rights », in *Common Market Law Review*, 2006, vol. 43, pp. 9-30, spéc. pp. 14-17.

fondamentales, ne s'est jamais vu confirmer par la Cour de justice. Elle n'est pourtant pas absurde. Chacun sait par exemple que l'étendue du droit à la vie privée peut varier en fonction du lieu et des personnes qui en jouissent. Dès lors, pourquoi le principe de libre circulation n'exigerait-il pas un respect plus ou moins inconditionnel⁷³ selon qu'il touche ou non à l'exercice d'un droit de l'homme ?

Quelles qu'en soient les origines – et les conséquences –, cette omission du juge brugeois illustre la difficulté de pratiquer la coopération à laquelle invite le mécanisme du renvoi préjudiciel. Involontaire, elle témoigne des problèmes de communication qu'éprouvent parfois les juges étatiques et communautaires. Délibérée, elle peut traduire la méfiance à l'égard d'une juridiction trop peu familière. Pour faire bonne mesure, on reconnaîtra cependant que l'oubli du juge *a quo* n'est pas incompréhensible eu égard au flou qui entoure la jurisprudence de la Cour de justice dans ce domaine. En outre, il n'est pas interdit de penser qu'en procédant à une « répartition des tâches » entre la C.J.C.E. et la Cour d'arbitrage, le juge brugeois s'est volontairement prémuni contre le risque de recevoir deux réponses contradictoires à une même question. On ajoutera enfin que ces « non-dits » ne sont pas seulement le fait du juge *a quo*. L'arrêt du 26 mai 2005 nous enseigne que la Cour de justice elle-même a parfois du mal à pratiquer l'art de la coopération.

b. Les silences du juge ad quem : les tribunaux nationaux face à un quintuple test ?

Les réponses données par la Cour de justice au juge brugeois étonnent par leur niveau d'abstraction. Après avoir considéré que le régime instauré par la loi belge concerne une modalité de vente et tombe dès lors *a priori* en dehors du champ d'application de l'article 28 C.E, la Cour déclare qu'« il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier si (...) ledit régime affecte de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et celle des produits en provenance des autres États membres, ainsi que, dans l'hypothèse où tel ne serait pas le cas, d'établir si le régime en cause est justifié par un objectif d'intérêt général (...) et s'il est proportionné à cet objectif ».

On imagine la surprise du juge brugeois à la lecture de ce commandement très général. Au terme de deux ans d'attente, la Cour de justice lui apprend ce que la lecture d'un manuel de droit européen

⁷³ Lequel se traduirait par un test de proportionnalité renforcé.

aurait suffi à lui rappeler : que dans la mesure où elle règle une modalité de vente, la loi belge échappe aux exigences de la libre circulation des marchandises s'il s'avère que son application n'affecte pas plus lourdement les producteurs étrangers que les autres (jurisprudence *Keck et Mithouard – De Agostini*) ; qu'en revanche, si elle ne satisfait pas à cette condition, la réglementation en cause doit être jugée contraire à la libre circulation des marchandises à moins qu'elle ne poursuive, de manière proportionnée, un objectif légitime d'intérêt général (jurisprudence *Dassonville – Cassis de Dijon*).

Le tribunal de Bruges espérait sans doute une réponse un peu plus précise. La Cour estime toutefois que les éléments dont elle dispose ne lui permettent pas de s'avancer au-delà de ces considérations très générales. Cette justification laisse songeur. En effet, on ne voit pas très bien pourquoi, mieux que la Cour de justice, le juge du fond serait en mesure d'évaluer l'impact de l'article 3 de la loi de 1993 sur le chiffre d'affaires des maisons d'édition nationales et étrangères. À l'évidence, il ne dispose ni des moyens ni du temps nécessaires à la conduite d'une enquête économique sur les retombées du système d'autorisation préalable prévu par la réglementation belge. Assurément, cette manière de renvoyer la question au juge étatique ne risque pas de l'encourager à retenter l'expérience du dialogue. À l'heure où l'arriéré judiciaire suscite un peu partout l'inquiétude, il ne faudrait pas que la procédure de question préjudicielle apparaisse à certains comme un luxe inutile.

Certes, la Cour de justice est elle-même tenue par des contraintes procédurales qui l'empêchent de se prononcer sur des questions de pur fait. Or, il n'est pas interdit d'estimer, à l'instar de la Cour de cassation, que le contrôle de la proportionnalité d'une norme emporte – au moins partiellement – une appréciation de fait⁷⁴. Il convient toutefois de noter que la position de retrait qu'implique une telle considération cadre mal avec l'attitude engagée qui est traditionnellement celle de la Cour de justice dans ce domaine⁷⁵. En

⁷⁴ Cass., (2^e ch.), 1er octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p.796, annoté in O. DE SCHUTTER, S. VAN DROOGHENBROECK, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, pp. 250-256. Sur la compétence de la Cour de cassation à l'égard du contrôle de proportionnalité, cf. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « La Cour de cassation reçoit-elle le principe de proportionnalité ? », à paraître dans les *Mélanges Paul Martens*.

⁷⁵ Voy. p. ex. C-254/98 *Heimdienst*, 13 janvier 2000, *Rec.*, p.I-151; C-449/98 *Guimont*, 5 décembre 2000, *Rec.*, p. I-10663.

outre, on ne peut s'empêcher de penser que la place qu'occupent les juges de Luxembourg dans l'ordre juridique communautaire – un ordre juridique en voie de formation, caractérisé par un mouvement centripète – n'est pas en tout point comparable avec celle de la Cour de cassation dans l'organisation judiciaire interne. Du reste, à l'inverse du pourvoi en cassation, le mécanisme du renvoi préjudiciel s'appuie sur une dynamique de coopération qui a précisément pour but de résoudre un litige concret.

À ces commentaires critiques, on rétorquera que la Cour n'a pas laissé le juge *a quo* tout à fait démuni. En effet, après s'être déclarée incapable d'établir avec certitude si le régime national de vente ambulante affecte plus lourdement la commercialisation des produits étrangers, la C.J.C.E. estime cependant qu'« il semble ressortir des éléments du dossier transmis à la Cour que, si ce régime devait avoir une telle incidence, celle-ci serait trop insignifiante et aléatoire pour pouvoir être considérée comme étant de nature à entraver (...) le commerce entre les États membres »⁷⁶.

Si elle offre une providentielle bouée de sauvetage au juge national, cette référence à l'*intensité* de l'effet discriminatoire de la réglementation nationale suscite néanmoins de nouvelles inquiétudes. Il semble en effet que cette consécration inattendue de la règle *de minimis*⁷⁷ aura moins pour effet de secourir les juges nationaux que de les surcharger. Elle ajoute encore un « étage » à la « pyramide » des tests qui composent l'examen de conformité d'une mesure nationale à l'aune de la libre circulation des marchandises. Désormais, après avoir déterminé qu'une mesure régit une modalité de vente (i) et qu'elle affecte plus lourdement les producteurs étrangers que les nationaux (ii), il faudra encore s'assurer que son effet discriminatoire n'est pas insignifiant ou aléatoire (iii)⁷⁸. Dans l'hypothèse où ces trois

⁷⁶ Pt. 31.

⁷⁷ Selon celle-ci, la compatibilité d'une mesure nationale avec le principe de libre circulation dépend de l'importance – ou de l'intensité, ou de la certitude – de l'atteinte que cette mesure porte à ce principe.

⁷⁸ Les spécialistes du droit communautaire noteront que la règle *de minimis* est invoquée ici par la Cour pour renforcer une interprétation stricte de l'article 28 C.E. – excluant certaines mesures discriminatoires de son champ d'application – et non, comme à l'ordinaire, pour en rendre possible une lecture particulièrement large – étendant son champ d'application au-delà des mesures discriminatoires. Pour une application de la règle *de minimis* dans cette perspective plus classique, voy. e.a. les

conditions sont remplies, il conviendra alors de faire application de l'article 28 C.E. en examinant la légitimité du but poursuivi par la mesure (iv) ainsi que le caractère proportionnel de celle-ci (v).

Si elle n'est pas condamnable en elle-même, la complexité de cette construction jurisprudentielle apparaît d'autant plus grande que les tests qui la composent s'appuient tous sur des critères relativement flous. L'insertion en leur sein d'une règle *de minimis* n'est assurément pas de nature à simplifier la tâche des juges. Car en définitive, comment déterminer si l'effet discriminatoire d'une mesure est « insignifiant et aléatoire » ? Ces menaces pour la sécurité juridique demeureraient encore relativement limitées si un seul juge était chargé d'appliquer et d'interpréter ces différents tests. Mais qu'en est-il lorsque la Cour de justice laisse aux juges nationaux le soin de répondre eux-mêmes à la question de la proportionnalité d'une mesure ou de l'intensité de son atteinte à la libre circulation ? Loin de favoriser l'application uniforme du droit communautaire, l'insertion d'une règle *de minimis* à appliquer par le juge national risque au contraire de la compromettre.

c. Les mécompréhensions du juge a quo : les discriminations de fait et la proportionnalité

Le jugement rendu le 14 septembre 2006 par le tribunal correctionnel de Bruges apporte du crédit à ces inquiétudes. Il témoigne des difficultés de compréhension qui peuvent surgir en aval du renvoi préjudiciel. S'interrogeant sur l'applicabilité des dispositions pénales à l'encontre des prévenus, le juge brugeois en analyse la conformité au regard du droit communautaire. Il déduit de l'arrêt de la Cour de justice que la législation belge est compatible avec la libre circulation des marchandises moyennant le respect de deux conditions.

D'une part, cette législation doit s'appliquer à tous les opérateurs concernés, quelle que soit l'origine – nationale ou étrangère – des produits qu'ils vendent. Alors même que la Cour avait jugé que la loi belge remplissait cette première condition, le tribunal de première instance livre sa propre analyse de la question, se contentant de noter que la Cour de justice est arrivée « à la même conclusion » (pt.7.2.1.) que lui. Si cette manière de procéder cadre mal avec l'effet contraignant qui s'attache aux réponses de la Cour de

conclusions de l'avocat général JACOBS dans C-412/93 *Leclerc-Siplec*, 9 février 1995, *Rec.*, p. I-179.

justice, on pardonnera toutefois au juge ce « délit d'irrévérence », qui ne porte pas à conséquences sur le fond. La suite du raisonnement est en revanche plus problématique.

Le tribunal estime d'autre part que la législation belge doit affecter « de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits originaires de cet État et celle en provenance d'autres États membres » (pt.7.2.2). D'emblée, le juge déclare que cette condition est remplie en l'occurrence. Il s'en explique assez longuement. Il rappelle d'abord que le régime organisé par la loi belge ne concerne pas la vente des produits en elle-même, mais seulement les personnes qui pratiquent la vente ambulante. Ce régime, poursuit le juge, oblige simplement quiconque, national ou étranger, désireux de vendre des abonnements à des périodiques par l'intermédiaire d'un commerce ambulante, à s'assurer à l'avance que la personne à laquelle il confie une telle mission présente bien toutes les garanties exigées par la loi. « Dès lors que les éditeurs de revue concernés, nationaux ou étrangers, procèdent sérieusement au filtrage de leurs collaborateurs potentiels, quelle que soit la relation juridique qu'ils entretiennent avec ces derniers, ils n'éprouveront aucun problème à obtenir l'habilitation nécessaire et à pratiquer la vente ambulante d'abonnements à des périodiques. Ce n'est donc pas la nationalité des éditeurs de périodiques ou celle des vendeurs ambulants eux-mêmes qui importe, mais bien les exigences légales intrinsèques auxquelles doivent satisfaire les vendeurs (...) »⁷⁹.

Rappelant le contenu de certaines dispositions de la loi mise en cause, le juge souligne ensuite que celle-ci a bel et bien pour but de préserver le consommateur de tout contact avec des vendeurs de mauvaise foi lorsqu'il se trouve sur la voie publique. Pour finir, le tribunal conteste l'opinion de l'avocat général Léger, selon laquelle la protection des consommateurs est suffisamment garantie par la directive 85/557. La faculté d'annulation qu'elle accorde aux acheteurs – et qui était, en l'espèce, inscrite sur le bon de commande qui leur était donné – se révèle en effet purement théorique et inefficace dès lors que les vendeurs de mauvaise foi inspirent presque toujours, à l'instar des escrocs, une confiance et une conviction telles que les clients en sont totalement « subjugués » (*overdonderd*). Le droit communautaire, conclut le tribunal, ne fait donc pas obstacle à l'application de la législation belge aux faits de l'espèce.

⁷⁹ Pt. 7.2.2. Traductions des auteurs.

Ces explications laissent sceptique. Elles n'offrent guère de réponses aux questions soulevées par la Cour de justice. Pour rappel, la C.J.C.E. laissait au tribunal de Bruges le soin de répondre à quatre questions « en cascade » : i) la loi belge affecte-t-elle plus lourdement les opérateurs étrangers ? ii) Si oui, cette discrimination *de facto* est-elle davantage qu'insignifiante et aléatoire ? iii) Si oui, cette loi poursuit-elle un objectif légitime ? iv) Si oui, est-elle proportionnée à cet objectif ?

Le tribunal ne suivra pas le schéma de raisonnement qui lui était imposé par la Cour. La motivation du jugement laisse transparaître une mécompréhension de la portée de la première question soulevée par la C.J.C.E. Le juge brugeois se contente en effet de rappeler que les autorisations préalables à la vente ambulante ne sont pas plus difficiles à obtenir pour des maisons d'édition ou pour des vendeurs d'origine étrangère que pour leurs homologues nationaux. Si elle n'est pas dénuée de pertinence, cette considération ne permet pas pour autant d'écarter l'hypothèse d'une discrimination *de facto* entre les opérateurs économiques belges et les autres, dans la mesure où elle ne tient pas compte de l'importance *particulière* de la vente ambulante pour des éditeurs étrangers. « En effet (...), le recours à des colporteurs constitue un moyen efficace de faire connaître à des clients potentiels, en vue de les inciter à la souscription d'abonnements, des périodiques provenant d'autres États membres avec lesquels ils sont moins familiarisés qu'avec des périodiques nationaux »⁸⁰. La discrimination de fait qui existe dans une librairie entre des périodiques nationaux – bien connus du client – et des revues étrangères explique l'intérêt accru de la sollicitation *ad personam* pour les éditeurs de celles-ci. Par ricochet, les entraves – aussi minimales soient-elles – à ces méthodes de sollicitation sont susceptibles d'affecter plus lourdement ces derniers. C'est cette évidence économique fondamentale que la Cour avait à l'esprit en rendant son arrêt, et dont elle demandait au juge national d'évaluer la pertinence *in casu*. On ne s'étonnera pas qu'en s'exprimant à demi-mot, les juges de Luxembourg n'aient été qu'à moitié compris.

Le tribunal eût-il conclu à l'existence d'une discrimination *de facto*, son évaluation de la proportionnalité de la mesure aurait peut-être été différente. On notera à cet égard qu'après avoir constaté l'absence de discrimination *de iure* ou *de facto* – un constat suffisant pour « blanchir » la loi belge au regard du droit communautaire –, le

⁸⁰ Conclusions précitées de l'avocat général Léger, pt. 87.

juge de renvoi décide encore de se pencher sur les objectifs poursuivis par le régime d'autorisation préalable. Cependant, loin du test de proportionnalité classique, il soumet la loi belge à un seul contrôle *d'efficacité*. Il estime ainsi que le régime instauré par cette loi offre aux consommateurs une meilleure protection que les garanties prévues par la directive 85/557. On rappellera pourtant qu'à côté des tests d'adéquation et de nécessité, destinés à mesurer l'impact de la règle litigieuse sur l'objectif qu'elle poursuit, le contrôle de proportionnalité implique également une véritable *mise en balance* des intérêts divergents. Cette exigence de conciliation, inhérente à la proportionnalité, n'apparaît nulle part dans le jugement du tribunal.

Ces insuffisances mettent en lumière les limites du dialogue préjudiciel. Elles doivent en particulier servir de signaux « négatifs » à la Cour de justice, parfois trop prompte à laisser aux autres ce qu'elle pourrait sans doute décider toute seule⁸¹. Elles doivent en tout cas l'amener à se demander s'il est bien raisonnable d'attendre d'un juge correctionnel qu'il se comporte comme un juge constitutionnel.

Conclusion

Le dialogue préjudiciel ne correspond pas toujours aux images que l'on s'en fait. Conçu pour favoriser l'application uniforme du droit dans des ordres juridiques complexes, il comporte une part d'indétermination qui l'empêche parfois d'atteindre son objectif. Deux facteurs permettent d'expliquer cette part d'inconnue et d'en mesurer l'ampleur.

Cette indétermination résulte d'abord des problèmes de communication qui émaillent parfois le « dialogue des juges ». La façon dont le juge brugeois « applique » l'arrêt de la Cour de justice est particulièrement significative à cet égard. Remarquons par ailleurs que les problèmes de communication peuvent aussi se situer en amont de la procédure préjudicielle. On pourrait ainsi attribuer à une méconnaissance de la jurisprudence communautaire l'oubli du juge de renvoi d'interroger la Cour de justice sur le plan de la liberté d'expression. À moins que ce choix ne trouve son origine dans des considérations plus « stratégiques » de la part du juge du fond. Ce qui nous amène au second facteur d'indétermination.

⁸¹ Pour une approche similaire à celle retenue dans l'arrêt qui nous occupe, voy. C-441/04 *A-Punkt Schmuckhandels*, 23 février 2006, *Rec.*, p. I-2093.

L'indétermination inhérente à la procédure préjudicielle procède également de la liberté dont jouissent ceux qui y ont recours. L'usage qu'ils en font peut déterminer l'issue du litige. On notera par exemple que rien n'obligeait le juge brugeois à entamer un dialogue préjudiciel avec Bruxelles ou Luxembourg. Il était libre de trancher seul et, le cas échéant, d'écarter l'application de la loi belge en s'appuyant sur le droit international conventionnel. Il était également libre de choisir ses éventuels interlocuteurs. Il aurait, par exemple, tout aussi bien pu réserver à la seule Cour d'arbitrage l'ensemble de ses questions, en laissant à cette dernière le soin d'interroger la C.J.C.E. sur l'un ou l'autre point. La Cour d'arbitrage ayant en principe l'obligation de solliciter la Cour de justice pour toute question d'interprétation du droit communautaire⁸², la possibilité de renvois successifs se serait cependant inévitablement traduite par un allongement des délais de procédure. À cet égard, la saisine simultanée des deux juridictions présentait incontestablement l'avantage de la célérité et du respect d'un délai raisonnable. Enfin, on notera que le tribunal correctionnel était libre de choisir la teneur de ses questions préjudicielles. Interrogée sur l'existence d'une discrimination au regard des règles européennes relatives à la liberté de circulation et en l'absence de saisine parallèle de la C.J.C.E., la Cour d'arbitrage aurait encore pu faire le « choix » de trancher d'autorité la question⁸³. À l'inverse, nul ne sait quelle aurait été la position de la C.J.C.E. si elle avait été

⁸² Article 234, al. 3 du traité C.E. Le fait que la Cour d'arbitrage statue au contentieux préjudiciel ne modifie en rien ce constat. En ce sens, R. ERGEC, « La Cour d'arbitrage et le juge international et européen. La censure du législateur : le justiciable entre la Cour d'arbitrage, la Cour de Strasbourg et la Cour de Luxembourg », in F. Delpérée, A. Rasson-Roland et M. Verdussen (éds.), *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage – Dix ans de jurisprudence constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 225. Pour des exemples récents de questions posées à la C.J.C.E. par la Cour d'arbitrage, voy. les arrêts n° 139/2003 du 29 octobre 2003, n° 124/05 du 13 juillet 2005, n° 126/05 du 13 juillet 2005 et 51/2006 du 19 avril 2006..

⁸³ On connaît à cet égard le recours parfois très « libre » des juridictions du dernier degré à la doctrine de l'« acte clair » énoncée par la Cour de justice dans son arrêt *Cilfit* du 6 octobre 1982 (aff.283/81, *Rec.*, p.3415). Voy. en ce sens, dans un contexte très similaire, l'arrêt du Conseil d'État italien expliqué et commenté par L. DANIELE, « La protection des droits fondamentaux peut-elle limiter la primauté du droit communautaire et l'obligation de renvoi préjudiciel ? », in *Cah. dr. eur.*, 2006, n°1-2, p. 67-81.

interrogée sur la compatibilité de la loi belge avec la liberté de circulation *et* la liberté d'expression⁸⁴.

L'affaire que nous avons analysée nous apprend que les juges *ad quem* jouissent également d'une certaine marge de manœuvre lorsqu'ils sont saisis d'une question préjudicielle. D'une part, ils peuvent décider de ne pas répondre à cette question. On rappellera à cet égard le refus de la Cour d'arbitrage de se prononcer sur la conformité de la loi belge avec le droit communautaire. D'autre part, ils ont la liberté de n'y répondre qu'en des termes très généraux. L'arrêt de la Cour de justice illustre très clairement la réticence de certains juges à s'engager trop avant dans la résolution du cas qui leur est présenté.

Ces observations ne doivent bien évidemment pas jeter le discrédit sur le mécanisme de renvoi préjudiciel.

Il convient d'abord de souligner la complexité particulière de l'affaire que nous avons analysée. Ce n'est pas tous les jours qu'un juge belge pose simultanément deux questions préjudicielles à deux juridictions différentes. Ce « concours de questions préjudicielles »⁸⁵ est d'autant plus exceptionnel que les deux juridictions « expertes » interrogées en l'espèce paraissaient chacune compétente pour répondre à *l'ensemble* des questions posées par le juge *a quo*. Tandis qu'une certaine jurisprudence de la Cour d'arbitrage semblait l'autoriser à examiner la validité de la loi belge au regard du droit communautaire, l'arrêt *Karner* de la Cour de justice habilitait cette dernière à analyser la compatibilité de ladite loi avec la liberté

⁸⁴ Rappelons qu'à suivre la lettre des dispositions organiques des deux juridictions, l'objet des questions soumises à la Cour d'arbitrage ne saurait être le même que celui des questions déferées à la C.J.C.E. Il est donc en principe exclu que la première soit amenée à se prononcer sur la conformité de dispositions législatives au regard des normes de référence dont le contrôle a été attribué à la seconde, et inversement. Toutes deux ont néanmoins contribué à brouiller ce constat, en s'estimant compétentes pour contrôler le respect du droit international des droits de l'homme, et spécialement de l'« acquis » strasbourgeois. En définitive, ces cours ont elles-mêmes créé certaines situations de concours de questions préjudicielles. Et l'élargissement des compétences de la Cour d'arbitrage (*supra*, II.2) ne paraît pas de nature à enrayer cette tendance.

⁸⁵ Voy. G. BOLIAU, J. SPREUTELS, J.-T. DEBRY *et al.*, « Le concours de questions préjudicielles (Cour d'arbitrage, Cour de justice des Communautés européennes et Cour de justice Benelux), in *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, La Chartre, 2006, pp. 295-359.

d'expression. Ces « hiérarchies enchevêtrées » font peser une charge non négligeable sur le juge du fond. C'est à lui seul qu'il appartient de décider d'interroger un juge ou les deux, de solliciter leur avis sur les mêmes questions ou de procéder à une répartition des tâches et, enfin, de leur adresser ses questions simultanément ou de définir un ordre de priorité entre les juridictions⁸⁶. On conviendra qu'en l'espèce, le juge brugeois s'est adroitement acquitté de cette tâche délicate. En invoquant des griefs différents dans les questions posées respectivement à Bruxelles et à Luxembourg, il a limité les risques de réponses contradictoires et a probablement assuré un meilleur respect de délais de procédure raisonnables.

Ensuite, on rappellera cette vérité herméneutique fondamentale qui veut que « la textualité juridique (...) est à la fois écrite et lue, produite et interprétée tant par ses auteurs que par ses lecteurs »⁸⁷. En d'autres termes, qu'elle résulte d'un soliloque ou d'un dialogue, l'interprétation d'un texte juridique contient toujours une part d'indétermination. On peut même aller plus loin en affirmant que tout processus interprétatif implique nécessairement une forme de dialogue ou de communication entre l'auteur – de la norme, du texte, de l'œuvre artistique⁸⁸ – et son lecteur. En ce sens, la procédure de renvoi préjudiciel ne fait que mettre à jour l'inévitable « texture ouverte du droit »⁸⁹.

Enfin, on reconnaîtra l'intérêt que présente la procédure de renvoi préjudiciel dans nos ordres juridiques fragmentés. Face à l'émergence de l'« État constitutionnel »⁹⁰, le dialogue de juge à juge permet sans doute mieux que tout autre de concilier l'unité du droit et l'efficacité de la justice.

⁸⁶ Dans le même sens, *ibidem*, spéc. pp. 327-340. Adde : C-322/98 *Kachelmann*, 26 septembre 2000, *Rec.*, I-7505, pt.16.

⁸⁷ F. OST, M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 399.

⁸⁸ Voy. O. CAYLA, « La souveraineté de l'artiste du second temps », in *Droits*, n°12, 1990, p. 129-147.

⁸⁹ H. HART, *Le concept de droit*, 2^e éd., trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 143-154.

⁹⁰ Sur cette notion, voy. G. ZAGREBELSKY, *Le droit en douceur*, trad. M. Leroy, coll. droit public positif, Paris-Aix, Economica - Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000.

Il n'empêche. Derrière le discours du dialogue et de la coopération entre juges se cachent des difficultés que l'on aurait tort de sous-estimer. Si le dialogue préjudiciel est à la fois sain, légitime et nécessaire, il doit cependant être pratiqué avec rigueur et évalué avec discernement.