

LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE ET DU CONSEIL D'ÉTAT

MAXIME VANDERSTRAETEN

AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES (NAUTA DUTILH)
ASSISTANT À L'UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS – BRUXELLES ET À L'UNIVERSITÉ
LIBRE DE BRUXELLES

INTRODUCTION

1. « J'aime l'entreprise ». Ces mots prononcés par le Premier ministre français Manuel Valls à la fin de l'été 2014, devant un parterre de chefs d'entreprise, n'ont pas manqué d'alimenter le débat public sur l'esprit et la liberté d'entreprendre (1).

Rétrospectivement, cette déclaration d'amour perd toutefois de son éclat une fois confrontée au discours de politique générale prononcé deux semaines plus tard, M. Valls déclarant cette fois croire en la « main visible de l'État » (2), détournant ainsi l'expression de l'économiste libéral Adam Smith.

2. L'exception est la règle. Cette ambiguïté illustre la difficulté de cerner les contours des libertés économiques, lesquelles sont essentiellement définies de manière négative, par référence aux atteintes qui leur sont portées soit par les pouvoirs publics, soit par les acteurs économiques eux-mêmes (3).

(1) Voy. not. F. GARÇON, « Manuel Valls "aime l'entreprise" : une déclaration puéride digne d'une cour de récré », *Nouvelobs.com*, 29 août 2014.

(2) La déclaration de politique générale est disponible à l'adresse suivante : <http://www.lefigaro.fr/politique/le-scan/2014/09/18/25001-20140918ARTFIG00208-16-septembre-2014-la-declaration-de-politique-generale-de-manuel-valls.php> (dernière consultation le 19 janvier 2015).

(3) L. BOY et P. REIS, « Libertés économiques et droits de l'homme? », in *Droit économique et droits de l'Homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 269.

BRUYLANT

Au vu de l'interventionnisme sans cesse croissant des pouvoirs publics dans l'économie, le rappel que la liberté du commerce et de l'industrie est une « règle d'or » du droit économique classique⁽⁴⁾ est parfois le sujet d'amères dérisions⁽⁵⁾. Le catalogue des restrictions à cette liberté est en effet devenu à ce point étendu que l'on se prête plus volontiers à l'énumération des espaces de liberté résiduels⁽⁶⁾.

3. Liberté d'entreprendre : *What's in a name?* Nous nous proposons de relire ce constat quelque peu pessimiste à la lumière de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle relative à la liberté d'entreprendre.

Cet exercice est d'emblée compliqué par la circonstance que ces juridictions ne font qu'exceptionnellement référence à la « liberté d'entreprendre », et lui ont jusqu'ici préféré la notion de « liberté du commerce et de l'industrie » issue de l'article 7 du décret d'Allarde⁽⁷⁾. Ce n'est que depuis l'abrogation de ce décret par l'article 3 de la loi du 28 février 2013 introduisant le Code de droit économique que les articles II.3 et II.4 dudit Code emploient l'expression « liberté d'entreprendre »⁽⁸⁾.

Au reste, ni la liberté du commerce et de l'industrie, ni la liberté d'entreprendre ne sont légalement définies et les deux notions sont

(4) Ph. QUERTAINMONT, *Droit public économique – L'interventionnisme économique des pouvoirs publics*, Waterloo, Kluwer, 2007, p. 37.

(5) A. MANITAKIS, *La liberté du commerce et de l'industrie en droit belge et en droit français*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 41 (« la reconnaissance d'une valeur simplement législative du principe de la liberté du commerce et de l'industrie réduit considérablement sa portée et annonce son déclin. Sa subordination à la loi signifie sa subordination aux exigences de l'interventionnisme et de la politique économique gouvernementale. La portée réelle du principe... est dès lors à tel point réduite que l'on se demande ce qui reste vraiment de son contenu originel ») ; M. HERBIET, « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et sa protection par le Conseil d'État », *A.P.T.*, 1987, pp. 177-178 et pp. 181-187 et les références citées.

(6) *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Séminaire organisé à l'occasion du 50^e anniversaire de la Commission Droit et Vie des Affaires, Bruxelles, Bruylant, 2007.

(7) Décret des 2-17 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes, et établissement de patentes, dit « décret d'Allarde ». Ce décret a été rendu applicable en Belgique le 10 novembre 1795 et dispose en son art. 7 qu'« il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon (...) ».

(8) Ces art. disposent respectivement que « Chacun est libre d'exercer l'activité économique de son choix » et que « La liberté d'entreprendre s'exerce dans le respect des traités internationaux en vigueur en Belgique, du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire tel qu'établi par ou en vertu des traités internationaux et de la loi, ainsi que des lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs et des dispositions impératives ».

souvent confondues(9). L'on enseigne que la liberté du commerce et de l'industrie comporte deux volets(10) :

- d'une part, la liberté d'entreprendre, c'est-à-dire la liberté de créer une entreprise ou d'exercer une profession de son choix, ainsi que la liberté de diriger son entreprise à son gré ;
- d'autre part, la libre concurrence, qui limite notamment les conditions dans lesquelles les personnes publiques peuvent se livrer à des activités économiques et concurrencer l'initiative privée(11).

Pour les besoins de la présente contribution, nous nous concentrerons sur le premier volet relatif à l'interventionnisme public indirect dans l'économie, qui est celui qui a donné lieu à la jurisprudence constitutionnelle et administrative la plus abondante. Le volet relatif à la libre concurrence entre entreprises privées et publiques ne sera pas examiné(12), pas plus que les pratiques des opérateurs privés susceptibles d'attenter aux libertés économiques.

4. Liberté d'entreprendre et contentieux objectif. La jurisprudence constitue un angle d'approche éminemment pertinent pour appréhender le contenu de la liberté d'entreprendre(13). C'est le juge qui a notamment permis l'interprétation évolutive du décret d'Allarde, en l'adaptant aux nécessités contemporaines de l'interventionnisme économique public(14).

(9) J.-Ph. FELDMAN, « Le Conseil constitutionnel et la liberté d'entreprendre », *R.T.D.H.*, 2002, pp. 1089-1091 ; Ph. CHRESTIA, « Conformité à la Constitution de la priorité reconnue aux communes en matière de concession de plage », note sous C.E. fr., 22 mai 2013, *A.J.D.A.*, 2013, p. 1977, note 1.

(10) Ph. QUERTAINMONT, *Droit public économique*, *op. cit.*, p. 37.

(11) M. Herbiet et A.-L. Durviaux divisent cet aspect en deux volets distincts : d'une part le droit à la libre concurrence, d'autre part le principe de non-ingérence de l'État dans la vie économique (*Droit public économique*, Bruges, La Charte, 2008, pp. 15-16).

(12) Sur l'interventionnisme direct des pouvoirs publics, voy. P. NIHOUL, « L'intervention des pouvoirs publics dans l'économie et la liberté d'entreprendre », in *Liberæ Cogitationes. Liber amicorum Marc Bossuyt*, Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 467-480 ; Ph. QUERTAINMONT, « Entreprise publique et marché concurrentiel », in *Liber amicorum Bernard Glansdorff*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 495-515 ; N. THIRION, Th. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGGER, M. SIMONIS, *Droit de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 265 et s.

(13) Le projet de loi devenu loi du 28 février 2013 introduisant le Code de droit économique observe très justement que « La vigueur qu'a conservée, dans l'ordre juridique belge, la règle de l'article 7 du décret d'Allarde, peut être illustrée par les cas d'application assez nombreux rencontrés dans la jurisprudence » (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2543/1, p. 21) ; voy. égal. M. HERBIET, *op. cit.*, p. 214, qui relève que « La liberté du commerce et de l'industrie n'étant pas protégée expressément par notre Constitution, c'est le juge qui en est le garant le plus sûr ».

(14) Ph. QUERTAINMONT, « Entreprise publique et marché concurrentiel », *op. cit.*, p. 500. Quoique rédigés de façon moins elliptique que le décret d'Allarde, les art. II.3 et II.4 du Code de droit économique demeurent eux aussi susceptibles d'interprétations multiples et changeantes.

La jurisprudence examinée ci-après s'inscrit plus précisément dans le contexte d'un contentieux dit « objectif », que l'on oppose traditionnellement au contentieux subjectif des droits civils et des droits politiques (15). Dans ce cadre, le recours est dirigé contre un acte, et non contre la personne morale qui l'a édicté. Le juge est appelé à déterminer si cet acte est conforme aux normes supérieures dont il assure le contrôle. Les recours en annulation ouverts devant le Conseil d'État et la Cour constitutionnelle constituent les manifestations les plus notoires de ce contentieux objectif.

5. Plan. S'agissant d'apprécier la conformité d'une norme à une règle qui lui est supérieure dans la hiérarchie des normes, il paraît utile, dans un premier temps, de s'interroger sur la valeur normative de la liberté d'entreprendre (Section 1).

Nous examinerons ensuite le contenu de cette liberté à travers une sélection d'arrêtés récents de la Cour constitutionnelle (Section 2) et du Conseil d'État (Section 3).

Nous concluons en tentant d'identifier les tendances communes à ces deux jurisprudences, qui témoignent à notre sens de la vigueur sous-estimée de la liberté d'entreprendre (Section 4).

SECTION 1. LES MULTIPLES VISAGES NORMATIFS DE LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE

6. Absence de consécration constitutionnelle et valeur législative.

La liberté d'entreprendre n'est pas, en tant que telle, constitutionnellement garantie (16). Il ne s'agit pas d'une exception belge : mis à part l'Espagne, l'Allemagne et le Portugal, aucun constituant européen n'a inscrit la liberté d'entreprendre parmi les libertés fondamentales (17).

(15) P. DE BANDT, M. VANDERHELST, *L'intervention publique dans la sphère économique – Fondements, principes et limites*, coll. « Dossier du Journal des Tribunaux », Bruxelles, Larcier, 2013, p. 128.

(16) M. HERBIET, *op. cit.*, pp. 179-180.

(17) P. NIHOUL, *op. cit.*, pp. 452-452 ; P. MARTENS, « Réflexions sur la liberté, le droit et les affaires », in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, *op. cit.*, p. 3. En France, quoique la liberté d'entreprendre ne figure dans aucun texte constitutionnel, le Conseil constitutionnel a cru pouvoir en déduire la substance de l'art. 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (J.-Ph. FELDMAN, *op. cit.*, pp. 1091-1094, commentant la décision du Conseil constitutionnel du 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC).

Il y a bien eu une tentative d'inclure la liberté d'entreprendre au sein des droits économiques, sociaux et culturels de l'article 23 de la Constitution, mais cette proposition parlementaire n'a pas abouti(18).

Le fondement de la liberté d'entreprendre en droit positif demeure donc législatif(19) et se déduit principalement de l'article 7 décret d'Allarde, désormais remplacé par les articles II.3 et II.4 du Code de droit économique(20). Les documents parlementaires de la loi du 28 février 2013 confirment d'ailleurs que « l'insertion de [l'article II.3] dans le Code ne lui donnera pas le caractère de droit fondamental, dès lors que la place de cette règle dans la hiérarchie des normes est celle d'une loi ordinaire avec tous les défauts qui y sont inhérents, parmi lesquels, principalement, le fait qu'il n'y ait pas d'obstacle (de droit national) à ce qu'il soit dérogé aux dispositions de l'article II.2(21) du Code par le biais d'une disposition légale spécifique »(22).

7. Manifestations constitutionnelles. Nonobstant la valeur législative de la liberté d'entreprendre, récemment confirmée par le Conseil d'État(23), certaines manifestations de la liberté d'entreprendre ont reçu une traduction constitutionnelle, comme l'article 16 relatif aux expropriations. En 1840, un arrêt isolé de la Cour de cassation déduira même de cette disposition qu'« Il est dans l'esprit de la Constitution belge de garantir le libre exercice [du commerce et de l'industrie] comme il garantit la sûreté de la propriété (...) »(24). L'article 23 de la Constitution, qui depuis 1994 consacre le libre choix d'une activité professionnelle parmi les droits économiques, sociaux et culturels, peut également être vu comme une manifestation constitutionnelle de la liberté d'entreprendre.

(18) *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2006-2007, n° 1930/1.

(19) M. HERBIET et A.-L. DURVIAUX, *op. cit.*, p. 14 ; Ph. QUERTAINMONT, *Droit public économique, op. cit.*, p. 47 ; P. NIHOUL, *op. cit.*, p. 449 ; D. YERNAULT, *L'État et la propriété – Le droit public économique par son histoire (1830-2012)*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 207.

(20) Ces dispositions sont entrées en vigueur le 12 décembre 2013 (arrêté royal du 8 décembre 2013 relatif à l'entrée en vigueur de certains livres du Code de droit économique).

(21) Cette disposition énumère les objectifs du Code, parmi lesquels figure la garantie de la liberté d'entreprendre.

(22) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2543/1, p. 23.

(23) C.E., 25 avril 2014, n° 227.179, *Regina Pacis* : « la liberté du commerce et de l'industrie consacrée par l'article 23 de la Constitution et par le décret d'Allarde est une règle de valeur législative ».

(24) Cass., 25 mai 1840, *Pas.*, 1840, I, 391, cité par D. YERNAULT, *op. cit.*, p. 201.

8. Consécration par la loi spéciale. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie est également consacré par l'article 6, § 1^{er}, VI, al. 3, de la loi spéciale du 8 août 1980(25). Quoique qu'*a priori* adressée uniquement aux régions dans l'exercice de leurs compétences économiques, cette disposition s'impose également aux communautés dans la mise en œuvre de leurs compétences lorsque celles-ci revêtent des aspects économiques, ainsi qu'au législateur fédéral ordinaire(26).

9. Droit européen. Depuis le Traité de Rome en 1957, des libertés économiques plus larges, plus précises et plus effectives que la liberté du commerce et de l'industrie pèsent sur les États membres des Communautés puis de l'Union européenne(27). Ces libertés de circulation, désormais inscrites dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (art. 28, 45, 49, 54 et 56 du T.F.U.E.), ont un effet direct dans l'ordre interne et priment sur les dispositions du droit national.

Ces libertés économiques européennes ont reçu de très nombreuses applications dans le droit dérivé européen. Mentionnons à ce titre la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (ou directive « services »(28)), laquelle a été transposée par le livre III du Code de droit économique(29).

En outre, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a été hissée au rang de droit primaire de l'Union et doit être prise en compte pour apprécier la validité des normes internes dans toute situation régie par le droit de l'Union(30). L'article 16 de la Charte consacre

(25) Cette disposition, insérée par l'art. 4, § 8, de la loi spéciale du 8 août 1988, dispose que : « En matière économique, les Régions exercent leurs compétences dans le respect des principes de la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux et de la liberté de commerce et d'industrie, ainsi que dans le respect du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire, tel qu'il est établi par ou en vertu de la loi, et par ou en vertu des traités internationaux ».

(26) *Cf. infra*, n° 17.

(27) Y. DE CORDT, G. DE PIERPONT, « Les libertés économiques dans le Code de droit économique », *J.T.*, 2014, p. 712 ; D. YERNAULT, *op. cit.*, p. 208.

(28) Sur cette directive, voy. A.-L. DURVIAUX, Th. DELVAUX, « Commerce ambulant : les libertés de circulation et la directive service font un tour sur le marché communal », *A.P.T.*, liv. 3, 2012, pp. 526-529.

(29) Y. DE CORDT, G. DE PIERPONT, *op. cit.*, p. 714.

(30) En vertu de l'art. 51.1 de la Charte, celle-ci ne s'applique aux États membres que « lorsque ceux-ci mettent en œuvre le droit de l'Union ». Voy. égal. C.J.U.E., 26 février 2013, aff. C-617/10, *Aklagaren*, pt 19.

expressément la liberté d'entreprendre(31), dont la Cour de justice a par ailleurs reconnu qu'il s'agit d'un principe général de droit de l'Union(32).

Notons que la liberté d'entreprendre n'est en revanche pas consacrée en tant que telle par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (C.E.D.H.). Toutefois, dans la mesure où les interventions des pouvoirs publics ont un impact sur les biens des entrepreneurs, l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention, qui protège le droit de propriété, peut être invoqué(33). Le champ d'application de cette disposition est plus large que l'article 16 de la Constitution, qui se limite aux cas d'expropriation.

10. Valeur législative... renforcée ? Les diverses manifestations supra-législatives, voire supra-constitutionnelle de la liberté d'entreprendre tendent à attester de la portée singulière dont jouit ce principe. En particulier, l'inscription de la liberté d'entreprendre dans une loi spéciale, c'est-à-dire dans une norme législative votée selon une majorité renforcée et bénéficiant donc d'une certaine stabilité, a conduit certains auteurs à reconnaître à cette liberté un statut intermédiaire entre les libertés constitutionnelles et les droits simplement garantis par une loi ordinaire(34).

En pratique, force est néanmoins de constater que ni la Cour constitutionnelle, ni le Conseil d'État ne semblent s'embarrasser de telles subtilités. Ces juridictions manient apparemment sans contradiction les multiples instruments précités, sans accorder une importance particulière à leur situation respective dans la hiérarchie des normes.

11. Valeur résiduelle. Au-delà de la valeur normative *s.s.* de la liberté d'entreprendre, il faut également reconnaître à celle-ci une

(31) « conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales ».

(32) Récemment, voy. T.U.E., arrêt du 14 janvier 2015, T-406/13, pt 100. Cet arrêt note que « selon une jurisprudence constante, le droit de propriété et la liberté d'entreprise n'apparaissent pas comme une prérogative absolue, mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société [...] » (pt 101) ; « la liberté d'entreprise peut être soumise à un large éventail d'interventions de la puissance publique susceptibles d'établir, dans l'intérêt général, des limitations à l'exercice de l'activité économique [...] » (pt 102).

(33) P. DE BANDT, M. VANDERHELST, *op. cit.*, pp. 58-60.

(34) M. HERBIET et A.-L. DURVIAUX, *op. cit.*, p. 14 ; P. DE BANDT, M. VANDERHELST, p. 61 ; *contra* : D. YERNAULT, *op. cit.*, p. 937.

valeur *résiduelle* (35). La liberté d'entreprendre est en effet le principe qui trouve à s'appliquer chaque fois qu'une loi restrictive n'y fait pas obstacle (36). En termes plus lyriques, le Conseil d'État a récemment rappelé que le domaine des jeux de hasard, quoique fortement régulé, « n'échappe pas à l'un des principes gouvernant un État démocratique, à la différence d'une dictature, selon lequel tout ce qui n'est pas interdit, est permis » (37).

SECTION 2. LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

§ 1^{er}. *La nature du contrôle opéré par la Cour constitutionnelle*

12. Généralités. La Cour constitutionnelle est habilitée à contrôler la validité des normes législatives au regard des règles répartitrices des compétences et au regard des droits et libertés garantis par le titre II de la Constitution (art. 8 à 32) ainsi que par les articles 143, § 1^{er} (principe de la loyauté fédérale), 170 (principe de légalité en matière fiscale), 172 (principe d'égalité en matière fiscale) et 191 (protection des étrangers), de la Constitution (38).

Le contrôle opéré par la Cour s'exerce soit à l'occasion d'un recours en annulation introduit en principe dans les six mois de la publication de la norme attaqué au *Moniteur belge*, soit en réponse à une question préjudicielle posée par une juridiction.

13. Pas de contrôle direct au regard de la liberté d'entreprendre. Il résulte de l'énumération qui précède que, s'agissant des droits et libertés fondamentaux, la Cour ne veille au respect que de certaines dispositions de la Constitution, et n'est pas compétente pour le surplus. Les droits et libertés garantis ailleurs que dans la Constitution

(35) M. HERBIET, *op. cit.*, pp. 185-186 ; Ph. QUERTAINMONT, *Droit public économique, op. cit.*, p. 48.

(36) C.E., 3 juillet 1998, n° 74.948, *Van der Stichele* (« Considérant que, dans un régime de libre entreprise, il n'existe pas d'interdiction générale d'exercice d'une activité » que l'autorité devrait lever; que le principe fondamental, consacré notamment par les articles 12 et 23, 1^o, de la Constitution et par l'article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, est au contraire la liberté d'entreprendre, laquelle ne peut être restreinte que par un texte qui, étant une exception à la règle générale, doit être interprété de manière restrictive »), cité par P. NIHOUL, *op. cit.*, pp. 448-449.

(37) C.E., 18 novembre 2014, n° 229.200, *SA Rocoluc*.

(38) Art. 142 de la Constitution et art. 1^{er} de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

(dans une norme législative ou un traité international, par ex.) ne figurent donc en principe pas parmi les normes de contrôle de la Cour.

C'est la raison pour laquelle la Cour, ayant constaté que la liberté de commerce et d'industrie n'est pas garantie par l'article 23, al. 3, 1^o, de la Constitution (39), se déclare incompétente pour examiner un moyen pris directement de la violation de l'article 7 du décret d'Allarde (40).

14. Contrôle indirect au regard des articles 10 et 11 de la Constitution. La Cour a néanmoins interprété sa compétence de manière extensive, en définissant les contours d'un « bloc de constitutionnalité », constitué non seulement des normes constitutionnelles précitées, mais aussi de normes qui ne font pas formellement partie du corpus constitutionnel (41). La Cour estime notamment que sa compétence s'étend à l'ensemble des droits et libertés, qu'ils soient consacrés par la Constitution ou par certains traités internationaux, même si ceux-ci sont dépourvus d'effet direct (42). Ceci est rendu possible par le raisonnement dit « combinatoire » de la Cour, selon lequel toute violation d'un droit fondamental, dès le moment où elle est discriminatoire (ce qui est généralement le cas), constitue une violation du droit à l'égalité et à la non-discrimination (art. 10 et 11 de la Constitution) et relève donc de sa compétence (43).

C'est cette interprétation extensive par la Cour de ses compétences qui lui a permis de veiller au respect de la liberté du commerce et de l'industrie. Elle n'en sanctionne pas la violation directe, mais reçoit les moyens pris de la violation du principe d'égalité et de non-discrimination combiné à la liberté du commerce et de l'industrie (44). Autrement dit, la Cour est compétente pour examiner si la liberté de commerce et d'industrie est restreinte de manière discriminatoire (45).

(39) Pour la Cour, l'art. 23 ne protège en effet que la liberté professionnelle, pas la liberté du commerce et de l'industrie en général.

(40) C. const., n° 29/2010 du 18 mars 2010, pt B.6.3 ; C. const., n° 87/2009 du 28 mai 2009, pt B.6.2.

(41) M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 86-101.

(42) N. CARIAT, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les juridictions belges – Quelques balises pour une application prometteuse », *J.T.*, 2010, p. 106.

(43) M. VERDUSSEN, *op. cit.*, p. 98.

(44) C. const., n° 29/2010 du 18 mars 2010, pt B.6.3 ; P. MARTENS, *op. cit.*, p. 3.

(45) Ce raisonnement combinatoire contraint les plaideurs à quelques contorsions intellectuelles lors de la formulation de leurs moyens, exercice qui paraît à maints égards artificiel.

15. Abrogation du décret d'Allarde. Soulignons la particularité d'un contrôle de constitutionnalité pour partie déterminé par une norme de nature législative, par hypothèse moins stable qu'un droit ou qu'une liberté découlant d'un traité international. À cet égard, l'entrée en vigueur des articles II.3 et II.4 du Code de droit économique, dont la rédaction diffère de celle de l'article 7 du décret d'Allarde, est-elle de nature à changer l'interprétation que la Cour constitutionnelle opère de cette liberté ? Les premiers arrêts rendus par la Cour depuis l'entrée en vigueur du Code laissent penser que non. Ainsi, récemment interrogée sur la constitutionnalité de la loi du 10 novembre 2006 relative aux heures d'ouverture dans le commerce, l'artisanat et les services, la Cour a sobrement constaté que son contrôle s'opère au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec la liberté de commerce et d'industrie « telle qu'elle est garantie par l'article 7 du décret d'Allarde des 2-17 mars 1791, actuellement remplacé par les articles II.3 et II.4 du Code de droit économique » (46).

Du reste, les travaux parlementaires de la loi du 28 février 2013 introduisant le Code de droit économique confirment que le but de l'article II.3 du Code n'est que de « confirmer et rappeler », « dans une terminologie contemporaine », la règle autrefois exprimée à l'article 7 du décret d'Allarde (47), seul le champ d'application matériel de cette disposition étant élargi (48).

16. La liberté d'entreprendre en tant que principe général de droit. En réalité, on a le sentiment que la Cour protège la liberté d'entreprendre moins par le biais d'une loi formelle que par le truchement d'un principe général de droit, lui-même exprimé dans différentes normes écrites. Ainsi, dans un arrêt n° 187/2011 du 15 décembre 2011, la Cour, tout en rappelant qu'elle ne peut exercer un contrôle direct au regard des principes généraux du droit, s'est déclarée compétente pour vérifier si une mesure législative instaure une discrimination contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution dans l'application de principes généraux du droit, « en ce compris celui de la liberté de commerce et d'industrie qu'exprime le décret d'Allarde » (49).

(46) C. const., n° 142/2014 du 9 octobre 2014.

(47) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2543/1, p. 22.

(48) Y. DE CORDT, G. DE PIERPONT, *op. cit.*, p. 713 et les références citées.

(49) Pt B.3.2.

17. Loi spéciale du 8 août 1980. Parallèlement au principe général de la liberté d'entreprendre, la Cour fait aussi très souvent usage de l'article 6, § 1^{er}, VI, al. 3, de la loi spéciale du 8 août 1980. Elle note à cet égard que bien que cet article s'inscrive dans l'attribution de compétences aux régions en ce qui concerne l'économie, « cette disposition traduit la volonté du législateur spécial de maintenir une réglementation de base uniforme de l'organisation de l'économie dans un marché intégré » (50). La Cour mentionne cette disposition indifféremment dans le cadre de recours à l'encontre de normes législatives régionales, communautaires (51) et fédérales (52). Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie est en effet tiré d'une « conception globale de l'État » et s'adresse à tous les législateurs (53).

18. Droit européen. La Cour protège également la liberté d'entreprendre au travers des libertés économiques européennes du T.F.U.E. et de la Charte des droits fondamentaux, qu'elle combine aux articles 10 et 11 de la Constitution. La Cour a jugé à cet égard que « La liberté de commerce et d'industrie est étroitement liée à la liberté professionnelle, au droit de travailler et à la liberté d'entreprise, qui sont garantis par les articles 15 et 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et à plusieurs libertés fondamentales consacrées par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : T.F.U.E.), comme la libre circulation des biens, la libre prestation des services et la liberté d'établissement » (54).

En fait, ces libertés économiques européennes sont à ce point liées à la liberté de commerce et d'industrie que la Cour a estimé qu'une disposition législative qui est contraire à la libre circulation des biens et des services est *ipso facto* contraire à la liberté de

(50) C. const., n° 83/2010 du 8 juillet 2010 ; pt B.7 ; C.A., n° 69/2004 du 5 mai 2004, pt B.15.2.

(51) C.A., n° 124/99 du 25 novembre 1999, pt B.5.2 ; M. HERBIET et A.-L. DURVIAUX, *op. cit.*, pp. 14-15.

(52) À propos d'une loi fédérale : C. const., n° 149/2010 du 22 décembre 2010, pt B.8 ; C. const., n° 94/2013, pt B.5. Sur l'application de l'art. 6, § 1^{er}, VI, al. 3, au législateur fédéral ordinaire, voy. M. HERBIET et A.-L. DURVIAUX, *op. cit.*, p. 20.

(53) D. YERNAULT, *op. cit.*, p. 933.

(54) C. const., n° 119/2012 du 18 octobre 2012, pt B.5.2. Il est intéressant de constater que dans cette affaire, le juge *a quo* avait simultanément posé des questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle et à la Cour de justice, et que la Cour constitutionnelle choisira elle aussi d'interroger la Cour de justice.

commerce et d'industrie ainsi qu'au principe d'égalité et de non-discrimination (55).

De la même manière, dans plusieurs arrêts, la Cour a d'abord examiné les griefs tirés d'une violation du droit européen. Constatant à cette occasion qu'ils ne sont pas fondés, ce n'est que dans un second temps que la Cour considère que, par identité de motifs, il n'est pas non plus contrevenu à la liberté du commerce et de l'industrie (56) (57).

La Cour adopte donc une approche cohérente des limitations apportées à la liberté d'entreprendre, quelles que soient les sources formelles de cette liberté.

§ 2. *Les restrictions de la liberté d'entreprendre*

19. La liberté d'entreprendre n'est pas absolue. De manière constante, la Cour rappelle que ni la liberté du commerce et de l'industrie, ni la liberté de la concurrence ne sont sans limite (58). Selon une formulation devenue classique, la Cour estime en effet que :

« Dans de très nombreux cas, une disposition législative – que ce soit dans le secteur économique ou dans d'autres secteurs – limitera la liberté d'action des personnes ou des entreprises concernées et aura ainsi nécessairement une incidence sur la liberté de commerce et d'industrie. Le législateur ne violerait la liberté de commerce et d'industrie visée à l'article 6, § 1^{er}, VI, al. 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 que s'il limitait cette liberté sans aucune nécessité ou si cette limitation était totalement disproportionnée au but poursuivi

(55) C. const., n° 149/2010 du 22 décembre 2010, pt B.11 ; *R.A.B.G.*, 2011, liv. 7, p. 526, note M. SCHURMANS, « Een onderzoek door het Hof naar de wettigheid van de wet inzake verplichte bijmenging van biobrandstoffen: heeft de federale overheid haar bevoegdheid overtreden? Of belemmert de federale overheid de vrijheid van handel in biobrandstoffen? ». Fait rare, dans cette affaire, la Cour constitutionnelle a soulevé d'office les moyens tirés du droit européen.

(56) C. const., n° 6/2014 du 23 janvier 2014 ; C. const., n° 94/2013 du 9 juillet 2013 ; C. const., n° 40/2008 du 4 mars 2008. Inversement, dans un autre arrêt, la Cour a d'abord conclu à l'absence de violation de la liberté du commerce et de l'industrie, pour ensuite en déduire que les libertés économiques européennes n'étaient pas non plus violées (C. const., n° 166/2011 du 10 novembre 2011).

(57) D. YERNAULT, *op. cit.*, p. 939, qui constate que « la force d'attraction des libertés européennes est manifeste, qu'il s'agisse de celles formulées dans les traités (p. ex. la liberté d'établissement) ou dans le droit dérivé (notamment la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur) ».

(58) C. const., n° 166/2011 du 10 novembre 2011, pt B.10 ; C. const., n° 56/2011 du 28 avril 2011, pt B.8.2 ; C.A., n° 4/95 du 2 février 1995.

ou portrait atteinte à ce principe en manière telle que l'union économique et monétaire serait compromise » (59).

20. But légitime. La Cour n'a à notre connaissance jamais mis en doute la légitimité des objectifs poursuivis par le législateur dans le cadre d'une atteinte à la liberté d'entreprendre. Ces objectifs d'intérêt général peuvent par exemple consister à :

- protéger l'environnement (60) ;
- protéger le consommateur et garantir la relation de confiance entre un commerçant et ses clients (61) ;
- protéger le joueur contre la dépendance aux jeux de hasard (62) ;
- assurer la survie et la rentabilité des services de taxis (63) ;
- garantir l'accès des personnes présentant des problèmes de santé à une assurance de solde restant dû couvrant un crédit hypothécaire (64) ;
- pérenniser le financement de la sécurité sociale (65) ;
- maintenir un équilibre entre les intérêts des consommateurs et le bien-être des commerçants (66) ;

(59) C. const., n° 170/2014 du 27 novembre 2014, pt B.14 ; voy. égal. : C. const., n° 94/2013 du 9 juillet 2013, pt B.5 ; C. const., n° 149/2010 du 22 décembre 2010, pt B.8 ; C. const., n° 2/2009 du 15 janvier 2009, pt B.22.1 ; C.A., n° 132/2005 du 19 juillet 2005, pt B.4.3 ; C.A., n° 124/99 du 25 novembre 1999, pt B.5.3 ; C.A., n° 42/97 du 14 juillet 1997, pt B.13.1 ; C.A., n° 29/96 du 15 mai 1996, pt B.8.3 ; C.A., n° 35/95 du 25 avril 1995, pt B.6.6 ; C.A., n° 55/92 du 9 juillet 1992, pt 5.B.8.

Dans un arrêt plus ancien, la Cour avait adopté une autre formulation, indiquant que des restrictions aux libertés économiques mentionnées à l'art. 6, § 1^{er}, VI, al. 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 « peuvent être admises si elles sont justifiées par des exigences impérieuses d'intérêt général pour autant qu'elles ne soient pas disproportionnées par rapport aux objectifs poursuivis » (C.A., n° 81/97 du 17 décembre 1997, pt B.5.3). La notion de raison impérieuse ou d'exigence impérative d'intérêt général est empruntée à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et permet dans ce cadre de justifier des restrictions aux libertés de circulation en dehors de toute disposition expresse du T.F.U.E. (A.-L. DURVIAUX, Th. DELVAUX, *op. cit.*, pp. 522-524).

(60) C. const., n° 170/2014 du 27 novembre 2014 ; C. const., n° 94/2013 du 9 juillet 2013 ; C. const., n° 149/2010 du 22 décembre 2010 ; C. const., n° 2/2009 du 15 janvier 2009 ; C.A., n° 92/2006 du 7 juin 2006 ; C.A., n° 42/97 du 14 juillet 1997 ; C.A., n° 35/95 du 25 avril 1995 ; C.A., n° 55/92 du 9 juillet 1992.

(61) C. const., n° 56/2011 du 28 avril 2011.

(62) C.A., n° 100/2001 du 13 juillet 2001.

(63) C.A., n° 56/96 du 15 octobre 1996.

(64) C. const., n° 166/2011 du 10 novembre 2011.

(65) C. const., n° 120/2008 du 1^{er} septembre 2008 ; C. const., n° 114/2007 du 19 septembre 2007 ; C.A., n° 150/2006 du 11 octobre 2006.

(66) C. const., n° 142/2014 du 9 octobre 2014 ; C. const., n° 119/2012 du 18 octobre 2012.

- assurer la qualité des soins de santé par la gestion efficace et sécurisée de données relatives à la santé (67) ;
- assurer la qualité des services offerts par les établissements hébergeant des personnes âgées (68) ;
- assurer la qualité des services de l’avocat et garantir son indépendance (69) ;
- améliorer la mobilité entre différents sites touristiques et, ce faisant, améliorer l’image de la ville (70) ;
- prévenir les accidents du travail (71).

21. Principe de proportionnalité. L’objectif d’intérêt général poursuivi par le législateur n’étant jamais mis en doute, c’est sur la proportionnalité de l’atteinte à la liberté d’entreprendre que le débat devant la Cour se concentre. Il s’agit de vérifier que la mesure législative querellée est adaptée aux impératifs d’intérêt général identifiés et ne porte pas atteinte de manière excessive à la liberté d’entreprendre. En particulier, il convient de s’assurer qu’une mesure moins restrictive de la liberté d’entreprendre n’aurait pas permis d’atteindre le but poursuivi.

§ 3. Illustrations récentes (72)

22. Obligation d’obtenir un agrément (73). Dans l’affaire ayant donné lieu à l’arrêt n° 6/2014 (74), les articles 11 à 19 de l’ordonnance de la Commission communautaire commune du 24 avril 2008 relative aux établissements d’accueil ou d’hébergement pour personnes âgées étaient soumis à la censure de la Cour. Ces dispositions imposent aux résidences-services, aux centres d’accueil de jour et aux centres d’accueil de nuit d’obtenir une autorisation de fonctionnement provisoire puis un agrément pour exercer leurs activités.

(67) C. const., n° 29/2010 du 18 mars 2010.

(68) C. const., n° 6/2014 du 23 janvier 2014 ; C. const., n° 135/2010 du 9 décembre 2010.

(69) C.A., n° 16/2003 du 28 janvier 2003.

(70) C. const., n° 87/2009 du 28 mai 2009.

(71) C. const., n° 40/2008 du 4 mars 2008.

(72) À propos des restrictions au libre d’exercice d’une profession, voy. égal. S. DEPRÉ, « L’exercice d’une activité professionnelle au regard de la Convention européenne des droits de l’homme et de la liberté du commerce et de l’industrie », *R.T.D.H.*, 2002, pp. 369-383.

(73) Sur les régimes d’autorisation par opposition aux systèmes simplement répressifs, voy. M. HERBIET et A.-L. DURVIAUX, *op. cit.*, pp. 18-19 ; M. HERBIET, *op. cit.*, pp. 200-203.

(74) C. const., n° 6/2014 du 23 janvier 2014.

La Cour apprécie cette restriction à la liberté d'établissement par référence d'abord à la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur. Pour la Cour, l'objectif de protection des personnes âgées par l'établissement de normes qualitatives et quantitative répond à un motif impérieux d'intérêt général au sens de cette directive. Conformément à l'article 9 de la directive, la Cour vérifie ensuite si l'objectif poursuivi ne pouvait pas être réalisé par une mesure moins contraignante, notamment via un contrôle *a posteriori*. Elle estime à cet égard qu'un contrôle *a posteriori* n'offrirait pas les mêmes garanties qu'une autorisation préalable, de sorte que la mesure n'est pas disproportionnée.

La Cour conclut dans le même sens s'agissant de la combinaison des articles 10 et 11 de la Constitution avec le décret d'Allarde. Le législateur peut en effet régler l'activité économique des personnes et des entreprises et la mesure imposée n'est pas manifestement disproportionnée au but poursuivi, pour les mêmes raisons que celles justifiant une restriction au sens de la directive « services » (75).

23. Instauration d'un jour de repos hebdomadaire. Sur question préjudicielle concernant la loi du 10 novembre 2006 relative aux heures d'ouverture dans le commerce, l'artisanat et les services, la Cour a jugé dans son arrêt 142/2014 (76) qu'il appartient au législateur d'apprécier si un jour de repos hebdomadaire doit être imposé à certaines catégories de commerçants. La Cour ne pourrait rejeter ce choix que s'il n'est pas raisonnablement justifié. En l'espèce, la Cour observe que l'instauration d'un jour de repos hebdomadaire est une « nécessité généralement acceptée », est le fruit d'une très large concertation et répond aux souhaits des acteurs concernés, de sorte que la liberté de commerce n'est pas violée (77).

24. Interdictions professionnelles. Saisie d'une question préjudicielle relative aux articles 3 et 10 de la loi du 27 mars 1995 relative à

(75) Dans son arrêt n° 135/2010 du 9 décembre 2010, portant sur un recours en annulation d'un décret wallon relatif à l'hébergement et à l'accueil des personnes âgées, la Cour était parvenue à une conclusion similaire à l'égard de mesures tendant à décourager le développement excessif de maisons de repos poursuivant un but de lucre et à instaurer un système d'autorisation. Ici aussi, ces mesures avaient d'abord été appréciées au regard à la fois du droit européen (art. 49 et 56 T.F.U.E.) et de la liberté du commerce. Dans le même sens, voy. C.A., n° 188/2005 du 14 décembre 2005.

(76) C. const., n° 142/2014 du 9 octobre 2014.

(77) La Cour avait préalablement posé une question préjudicielle à la Cour de justice, laquelle s'était cependant déclarée incompétente (C. const., n° 119/2012 du 18 octobre 2012 et C.J.U.E., 8 mai 2014, aff. C-483/12, *Pelckmans*).

l'intermédiation en assurances et en réassurances, qui ont trait aux interdictions professionnelles que la loi attache automatiquement à certaines condamnations pénales, la Cour a estimé dans son arrêt n° 56/2011 (78) que le législateur peut, dans le souci de garantir la relation de confiance entre l'assuré et l'intermédiaire d'assurances, conférer à cette interdiction un caractère automatique en ne permettant pas à la CBFA de tenir compte de la mesure dans laquelle les faits qui sont à l'origine de la condamnation ayant entraîné l'interdiction professionnelle sont de nature à mettre en cause cette relation de confiance. En revanche, il est d'une « rigueur manifestement disproportionnée par rapport à cet objectif, compte tenu des effets des interdictions en cause sur les chances de réinsertion sociale de celui qui en fait l'objet, de ne pas limiter la durée de ces interdictions en fonction du risque particulier d'affecter la relation de confiance avec l'assuré » (79). Les dispositions attaquées violent par conséquent les articles 10, 11 et 23 de la Constitution lus en combinaison avec la liberté du commerce et de l'industrie.

Cet arrêt, ainsi que les autres arrêts rendus par la Cour à propos des interdictions professionnelles automatiques illimitées dans le temps (80), figurent parmi les rares occasions où la Cour a conclu à la violation du principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

25. Limitations à la liberté de contracter. Par son arrêt n° 166/2011 (81), la Cour a rejeté le recours en annulation partielle de la loi du 21 janvier 2010 modifiant la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre en ce qui concerne les assurances du solde restant dû pour les personnes présentant un risque de santé accru. Cette loi vise à faciliter l'accès de ces personnes aux assurances garantissant le remboursement d'un crédit hypothécaire contracté pour la transformation ou l'acquisition de leur habitation propre et unique, tout en habilitant le pouvoir exécutif à étendre les mesures

(78) C. const., n° 56/2011 du 28 avril 2011, *Rev. dr. pén.*, 2011, liv. 12, p. 1172 note F. LUGENTZ, « L'effet limité dans le temps des interdictions professionnelles que la loi attache automatiquement à certaines condamnations pénales ».

(79) Pt B.12.

(80) C.A., n° 77/2000 du 21 juin 2000 ; C.A., n° 40/2000 du 6 avril 2000 ; C.A., n° 38/2000 du 29 mars 2000 ; C.A., n° 87/98 du 15 juillet 1998 ; C.A., n° 57/98 du 27 mai 1998. Voy. égal. la jurisprudence citée par S. DEPRÉ, « L'exercice d'une activité professionnelle au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et de la liberté du commerce et de l'industrie », *R.T.D.H.*, 2002, p. 371, note 16.

(81) C. const., n° 166/2011 du 10 novembre 2011.

qu'elle contient à d'autres contrats d'assurance qui garantissent le capital d'un crédit.

La Cour estime que la loi attaquée ne viole ni les articles 10 et 11 de la Constitution, ni la liberté de commerce et d'industrie, ni la liberté contractuelle des assureurs, étant donné que i) le législateur a visé uniquement la situation de personnes présentant un risque de santé accru dû à une maladie présentant un certain degré de gravité, qu'il a voulu accroître et rendre davantage transparent l'accès de ces personnes aux assurances, « sans vouloir créer toutefois un droit à l'assurance » (82) ; ii) l'instauration d'un code de bonne conduite et d'un questionnaire médical standardisé repose sur un équilibre entre la protection de la vie privée du candidat à l'assurance et la nécessité pour l'assureur de déterminer le risque sanitaire ; et iii) la possibilité de faire réexaminer (par le réassureur ou le bureau du suivi de la tarification) une surprime proposée par un assureur n'entraîne pas pour l'assureur l'obligation de contracter et ne porte pas atteinte de manière disproportionnée à la liberté de commerce et d'industrie ou à la liberté contractuelle des assureurs.

La Cour examine ensuite les mesures attaquées au regard du droit européen, et notamment de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services (art. 49 et 56 T.F.U.E.). Pour la Cour, ces mesures constituent une réponse proportionnée aux considérations impérieuses d'intérêt général que sont l'accès des personnes affectées par une maladie grave aux assurances concernées et le respect de la vie privée de ces personnes. Les dispositions attaquées sont donc compatibles avec les libertés économiques européennes, pour les mêmes raisons qui justifient qu'elles sont compatibles avec la liberté de commerce et d'industrie.

26. Concurrence entre entreprises publiques et privées. Saisie d'un recours en annulation de la loi du 21 août 2008 relative à la plateforme *eHealth* destinée à assurer un échange sécurisé de données à caractère personnel relatives à la santé entre les acteurs des soins de santé, la Cour devait se prononcer sur la violation éventuelle de l'article 23 de la Constitution et du décret d'Allarde en ce que la loi attaquée impose le recours à l'institution publique *eHealth* alors que certaines missions qui lui sont confiées pourraient être exécutées contre

(82) Pt B.12.4.

rémunération par une entreprise privée. À tout le moins les requérantes estimaient-elles que la plate-forme bénéficierait d'avantages discriminatoires par rapport à d'autres entreprises fournissant des services de la société d'information. Dans son arrêt n° 29/2010 (83), la Cour a succinctement écarté ces griefs en jugeant que : « Eu égard à la nature des missions confiées à la plate-forme *eHealth* et au caractère sensible des données concernées dans le cadre de la protection de la vie privée, les restrictions avancées ne peuvent être considérées comme manifestement déraisonnables ou disproportionnées par rapport à l'objectif consistant à permettre que l'échange des données relatives à la santé s'effectue dans un environnement sécurité au maximum » (84).

27. Obligation d'incorporer du biocarburant dans les carburants fossiles. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt n° 94/2013 (85), la Cour était saisie d'un recours en annulation des articles 4 et 5 de la loi du 22 juillet 2009 relative à l'obligation d'incorporation de biocarburant dans les carburants fossiles mis à la consommation.

La Cour a d'abord vérifié l'éventuelle contrariété de cette obligation au droit européen, plus précisément à la directive 98/70/CE du 13 octobre 1998 concernant la qualité de l'essence et des carburants et à la directive 2009/28/CE du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables. Après avoir posé une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg, la Cour constitutionnelle a estimé que la mesure attaquée n'est pas contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec la directive 98/70/CE.

Ensuite, la liberté de commerce et d'industrie n'est à son estime pas non plus violée, la limitation à cette liberté étant dictée par les mêmes considérations de protection de l'environnement que celles qui fondent la directive 2009/28/CE et contribue à l'exécution d'obligations imposées par cette directive aux États membres. La Cour note que les parties requérantes ne démontrent pas qu'il serait « extrêmement difficile, d'un point de vue technique, de satisfaire aux obligations qui découlant des dispositions attaquées » et ne

(83) C. const., n° 29/2010 du 18 mars 2010.

(84) Pt B.34.

(85) C. const., n° 94/2013 du 9 juillet 2013.

démontrent pas davantage que ces dispositions « leur imposeraient une charge financière disproportionnée » (86).

28. Limitation du nombre de places de parcage. Dans son arrêt n° 170/2014 (87), la Cour devait connaître d'un recours en annulation des dispositions du Code bruxellois de l'Air, du Climat et de la Maîtrise de l'Énergie relatives au stationnement hors voirie. Les parties requérantes se prévalaient de l'article 16 de la Constitution, combiné ou non avec l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, avec le principe d'égalité devant les charges publiques et avec le principe de la liberté de commerce et d'industrie. Elles reprochaient en substance au législateur ordonnancier d'avoir porté une atteinte injustifiée au droit de propriété en limitant le nombre d'emplacements de parcage autorisés au sein des parkings accessoires à des immeubles de bureau. Ce n'est qu'après avoir conclu à l'absence de violation de l'article 16 de la Constitution lu ou non en combinaison avec l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel et avec le principe d'égalité devant les charges publiques que la Cour notera que, pour les mêmes raisons, la limitation apportée à la liberté de commerce et d'industrie n'est pas dépourvue de nécessité, ni disproportionnée et ne compromet pas l'union économique et monétaire.

§ 4. Remarque générale à propos de la jurisprudence de la Cour

29. Une protection affaiblie. Quoique la Cour procède souvent à un examen concret et attentif des données des causes qui lui sont soumises (88), force est de constater qu'elle n'a conclu qu'à de très rares reprises à l'existence d'une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, dans des hypothèses où la liberté d'entreprendre des parties requérantes n'était en réalité pas simplement *limitée*, mais bel et bien *supprimée* ou rendue *pratiquement impossible* (89).

(86) Pt B.6.3. Dans le même sens, par son arrêt n° 102/99 du 30 septembre 1999, la Cour a jugé que la perte financière subie par le secteur suite à l'interdiction de la publicité pour le tabac (en moyenne 1,8 % du chiffre d'affaires) n'affecte pas de façon disproportionnée la liberté de commerce et d'industrie, car elle ne met pas en cause la viabilité financière du secteur. La Cour observe en outre que la mise en balance de la perte financière subie avec l'importance des effets du tabac sur la santé n'aboutit pas au constat que les interdictions de publicité en cause seraient disproportionnées au regard de la liberté d'entreprendre.

(87) C. const., n° 170/2014 du 27 novembre 2014.

(88) S. DEPRÉ, *op. cit.*, p. 372.

(89) Sans avoir procédé à une recherche exhaustive, nous avons relevé, outre les arrêts relatifs aux interdictions professionnelles illimitées dans le temps déjà mentionnés, l'arrêt n° 29/1996 du

S'il est donc permis d'aménager ou de réglementer l'exercice de cette liberté, son existence même ne peut être remise en cause (90).

La large marge de manœuvre que la Cour accorde au législateur en cette matière (91) tend à démontrer la « protection affaiblie » que la Cour accorde à la liberté d'entreprendre (92). Ceci n'a néanmoins rien de surprenant ni de choquant, s'agissant d'apprécier la proportionnalité d'atteintes à une liberté publique qui n'est pas constitutionnellement garantie. Le législateur est donc en principe libre d'apporter au principe de la liberté d'entreprendre toutes les limitations qu'il estime utiles (93). Il n'en va pas de même pour l'administration, qui est soumise au principe de légalité (Section 3).

SECTION 3. LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE DANS LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ÉTAT

§ 1^{er}. *La nature du contrôle opéré par le Conseil d'État*

30. Généralités. La section du contentieux administratif du Conseil d'État statue sur les recours en annulation contre les actes et règlements des autorités administratives ainsi que de quelques autres autorités (94). La requête en annulation doit être introduite dans un délai de 60 jours à compter du lendemain de la publication, de la notification ou de la prise de connaissance du règlement ou de l'acte incriminé.

Contrairement à la Cour constitutionnelle, le Conseil d'État ne dispose pas d'une compétence préjudicielle. Cependant, l'exception d'illégalité de l'article 159 de la Constitution s'applique tant aux

15 mai 1996. Dans cette affaire, la Cour a sanctionné l'imposition indifférenciée de normes de bruit à toutes les phases de travaux de chantiers, alors qu'il ressort d'un rapport d'expert que pour certaines phases de travaux, il n'existe pas de technique d'insonorisation acoustique adéquate, de sorte que le dépassement des seuils d'émergence autorisés est inévitable. L'art. 6, § 1^{er}, VI, al. 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 est par conséquent violé.

(90) M. HERBIET et A.-L. DURVIAUX, *op. cit.*, p. 18.

(91) En matière de jeux de hasard, la Cour est même d'avis que vu les conséquences très graves pour certaines personnes et leur famille, « ce sont les mesures restrictives et non les permissives qui sont les plus aisées à justifier ». Cette circonstance justifie le régime de licence et les autres restrictions que le législateur impose aux établissements de jeux de hasard (C.A., n° 113/2004 du 23 juin 2004 ; C.A., n° 100/2001 du 13 juillet 2001 ; C.A., n° 52/2000 du 3 mai 2000 ; C.A., n° 113/2000 du 8 novembre 2000 ; C.A., n° 88/2000 du 13 juillet 2000 ; C.A., n° 74/2000 du 14 juin 2000).

(92) P. MARTENS, *op. cit.*, p. 4.

(93) M. HERBIET, *op. cit.*, p. 197.

(94) Art. 14, § 1^{er}, al. 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

juridictions de l'ordre judiciaire qu'au Conseil d'État. Même au-delà du délai d'annulation de 60 jours, la légalité d'un acte administratif qui restreint la liberté d'entreprendre peut donc être contestée par voie d'exception (95).

31. Contrôle direct au regard de la liberté d'entreprendre. Suivant l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, les causes d'annulation sont la violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, l'excès de pouvoir et le détournement de pouvoir. La doctrine s'accorde pour considérer que cette liste recouvre en réalité toute illégalité, à l'exception des irrégularités vénielles (96). Contrairement à la Cour constitutionnelle, le Conseil d'État ne doit donc pas, pour juger d'une éventuelle atteinte à la liberté d'entreprendre, passer par le prisme du principe d'égalité et de non-discrimination.

32. Abrogation du décret d'Allarde. Depuis son abrogation par la loi du 28 février 2013, le décret d'Allarde ne peut plus utilement être invoqué à l'appui d'un recours devant le Conseil d'État (97). Tout requérant devant cette juridiction veillera donc désormais à mentionner les articles II.3 et II.4 du Code de droit économique. Pour les mêmes raisons que celles déjà mentionnées (98), la substitution du Code de droit économique au décret d'Allarde ne devrait pas changer l'interprétation que le Conseil d'État prête à la liberté d'entreprendre.

33. Autres sources formelles de la liberté d'entreprendre. Outre le décret d'Allarde, le Conseil d'État fait usage, à l'instar de la Cour constitutionnelle, des autres sources et manifestations de la liberté d'entreprendre : l'article 23 de la Constitution (99), l'article 6, § 1^{er}, VI, al. 3, de la loi du 8 août 1980 (100), les libertés économiques du

(95) Remarquons cependant que le Conseil d'État, au contraire des juridictions judiciaires, refuse d'appliquer l'art. 159 de la Constitution à l'égard des actes *individuels* devenus définitifs (c'est-à-dire qui n'ont pas fait l'objet d'un recours en annulation, ou dont un tel recours a été rejeté) : D. RENDERS, *Droit administratif général*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 540-543.

(96) M. LEROY, *Contentieux administratif*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 394.

(97) C.E., 30 avril 2014, n° 227.246, *SA Brussels Event Brewery* ; C.E., 9 mai 2014, n° 227.340, *SPRL Diamond Touch* ; C.E., 13 août 2014, n° 228.198, *SPRL Bultia Bar & Grill*.

(98) *Supra*, n° 15.

(99) C.E., 10 juin 2011, n° 213.826, *Lusadusu Nkiambi* ; C.E., 28 octobre 2009, n° 197.433, *SCRL Pharmacies Populaires Liégeoises* ; C.E., 17 septembre 2008, n° 186.348, *Flamion* ; C.E., 5 juillet 2006, n° 160.995, *Chambre belge des podologues*.

(100) C.E., 27 juin 2011, n° 214.183, *SA Mobistar* ; C.E., 19 mai 2010, n° 204.108, *NV Wattplus* ; C.E., 17 juillet 2007, n° 173.571, *NV Hyplast*.

T.F.U.E. et les articles 15 et 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (101).

§ 2. *Les restrictions à la liberté d'entreprendre*

34. La liberté d'entreprendre n'est pas absolue. Selon une jurisprudence constante du Conseil d'État, des limitations peuvent être apportées à la liberté du commerce et de l'industrie, pour autant qu'elles reposent sur une justification objective et raisonnable et qu'elles ne soient pas disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi par l'autorité (102). En outre, ces limitations doivent être prévues par la loi ou par un règlement pris en vertu de la loi (103).

35. Principe de légalité (104). La liberté d'entreprendre ne peut être limitée que par la loi ou un règlement pris en vertu de la loi, laquelle est d'interprétation restrictive (105). L'intervention réglementaire doit rencontrer les objectifs poursuivis par le législateur et les modalités d'action doivent être conformes à celles voulues par loi (106).

36. Principe de proportionnalité. L'atteinte à la liberté d'entreprendre doit être *nécessaire* (il doit exister une menace réelle ou à tout le moins probable de désordre), *efficace* (les mesures prises doivent être susceptibles d'atteindre leur objectif) et *adaptée* (c'est-à-dire proportionnée au but poursuivi) (107). Le juge administratif vérifie notamment que les mesures adoptées sont les moins contraignantes pour atteindre le but poursuivi. Ces mesures ne peuvent pas aboutir à supprimer purement et simplement la liberté d'entreprendre ou à rendre son exercice impraticable (108).

(101) C.E., 27 octobre 2011, n° 216.060, *SCRL Multipharma*.

(102) C.E., 27 octobre 2011, n° 216.060, *SCRL Multipharma* ; C.E., 19 juillet 2011, n° 214.699, *Pas* ; C.E., 29 mars 2010, n° 202.449, *SPRL Limabel* ; C.E., 9 mars 2009, n° 191.206, *SA Mediapub* ; C.E., 25 juin 2008, n° 184.745, *Florilegio* ; C.E., 18 mars 2008, n° 181.256, *ASBL Fédération des auto-écoles agréées*.

(103) C.E., 29 mars 2010, n° 202.449, *SPRL Limabel* ; C.E., 2 février 2005, n° 140.008, *Fourdin* ; C.E., 8 janvier 2002, n° 102.422, *ASBL Nouvelle Clinique de la Basilique* ; C.E., 13 octobre 1998, n° 76/387, *Van Calbergh*.

(104) M. HERBIET, *op. cit.*, pp. 197-200.

(105) M. HERBIET et A.-L. DURVIAUX, *op. cit.*, p. 119 et les références citées. *Adde* : C.E., 18 novembre 2014, n° 229.200, *SA Rocoluc*.

(106) M. HERBIET et A.-L. DURVIAUX, *op. cit.*, p. 119.

(107) M. HERBIET, *op. cit.*, p. 205.

(108) PH. QUERTAINMONT, *Droit public économique, op. cit.*, p. 42 ; N. THIRION, Th. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGER, M. SIMONIS, *op. cit.*, p. 262.

§ 3. Illustrations récentes (109)

a) Restrictions justifiées par la protection de l'ordre public

37. Pouvoirs de police générale des communes. Il a été rappelé que la liberté d'entreprendre peut exclusivement être limitée par une loi, un décret ou une ordonnance ou par un règlement pris en vertu d'un tel acte législatif. L'article 135, § 2, de la Nouvelle loi communale, relatif aux pouvoirs de police des communes, contient une telle habilitation (110) en ce qu'il confère aux communes la mission de « faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police, notamment de la propreté, de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité dans les rues, lieux et édifices publics » (111).

L'exercice par la commune de ses pouvoirs de police n'est possible que dans la mesure où la matière concernée n'a pas été soustraite à la compétence communale à l'intervention d'un législateur (112). Ainsi, si une activité est encadrée de manière complète par une collectivité supérieure, la commune ne peut plus exercer ses pouvoirs de police (113).

En outre, l'article 135, § 2, de la Nouvelle loi communale énumère de manière exhaustive la ou les finalité(s) que peuvent poursuivre les mesures de police. Un but étranger à la sécurité, la salubrité ou

(109) Pour des exemples moins récents, voy. M. HERBIET, *op. cit.*, pp. 177-214 et Ph. QUERTAINMONT, *Droit public économique, op. cit.*, pp. 42-46.

(110) C.E., 25 octobre 2011, n° 215.982, *Mobistar* ; C.E., 19 juillet 2011, n° 214.699, *Pas* ; C.E., 4 novembre 2008, n° 187.717, *KPN Orange*.

(111) Il s'agit de l'ordre public dit « matériel », qui ne recouvre pas l'ordre public moral (C.E., 11 janvier 2007, n° 166.573, *L&S Vending*). En revanche, depuis sa modification par la loi du 24 juin 2013 relatives aux sanctions administratives communales (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2014), l'art. 135, § 2, al. 2, 7°, de la loi Nouvelle loi communale recouvre également les mesures nécessaires « afin de combattre toute forme d'incivilités ». Avant cette modification, cette disposition faisait référence à la notion de « dérangement public » dont la portée incertaine a été critiquée (A. MASSET, « Les sanctions administratives dans les communes : en route vers le droit communal armé », *J.T.*, 2001, p. 837). Selon la circulaire du 22 juillet 2014 explicative de la nouvelle réglementation relative aux sanctions administratives communales (*M.B.*, 8 août 2014, p. 58140), le concept d'incivilités est identique à celui de dérangement public et vise « des comportements matériels, essentiellement individuels, qui sont de nature à troubler le déroulement harmonieux des activités humaines et à réduire la qualité de la vie des habitants d'une commune, d'un quartier, d'une rue d'une manière qui dépasse les contraintes normales de la vie sociale ». La circulaire énumère des exemples de ces « formes légères de troubles à la tranquillité, à la sécurité, à la salubrité et à la propreté publique ».

(112) D. RENDERS, *op. cit.*, pp. 103-105.

(113) C.E., 25 avril 2014, n° 227.179, *Regina Pacis* ; C.E., 22 février 2013, n° 222.603, *Carpe Diem* (lorsqu'un établissement n'est soumis à aucune législation fédérale ou fédérée qui encadrerait l'activité qui s'y pratique, il y a lieu de considérer que la matière n'est pas soustraite à la compétence communale).

la tranquillité publiques, aussi légitime qu'il soit, ne permet pas de fonder une telle mesure. En particulier, la commune ne peut pas se prévaloir, au titre de sa compétence de police générale, de motifs d'ordre esthétique ou économique (114).

Enfin, une mesure de police générale, utile et efficace, doit être adaptée à la gravité de l'atteinte à l'ordre public qu'elle entend prévenir, en ce sens qu'il doit exister un rapport de proportionnalité entre, d'une part, la limitation apportée par la mesure de police administrative à l'exercice d'une liberté – en l'occurrence celle du commerce et de l'industrie – et, d'autre part, le trouble qu'il est nécessaire d'éviter (115).

38. Nuisances nocturnes. La problématique des tapages nocturnes et autres nuisances résultant de l'exploitation de certains magasins ou établissements a donné lieu à une jurisprudence abondante du Conseil d'État, qui témoigne des limites au pouvoir des communes de restreindre la liberté du commerce et de l'industrie.

De manière générale, le Conseil d'État a jugé que seules des circonstances « d'une gravité exceptionnelle » (116) peuvent justifier un règlement qui contient des mesures de police préventive sous forme d'une interdiction générale.

Le Conseil d'État a ainsi annulé un règlement de police de la commune de Londerzeel qui avait édicté une obligation de fermeture des distributeurs automatiques de minuit à 6 heures du matin. Le Conseil d'État observe tout d'abord que le motif invoqué par la commune selon lequel la présence d'un magasin automatique créerait « d'importantes nuisances sociales » est très général. Quant aux autres motifs invoqués (problèmes de circulation devant le magasin, plaintes de riverains, tapage nocturne, etc.), le Conseil d'État constate qu'ils ne concernent que l'unique magasin automatique actuellement présent sur le territoire de la commune, et exploité par le requérant. Ainsi, alors que les nuisances alléguées sont limitées à un seul magasin, la commune a édicté un règlement déterminant de

(114) A.-L. DURVIAUX, Th. DELVAUX, *op. cit.*, p. 505. Ainsi, le Conseil d'État a récemment jugé que la protection des personnes en difficultés sociales et l'amélioration de leurs conditions de vie sont des objectifs légitimes, mais que ceux-ci ne relèvent pas des compétences de police des communes (C.E., 25 avril 2014, n° 227.179, *Regina Pacis*).

(115) C.E., 25 octobre 2011, n° 215.982, *Mobistar* ; C.E., 19 juillet 2011, n° 214.699, *Pas*.

(116) C.E., 13 octobre 1998, n° 76.387, *Van Calbergh*. Dans le même sens : C.E., 27 septembre 1995, n° 55.394, *Peignois*.

manière définitive les heures de fermeture pour tous les magasins automatiques existants ou à venir sur le territoire de la commune. Le Conseil d'État considère dès lors que la mesure n'est pas adaptée aux besoins de l'ordre public. Il remarque encore qu'il n'est pas même démontré, au vu du dossier administratif, que le magasin automatique concerné soit une telle source de nuisances qu'une mesure de fermeture permanente s'impose pendant les heures concernées. Dans ces conditions, la mesure apparaît insuffisamment motivée et porte une atteinte disproportionnée à la liberté de commerce et d'industrie(117).

Dans une autre espèce, le Conseil d'État a jugé dans le même sens que « les carences du dossier administratif ont pour conséquence d'empêcher le Conseil d'État de vérifier si la fixation par voie réglementaire, pour l'ensemble du territoire de la commune, d'une heure de fermeture des débits de boissons (...) peut trouver un appui adéquat et suffisant dans des incidents en relation avec l'exploitation nocturne des débits de boisson ». Il remarque en outre que le motif invoqué dans le préambule du règlement attaqué, étant que les communes voisines imposent des horaires de fermeture aux débits de boissons et que, à défaut d'adopter un règlement similaire, leurs clients risquent de rejoindre la commune de la partie adverse, « outre qu'il s'agit d'un motif hypothétique, [est] hors de toute proportion avec les faits qui sont censés motiver pareille interdiction généralisée à défaut de constatation de circonstances exceptionnelles pouvant la justifier ». Le pouvoir de dérogation individuelle octroyé au bourgmestre n'est pas de nature à tempérer le caractère disproportionné de la mesure(118), d'autant plus lorsqu'on la rapproche d'autres ordonnances adoptées par la même commune et qui aboutissent « à soumettre toute la commune à un véritable couvre-feu comprenant la fermeture des établissements publics vendant des boissons, l'absence de diffusion de musique à l'extérieur, le contrôle policier des mineurs non accompagnés ainsi que des auteurs de troubles

(117) C.E., 19 juillet 2011, n° 214.699, *Pas*.

(118) Dans le même sens : C.E., 23 avril 2010, n° 203.235, *Trocadero* : le tenancier d'un débit de boissons était contraint par un règlement communal de fermer son établissement à deux heures les nuits du vendredi au samedi et du samedi au dimanche ainsi que les jours fériés et à une heure les autres jours. Le tenancier avait sollicité une dérogation au bourgmestre, qui lui avait été refusée. Le Conseil d'État a considéré que la mesure imposée par le règlement communal n'est pas justifiée, et que la faculté laissée par le règlement au bourgmestre d'octroyer des dérogations n'est pas de nature à remédier à cette atteinte excessive à la liberté du commerce et de l'industrie.

et l'interdiction faite aux magasins de nuit de vendre des boissons alcoolisées aux mineurs » (119).

De même, la commune qui, pour réprimer les nuisances qu'occasionnent certains magasins de nuit, interdit à tous les magasins à l'intérieur du périphérique de vendre des boissons alcoolisées entre minuit et 8 heures du matin pendant les mois de juillet à septembre, en plus d'autres mesures récemment adoptées et dont elle ne connaît pas encore l'effet, prend une mesure qui dépasse ses besoins concrets de maintien de l'ordre et impose une limitation trop importante à la liberté de commerce et d'industrie (120).

Au vu de la jurisprudence précitée, une mesure d'interdiction n'est donc admissible que lorsque la réalité des troubles est attestée par les pièces du dossier administratif et que son champ d'application personnel, temporel et géographique est proportionné aux troubles constatés (121).

39. Antennes GSM. L'autorité communale peut soumettre les projets d'installation, de modification et d'exploitation de stations de mobilophonie à un régime d'autorisation au niveau communal. Dès lors qu'un tel règlement ne fixe pas lui-même une norme d'émission maximale ni d'autre règle de droit matériel, mais se limite à permettre à l'autorité de police communale de s'assurer que les populations ne soient pas exposées, du fait des antennes, à un risque qui puisse porter atteinte à leur santé, en appliquant le principe de précaution, ce règlement ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté du commerce et de l'industrie (122). Le Conseil d'État avait déjà jugé précédemment que la décision d'imposer une limitation du champ à 3 V/m puis de soumettre la mise en exploitation

(119) C.E., 21 avril 2006, n° 157.850, *La Démarche*. Dans le même sens : C.E., 11 janvier 2007, n° 166.573, *L&S Vending* (l'interdiction de proposer des boissons alcoolisées d'une part par le truchement d'appareils automatiques et d'autre part dans des magasins automatiques, sans que ne soit démontré *in concreto* un danger de perturbation de l'ordre public matériel, en ce compris le danger de nuisances, semble impliquer une restriction disproportionnée à la liberté de commerce et d'industrie).

(120) C.E., 1^{er} juillet 2010, n° 206.209, *Mukti*.

(121) C.E., 30 septembre 2009, n° 196.527, *CDB Entreprise* : le Conseil d'État a jugé que le règlement édicté par la commune de Pecq relatif à la fermeture des dancings et discothèques n'emportait pas de violation du principe de proportionnalité. Pour arriver à cette conclusion, le Conseil d'État a constaté que le règlement ne vise qu'une catégorie bien déterminée d'établissements et n'a donc pas de portée générale ; que l'interdiction ne vise que le phénomène des *after* pendant la période s'étendant de 8 heures à 20 heures ; et que la réalité des troubles et des nuisances qui motivent le règlement attaqué n'est pas réellement contestée par la requérante.

(122) C.E., 25 octobre 2011, n° 215.982, *Mobistar*.

d'une antenne à une autorisation préalable qui permet de vérifier la conformité du matériel à la norme établie ne crée pas une restriction disproportionnée à la liberté de commerce. L'existence d'une norme fédérale moins sévère adoptée cinq ans après le règlement attaqué n'est pas de nature à rendre inadéquates les appréciations faites à ce moment par la commune (123).

b) Restrictions à la liberté de commerce issues de mesures de taxation

40. Pouvoir de taxation des communes. La liberté de commerce et d'industrie n'entrave pas le pouvoir de l'autorité publique d'établir des taxes sur les activités économiques et commerciales, pour autant que cette autorité reste dans les limites de ses attributions et qu'il existe un lien entre le but poursuivi, les dépenses visées et la taxe instaurée (124). Si la taxe peut avoir un caractère *dissuasif* vis-à-vis de certaines activités économiques, elle ne peut pas avoir un effet *prohibitif* et entraver au-delà du raisonnable, voire empêcher l'exercice, par les entreprises concernées, de leurs activités (125).

41. Emplacements de parcage. S'agissant d'une taxe communale sur les emplacements de parcage desservant des immeubles de bureaux ou affectés à une activité commerciale, industrielle ou artisanale, le Conseil d'État a noté qu'elle n'est pas due par les grandes surfaces commerciales, mais bien par les exploitants des emplacements de parcage et « que l'on n'aperçoit dès lors pas en quoi la taxe contestée entraverait au-delà du raisonnable, voire empêcherait, l'activité commerciale des grands magasins ; qu'à ce point de vue, les requérantes ne démontrent nullement que la taxe attaquée serait prohibitive » (126).

42. « Toutes boîtes ». Le Conseil d'État a constaté qu'une taxe communale sur les « toutes boîtes » (distribution gratuite, à domicile, d'écrits non adressés) a indiscutablement un effet dissuasif sur la distribution de ces écrits et vise par-là à inciter les entreprises concernées à employer d'autres moyens de nature à réduire les

(123) C.E., 4 novembre 2008, n° 187.717, *KPN Orange Belgium*.

(124) C.E., 27 mai 2009, n° 193.580, *Fedis*.

(125) V. SEPULCHRE, « La taxation locale des activités économiques », *Rev. dr. commun.*, 2009, liv. 2, pp. 5-6 et les références citées ; Ph. QUERTAINMONT, *Droit public économique, op. cit.*, p. 46.

(126) C.E., 27 mai 2009, n° 193.580, *Fedis*.

charges financières communales en matière de propreté et d'environnement. La société requérante manque cependant d'établir que cette taxe est de nature à entraver au-delà du raisonnable l'exercice de ses activités de publication et de diffusion d'imprimés « toutes boîtes » (127).

43. Antennes GSM. Le Conseil d'État a annulé un règlement-taxe sur les pylônes, mâts et antennes de diffusion destinés à la mobilophonie, à défaut pour les motifs de ce règlement d'apparaître dans son préambule ou des documents du dossier administratif (128). Tout règlement doit en effet reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles, qui doivent résulter du dossier constitué au cours de l'élaboration de ce règlement, et sur le vu duquel les juridictions saisies d'une contestation de la régularité du règlement doivent être en mesure d'exercer le contrôle de légalité qui leur incombe.

Dans une affaire similaire plus récente, le Conseil d'État a rejeté le recours, considérant que la taxe litigieuse peut être regardée, compte tenu de la motivation qui figure dans son préambule, comme ayant un caractère dissuasif sur une prolifération des infrastructures de diffusion pour GSM, mais qu'elle n'apparaît pas entraver au-delà du raisonnable l'activité de mobilophonie (129).

44. Éoliennes. Saisi d'un recours en annulation d'un règlement-taxe communal sur les mâts d'éoliennes destinés à la production d'électricité, le Conseil d'État a jugé que la seule circonstance que la taxe à percevoir annuellement s'élève à 135.000 euros n'emporte pas la démonstration d'une restriction disproportionnée à la liberté de commerce et d'industrie protégée par l'article 23 de la Constitution et le Code de droit économique. Il ne peut pas être reproché à la commune concernée de ne pas affecter le produit de la taxe à une compensation de l'incidence que les mâts et pales peuvent produire sur l'environnement, mais à alimenter la trésorerie municipale (130).

(127) C.E., 13 mai 2009, n° 193.249, *SA Mediapub*. Dans le même sens : C.E., 9 mars 2009, n° 191.206, *SA Mediapub*.

(128) C.E., 18 octobre 2006, n° 163.734, *Belgacom Mobile*.

(129) C.E., 20 janvier 2009, n° 189.664, *Mobistar*.

(130) C.E., 30 octobre 2014, n° 228.985, *SA Green Wind*.

c) Restrictions justifiées par des motifs environnementaux ou urbanistiques

45. Conditions d'exploitation. En vue de l'exploitation d'un établissement de classe 3 au sens de l'article 11 du décret wallon du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement, l'autorité compétente peut imposer des conditions destinées à diminuer les nuisances dans une mesure acceptable pour l'environnement. Le Conseil d'État a, à cet égard, invité l'autorité à « rechercher dans la mesure du possible un équilibre entre les mesures destinées à protéger l'environnement, et le développement économique ». Le Conseil d'État peut donc sanctionner « la décision qui imposerait des conditions qui mettraient en péril l'existence de l'établissement de troisième classe, alors que d'autres mesures qui assureraient un même niveau de protection de l'environnement pourraient être imposées » (131). Dans cette espèce, l'acte attaqué fixait une condition d'exploitation tendant à limiter à trois le nombre de camions de maximum 15 tonnes par jour de travail. Le Conseil d'État a sanctionné un défaut de motivation de l'acte attaqué, qui n'exposait pas pourquoi une alternative proposée par l'entreprise, et considérée comme satisfaisante par une instance d'avis, n'avait pas été retenue. L'entreprise avait par ailleurs produit des attestations de deux de ses principaux fournisseurs, qui affirmaient être incapables de livrer des matières premières par camion de moins de 30 tonnes. Sur ce point, le standard de preuve que le Conseil d'État impose à l'entreprise requérante est particulièrement élevé, celle-ci ne démontrant pas « que la viabilité de son exploitation est mise en péril par la condition critiquée à défaut d'apporter la preuve de l'importance desdits fournisseurs et clients dans son chiffre d'affaires global ainsi que de la répercussion de cette condition sur son résultat d'exploitation; qu'elle ne démontre pas non plus que d'autres solutions seraient impossibles, par exemple par la recherche d'autres fournisseurs ou l'envoi de ses propres camions pour prendre livraison des matières premières, etc. ».

46. Bien-être des animaux. Dans le cadre d'un recours en annulation de l'arrêté royal du 2 septembre 2005 visant à garantir le bien-être des animaux utilisés dans les cirques ou les expositions itinérantes pour l'amusement du public, le Conseil d'État a examiné

(131) C.E., 29 mars 2010, n° 202.449, *SPRL Limabel*.

une par une les entraves apportées aux activités économiques des requérants(132). Il a jugé que la volonté de garantir le bien-être des animaux constitue une justification objective et raisonnable des restrictions apportées à la liberté du commerce et de l'industrie et que les dispositions attaquées « reposent sur des données scientifiques » démontrant que le transport est une cause de stress pour les animaux. Le Conseil d'État a d'ailleurs été amené à comparer les conclusions de diverses études scientifiques. Le Conseil d'État a conclu que les requérants « ne fournissent aucun élément concret de nature à établir que la mesure en cause est globalement disproportionnée en ce qu'elle leur impose des aménagements manifestement déraisonnables ». Toutefois, dans la mesure où l'arrêté s'applique également aux petites entreprises donnant des spectacles d'un jour dans les écoles et d'autres institutions, avec un retour des animaux le soir même au siège de ces entreprises, le Conseil d'État a considéré que l'arrêté attaqué impose une charge disproportionnée.

47. Normes de bruit. Quant aux normes de lutte contre le bruit généré par le trafic aérien, elles résultent d'un équilibre entre, d'une part, la protection de l'environnement contre le bruit et, d'autre part, la liberté du commerce et de l'industrie. Le Conseil d'État observe que la Région de Bruxelles-Capitale a notamment défini plusieurs zones et modulés les plafonds acoustiques en fonction de celles-ci, selon les recommandations de l'Organisation mondiale de la Santé, de sorte que le principe de proportionnalité n'est pas méconnu. Le Conseil d'État conclut que l'arrêté attaqué n'a pas pour effet « d'empêcher l'activité commerciale des requérantes »(133).

48. Antennes GSM. Saisi par un opérateur de mobilophonie d'un recours en annulation de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 30 octobre 2009 relatif à certaines antennes émettrices d'ondes électromagnétiques, le Conseil d'État a estimé que les mesures adoptées en vue d'atténuer le rayonnement de ces ondes ne sont pas manifestement déraisonnables(134). Précédemment, la Cour constitutionnelle avait déjà validé l'ordonnance bruxelloise du 1^{er} mars 2007 que cet arrêté exécute(135).

(132) C.E., 25 juin 2008, n° 184.745, *Florilegio*.

(133) C.E., 9 mai 2006, n° 158.548, *European Air Transport*.

(134) C.E., 27 juin 2011, n° 214.183, *SA Mobistar*.

(135) Arrêt n° 2/2009 du 15 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 436.

d) Autres restrictions au libre exercice d'une profession

49. Pharmaciens. De très nombreuses professions font l'objet d'une réglementation particulière (136). Ainsi, l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé apporte, notamment en ce qui concerne l'exercice de l'activité de pharmacien, une restriction à la liberté du commerce, en limitant le nombre d'officines et en soumettant leur ouverture à une autorisation préalable. Sur la base de cet arrêté, le Roi a déterminé les critères qui visent à organiser une répartition des officines pharmaceutiques en vue d'assurer dans l'intérêt de la santé publique une dispensation adéquate, efficace et régulière des médicaments dans toutes les régions du pays. Le Conseil d'État vérifie qu'à l'occasion du refus ou de l'autorisation d'implanter une officine, c'est bien cette préoccupation qui a guidé l'autorité (137).

50. Transports funèbres. Le Conseil d'État a relevé, à propos d'un règlement-taxe sur les transports funèbres, que cette taxe s'inscrivait dans le contexte d'un monopole des transports funèbres établi au profit d'une intercommunale. Il rappelle à cet égard qu'« une activité économique ne peut être interdite aux administrés en général pour être réservée à une institution déterminée qu'en application d'une habilitation législative dépourvue d'équivoque ». Or, la loi du 20 juillet 1971 sur les funérailles et sépultures attribue au conseil communal le pouvoir d'adopter des règlements relatifs aux transports funèbres, mais ne charge pas les autorités communales d'organiser elles-mêmes ces transports, de sorte que la limitation apportée à la liberté d'entreprendre ne repose sur aucun fondement légal et doit être écartée sur la base de l'article 159 de la Constitution (138).

51. Mandataires publics. Les articles L1123-17 et L5111-1 du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation procèdent de l'intention du législateur de limiter le nombre de mandats exercés par les mandataires locaux, d'éviter la multiplication induite des cumuls et de ne pas permettre aux intéressés de percevoir des avantages financiers disproportionnés par rapport aux fonctions qui sont les leurs. Le Conseil d'État constate que cette mesure constitue

(136) Ph. QUERTAINMONT, *Droit public économique, op. cit.*, p. 48.

(137) C.E., 27 octobre 2011, n° 216.060, *SCRL Multipharma*.

(138) C.E., 21 avril 2004, n° 130.492, *Rev. dr. commun.*, 2005, p. 18.

une restriction au droit des titulaires de mandats primaires d'occuper d'autres fonctions rémunérées, « droit qui est une application tant de la liberté individuelle que du droit au libre choix d'une activité professionnelle ». En conséquence, cette règle qui limite les libertés individuelles doit être interprétée restrictivement (139).

52. Horeca. Lorsqu'une commune autorise un établissement horeca à aménager une terrasse sur le domaine public, elle peut tenir compte de la sécurité et des nuisances publiques en définissant les conditions de cette autorisation, par exemple concernant l'accessibilité pour les services de secours. La liberté du commerce n'empêche pas la définition de telles conditions d'exploitation, qui peuvent néanmoins être contrôlées au regard, notamment, du principe d'égalité ou des principes généraux de bonne administration, telle l'obligation de motivation matérielle. L'administration ne doit néanmoins pas nécessairement démontrer que les conditions d'autorisation sont inspirées par les besoins du maintien de l'ordre ou sont en adéquation avec ces besoins. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration peut par exemple aussi recouvrir le souci de rendre les commerces de la ville plus attrayants (140).

§ 4. *Remarque générale à propos de la jurisprudence du Conseil d'État*

53. Le Conseil d'État se montre généralement intransigent dans sa vérification des buts poursuivis par l'administration et de la proportionnalité des mesures qu'elle adopte. Ce constat vaut à tout le moins en matière de police administrative générale. En ce qui concerne les mesures administratives résultant d'autres dispositions légales, le Conseil d'État fait preuve davantage de souplesse dans l'appréciation du principe de légalité, interprétant de manière moins stricte les habilitations légales et les mobiles du législateur (141) ; il conclut également beaucoup moins fréquemment à une violation du principe de proportionnalité.

54. L'appréciation *in concreto* par le Conseil d'État du bien-fondé des restrictions à la liberté d'entreprendre oblige l'administration

(139) C.E., 3 mai 2012, n° 219.146, *Desama*.

(140) C.E., 9 juillet 2013, n° 224.309, *Maes*.

(141) M. HERBIET, *op. cit.*, spéc. pp. 206-212.

à veiller à la motivation matérielle de ses actes, en documentant précisément les faits ou les troubles qui justifient son intervention. À défaut pour le Conseil d'État de trouver dans le dossier administratif des éléments précis et actuels qui motivent cette restriction à la liberté d'entreprendre, il conclut à la violation du principe de proportionnalité(142).

CONCLUSION

55. Au vu du « harcèlement textuel »(143) dont elle est victime, doit-on conclure avec certains auteurs(144) à la disparition de la liberté d'entreprendre ?

Nous ne le pensons pas et souhaitons au contraire souligner la vigueur bien réelle de cette liberté, qui se manifeste de trois manières au moins.

56. La *vigueur des sources*, tout d'abord : jusqu'à la moitié du XX^e siècle, la liberté d'entreprendre était synonyme de liberté du commerce et de l'industrie au sens du décret d'Allarde et s'opposait principalement aux empiètements d'ordre administratif sur l'initiative privée sans base légale(145). Depuis lors, les sources formelles de la liberté d'entreprendre, dans ses différentes expressions, se sont diversifiées tant dans l'ordre interne qu'en droit européen : articles II.3 et II.4 du Code de droit économique, article 23 de la Constitution, article 6, § 1^{er}, VI, al. 3, de la loi spéciale du 8 août 1980, libertés économiques du T.F.U.E., directive 2006/123/CE, article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, etc.

Les plaideurs administratifs et constitutionnels font un usage gourmand et quasi indiscriminé de ces multiples sources. Leur enchevêtrement se résout moins souvent par le constat de la primauté de l'une sur l'autre dans la hiérarchie des normes que par l'interprétation de l'une au regard de l'autre ou en combinaison avec celle-ci. La liberté d'entreprendre atteste ainsi d'un droit

(142) C.E., 5 juillet 2006, n° 160.995, *Chambre belge des podologues*.

(143) L'expression est empruntée à J.-Ph. FELDMAN, *op. cit.*, p. 1090.

(144) Voy. la doctrine citée par M. HERBIET, *op. cit.*, spéc. pp. 183-187.

(145) D. YERNAULT, *op. cit.*, p. 933.

en réseau⁽¹⁴⁶⁾ dont les embranchements communiquent et se renforcent les uns les autres. Cette harmonieuse confusion des sources est rendue possible par la convergence des raisonnements : la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État, quelle que soit la source formelle de la liberté d'entreprendre, vérifient en substance que l'objectif poursuivi est légitime ou conforme à la loi d'habilitation, et que les moyens employés pour l'atteindre sont efficaces et proportionnés. Via le mécanisme préjudiciel, la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État dialoguent par ailleurs volontiers avec la Cour de justice, elle aussi fervente adepte de l'omniprésent test de proportionnalité.

57. La vigueur de la liberté d'entreprendre est également, du point de vue du contentieux objectif, *quantitative*. Le nombre de recours motivés principalement voire exclusivement par une atteinte alléguée à la liberté d'entreprendre témoigne de la grande vigilance des administrés. En particulier, les entreprises d'une certaine taille ou les associations professionnelles disposent des moyens humains et matériels nécessaires pour la défense de leurs intérêts et n'hésitent pas à interroger les limites de l'interventionnisme étatique devant le Conseil d'État ou la Cour constitutionnelle.

La menace réelle de recours objectifs constitue une raison supplémentaire pour les autorités législatives et réglementaires d'organiser une concertation préalable avec les futurs destinataires des normes qu'elles entendent édicter. Lorsqu'une telle consultation a été organisée, elle est d'ailleurs systématiquement invoquée par l'autorité devant le Conseil d'État ou la Cour constitutionnelle pour justifier le bien-fondé de l'atteinte portée à la liberté d'entreprise.

58. Ceci nous amène à insister sur la vigueur de la liberté d'entreprendre envisagée comme *mécanisme prudentiel* de l'intervention législative et administrative dans l'économie. S'il est certes exact qu'un nombre relativement restreint de recours fondés sur une violation de la liberté d'entreprendre aboutit à l'invalidation de la norme réglementaire ou législative concernée, le contrôle effectif auquel procèdent le Conseil d'État et la Cour constitutionnelle témoigne de ce que les législateurs et autorités administratives ne bénéficient pas d'un régime d'impunité. Ils doivent documenter les motifs d'intérêt général justifiant leur interventionnisme, apprécier

(146) Fr. OST et M. VAN DER KERCHOVE, *De la pyramide au réseau*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

les effets potentiels des mesures envisagées et exercer leur marge d'appréciation dans le respect du principe de proportionnalité.

Autrement dit, le dynamisme de la liberté d'entreprendre ne saurait être apprécié uniquement à l'aune des succès limités des plaideurs administratifs et constitutionnels. Il faut encore admettre que les atteintes à la liberté d'entreprendre – qui, aussi nombreuses qu'elles soient, demeurent des dispositions d'exception (147) – seraient bien plus virulentes encore si des recours objectifs n'étaient pas ouverts aux administrés et à leurs représentants, et si ceux-ci ne les exerçaient pas effectivement. En ce sens, la liberté d'entreprendre reste un principe cardinal du droit public économique, quoique soumis comme toute liberté aux aléas de sa conciliation avec d'autres intérêts (148).

(147) M. HERBIET, *op. cit.*, pp. 186-187.

(148) À propos des conflits entre droits fondamentaux, voy. E. BREMS, S. OUALD CHAÏD, S. SMET, « Les droits constitutionnels conflictuels », in *Les droits constitutionnels en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 295-328 ; J.-Fr. NEURAY, « Le droit à l'environnement et la liberté du commerce et de l'industrie. Réflexions sur un nouveau conflit de normes », *Rev. dr. ULB*, 1995, pp. 53-71.