

pectifs, parmi lesquels la vente de carburant et d'huile pour véhicules automobiles (stations d'essence), le législateur a pu raisonnablement estimer qu'il n'était plus nécessaire de prescrire que la publicité pour cette seule activité principale devait être limitée. En outre, le législateur pouvait aussi tenir compte du fait que la condition imposant que le choix d'autres produits proposés à la vente doive être "limité" donnait lieu à une insécurité juridique.

En quête d'un compromis, le législateur a ainsi fait un choix, en permettant la vente d'un des cinq groupes de produits déterminés comme activité principale sans limitation des heures d'ouverture, qui n'est pas dénué de justification raisonnable.

(...) ».

*
* *

HEURES DE FERMETURE ET REPOS HEBDOMADAIRE OBLIGATOIRES : LE DÉBAT EST-IL CLOS ?

par

Maxime VANDERSTRAETEN
Avocat au barreau de Bruxelles
Assistant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
et à l'U.L.B.

1. La loi du 10 novembre 2006 relative aux heures d'ouverture dans le commerce, l'artisanat et les services rassemble dans un seul texte, en les modernisant, les dispositions de la loi du 22 juin 1960 instaurant le repos hebdomadaire dans l'artisanat et le commerce et la loi du 24 juillet 1973 instaurant la fermeture obligatoire du soir dans le commerce¹.

La loi s'applique principalement au commerce de détail, à l'exception des secteurs que le Roi exclut², et laisse la possibilité au Roi d'étendre son champ d'application aux services qu'il détermine³. La loi vise également les magasins de nuit

et les bureaux privés pour les télécommunications (« phone-shops »)⁴.

Le commerce de détail est défini comme la revente de manière habituelle de marchandises au consommateur, sans faire subir à ces marchandises d'autre traitement que les manipulations usuelles dans le commerce qui exigent la présence physique et simultanée du vendeur et du consommateur dans l'unité d'établissement (art. 2, 1^o). Le commerce de gros, le secteur Horeca, l'hôtellerie, les campings et les débits de boissons ne sont donc pas visés⁵.

Les articles 6 et 7 de la loi déterminent les heures auxquelles l'accès aux consommateurs et la vente de produits ou de services sont interdits, en distinguant notamment selon qu'il s'agit de magasins de jour ou de nuit.

Les obligations en matière de repos hebdomadaire sont contenues aux articles 8 à 14 de la loi. L'accès du consommateur, la vente directe de produits ou de services à celui-ci, et les livraisons à domicile sont interdits pendant une période ininterrompue de 24 heures. Ce jour de repos est en principe le dimanche, sans préjudice de la possibilité pour le commerçant ou le prestataire de services de choisir un autre jour à condition de le mentionner clairement à l'extérieur de l'unité d'établissement.

Le chapitre 4 de la loi contient des dérogations aux heures de fermeture et au repos hebdomadaire obligatoires en fonction du lieu de la vente ou des services (art. 16, § 1^{er} et 17⁶) ou de l'activité principale des unités d'établissement concernés (art. 16, § 2). Le Roi peut compléter la liste de ces lieux et activités principales (art. 16, § 3). A cet égard, alors que la loi du 22 juin 1960 n'imposait un jour de repos hebdomadaire qu'aux secteurs qui l'avaient demandé par le biais de leur fédération professionnelle, la loi du 10 novembre 2006 inverse le mécanisme en imposant un jour de

détail (art. 2, 2^o). M. GERON note que la simplification du champ d'application de la loi du 10 novembre 2006 n'est qu'apparente et que la soumission de certaines activités aux obligations de fermeture demeure incertaine, ce qui interpelle au regard notamment des sanctions pénales comminées par la loi (*op. cit.*, p. 257).

⁴ Articles 2, 8^o et 9^o, 5 et 18 de la loi.

⁵ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2005-2006, n^o 51-2486/1, p. 4.

⁶ L'article 17 concerne l'exception au profit des stations balnéaires et les communes ou parties de commune reconnues comme « centres touristiques ». Les modalités de cette reconnaissance sont contenues dans l'arrêté royal du 16 juin 2009 exécutant l'article 17, deuxième alinéa, de la loi du 10 novembre 2006 relative aux heures d'ouverture dans le commerce, l'artisanat et les services.

¹ Pour un commentaire de cette loi, voy. M. GERON, « La loi du 10 novembre 2006 sur le jour de repos hebdomadaire », *Dr. pén. entr.*, 2009, pp. 255 et s.

² Article 3 de la loi du 10 novembre 2006. Voy., en application de cette disposition, l'arrêté royal du 7 juin 2007 excluant le secteur de la vente de véhicules automobiles neufs et d'occasion du champ d'application de la loi du 10 novembre 2006 relative aux heures d'ouverture dans le commerce, l'artisanat et les services.

³ Article 4 de la loi. Les services sont toutes prestations qui constituent un acte commercial ou une activité artisanale, qui sont fournies normalement contre rémunération et qui ne rentrent pas dans la définition du commerce de

repos hebdomadaire à tous, tout en permettant des dérogations pour certains secteurs⁷.

L'article 18 contient des dispositions spécifiques aux magasins de nuit et aux bureaux privés pour les télécommunications. Il autorise un règlement communal à soumettre tout projet d'exploitation d'un tel magasin ou bureau à une autorisation du collège des bourgmestres et échevins ou à limiter l'implantation et l'exploitation de ces établissements à une partie du territoire de la commune⁸.

Les infractions aux dispositions de la loi du 10 novembre 2006 sont sanctionnées pénalement (art. 19 à 22)⁹.

La Cour constitutionnelle s'est prononcée le même jour, respectivement sur question préjudicielle et sur recours en annulation, à propos de divers éléments de cette loi du 10 novembre 2006 et de la loi du 11 avril 2012 l'ayant modifiée. Ces deux arrêts, largement reproduits ci-dessus, font l'objet du présent commentaire.

2. Les faits du premier arrêt commenté (n° 142/2014), rendu sur question préjudicielle, peuvent être résumés comme suit. La partie demanderesse devant le juge *a quo* exploite un centre de jardinage et est soumise à l'obligation de fermeture hebdomadaire de l'article 8 de la loi du 10 novembre 2006. Elle fait valoir devant le Tribunal de commerce d'Anvers que plusieurs centres de jardinage concurrents sont ouverts au public sept jours sur sept et contreviennent ainsi à l'obligation précitée. Elle sollicite du juge anversoïse qu'il ordonne la cessation de ces pratiques commerciales jugées déloyales. Les parties défenderesses contestent en invoquant une contradiction entre, d'une part, la loi du 10 novembre 2006 et, d'autre part, le droit de l'Union européenne (notamment la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales) et les articles 10 et 11 de la Constitution. Avant de sta-

tuer quant au fond, le juge *a quo* décide de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle et deux autres questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne.

Par son ordonnance C-559/11 du 4 octobre 2012, la Cour de Luxembourg a considéré que la directive 2005/29/CE ne s'appliquait pas à la législation belge en cause, dès lors qu'elle ne poursuit pas des finalités tenant à la protection des consommateurs.

De son côté, la Cour constitutionnelle a décidé, par son arrêt n° 119/2012 du 18 octobre 2012, de poser une nouvelle question préjudicielle à la Cour de justice, concernant l'interprétation du principe d'égalité et des libertés économiques comprises dans la Charte des droits fondamentaux et dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Par un arrêt du 8 mai 2014 (C-483/12), la Cour de justice s'est cependant déclarée incompétente pour répondre à cette question préjudicielle, à défaut de point de rattachement avec le droit européen. La Cour de justice a notamment rappelé sa jurisprudence constante selon laquelle les dispositions du Traité en matière de libre circulation des marchandises ne s'appliquent pas à une réglementation nationale en matière de fermeture des magasins qui est opposable à tous les opérateurs économiques concernés exerçant des activités sur le territoire national et qui affecte de la même manière, en droit et en fait, la commercialisation des produits nationaux et celle des produits en provenance d'autres États membres¹⁰.

C'est donc sans l'éclairage de la Cour de justice que la Cour constitutionnelle a dû se prononcer sur les questions préjudicielles posées. Elle était en substance interrogée sur la compatibilité des articles 8, 9, 16 et 17 de la loi du 10 novembre 2006 avec les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec la liberté de commerce et d'industrie, en ce que, d'une part, l'obligation de respecter un jour de fermeture hebdomadaire s'applique uniquement au commerce de détail et, d'autre part, elle ne s'applique pas à certaines catégories de commerçants.

Devant la Cour, les deux parties devant le juge *a quo* ont fait combat commun et dénoncé les dérogations qui font dépendre la dispense du

⁷ De son côté, le collège des bourgmestres et échevins peut accorder jusqu'à 15 dérogations par an à des unités d'établissement situées sur le territoire de la commune (art. 15).

⁸ Le régime d'autorisation prévu à l'article 18 de la loi a été modifié par la loi du 22 décembre 2009 adaptant certaines législations à la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur (1).

⁹ Voy. égal. l'arrêté royal du 11 mars 2009 relatif au règlement transactionnel des infractions à la loi du 10 novembre 2006 relative aux heures d'ouverture dans le commerce, l'artisanat et les services et l'arrêté ministériel du 12 mars 2009 désignant les fonctionnaires chargés de proposer aux auteurs d'infractions à la loi du 10 novembre 2006 relative aux heures d'ouverture dans le commerce, l'artisanat et les services, le règlement transactionnel visé à l'article 22, § 3, de la loi précitée.

¹⁰ Entre autres, C.J.U.E., 2 juin 1994, C-69/93 et C-258/93, *Punto Casa*.

jour de fermeture obligatoire de la localisation du commerçant concerné ou du groupe de produits vendus. Elles se prévalaient notamment d'une différence de traitement entre les magasins de fleurs et plantes – soumis à l'obligation de respecter un jour de fermeture obligatoire – et les stations d'essence situées sur le domaine des autoroutes, qui vendent aussi des fleurs et des plantes mais relèvent de la dérogation de l'article 16, § 1^{er}, f, de la loi.

Plus généralement, les deux parties devant le juge *a quo* considéraient que les exceptions prévues par la loi avaient perdu leur utilité ou qu'une régulation en la matière n'était pas nécessaire. À leur estime, un traitement inégal découlait également de la possibilité de vendre, en tant que commerçant bénéficiant d'une dérogation, un nombre limité d'autres biens, ce qui affaiblirait la position concurrentielle des commerçants qui doivent respecter un jour de fermeture. Les parties devant le juge *a quo* estimaient en outre que le fait que l'industrie et le commerce de gros ne soient pas soumis à un jour de fermeture obligatoire constituait un traitement inégal au regard de l'objectif du législateur de protéger le bien-être et la vie familiale des commerçants, dès lors notamment que le jour de fermeture obligatoire n'implique pas une interdiction d'activités mais uniquement une interdiction d'accès et une interdiction de vente directe au consommateur. Enfin, elles faisaient valoir que les commerçants « classiques » sont soumis à une importante restriction en matière d'exploitation en comparaison avec les commerçants en ligne ou ceux qui utilisent d'autres formes de vente à distance.

3. Dans sa réponse, la Cour rappelle d'abord l'intention du législateur de 2006, à savoir fonder toutes les dispositions relatives au jour et aux heures d'ouverture dans une loi unique et moderniser une législation vieille de plus de 30 ans, tout en trouvant un équilibre entre les intérêts des consommateurs et les conditions de travail des personnes actives dans le secteur du commerce de détail.

La Cour se prononce ensuite sur le principe même d'une législation qui n'est applicable qu'au commerce de détail, c'est-à-dire au commerce impliquant la présence d'un point de vente physique. Après avoir constaté que le champ d'application de la loi du 22 juin 1960 était lui aussi

limité au commerce de détail, la Cour estime que le critère distinctif prévu par la loi, à savoir un contact direct avec le consommateur, est objectif et pertinent. Elle observe à cet égard que « la législation en cause a pour but de préserver l'équilibre entre la vie privée des commerçants et l'intérêt des consommateurs, en instaurant, pour le secteur concerné, un régime qui n'entrave pas inutilement le jeu de la libre concurrence ». Or, en l'absence d'un point de vente physique, « le commerçant peut répondre à une demande indirecte du consommateur, par courriel, par internet, par courrier, etc., à un moment de son choix, le consommateur comprenant aussi que le commerçant n'est pas disponible sans interruption »¹¹.

Conformément à sa jurisprudence, la Cour énonce par ailleurs que la liberté de commerce et d'industrie, devenue la liberté d'entreprise au sens des articles II.3 et II.4 du Code de droit économique, ne peut être conçue comme une liberté absolue¹². En l'espèce, c'est au législateur qu'il appartient d'apprécier si un jour de repos hebdomadaire doit être imposé à certaines catégories de commerçants, la Cour ne pouvant sanctionner ce choix que s'il n'est pas raisonnablement justifié¹³.

Renvoyant aux travaux parlementaires de la loi du 10 novembre 2006 et à ceux de la loi du 22 juin 1960, la Cour constate que « l'instauration d'un jour de repos hebdomadaire est une nécessité généralement acceptée » et qu'une grande majorité de commerçants sont favorables au système actuel. Selon le législateur, la loi en cause est en outre le fruit d'une très large concertation et répond aux souhaits de l'ensemble des acteurs concernés¹⁴.

¹¹ Considérant B.7.1. du premier arrêt annoté.

¹² Dans le même sens, e.a., C.C., 10 novembre 2011, n° 166/2011, considérant B.10 ; C.C., 28 avril 2011, n° 56/2011, considérant B.8.2. Selon une formulation classique, la Cour estime que « Dans de très nombreux cas, une disposition législative – que ce soit dans le secteur économique ou dans d'autres secteurs – limiterait 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 ou portait atteinte à ce principe en manière telle que l'union économique et monétaire serait compromise » (C.C., 27 novembre 2014, n° 170/2014, considérant B.14 ; voy. égal. : C.C., 9 juillet 2013, n° 94/2013 considérant B.5 ; C.C., 22 décembre 2010, n° 149/2010, considérant B.8 ; C.C., 15 janvier 2009, n° 2/2009, considérant B.22.1 ; C.C., 19 juillet 2005, n° 132/2005, considérant B.4.3 ; C.C., 25 novembre 1999, n° 124/99, considérant B.5.3 ; C.A., 14 juillet 1997, n° 42/97, considérant B.13.1 ; C.C., 15 mai 1996, n° 29/96, considérant B.8.3 ; C.C., 25 avril 1995, n° 35/95, considérant B.6.6 ; C.C., 9 juillet 1992, n° 55/92, considérant B.8.).

¹³ Considérant B.7.2. du premier arrêt annoté.

¹⁴ Considérant B.7.3. du premier arrêt annoté.

La Cour se penche ensuite sur le régime des dérogations à la règle du jour de repos hebdomadaire contenu aux articles 16 et 17 de la loi. Elle distingue à cet égard les dérogations qui reposent sur l'*emplacement* du point de vente de celles qui s'appuient sur l'*activité principale* des unités d'établissement.

S'agissant des premières, la Cour relève que le critère distinctif prévu par la loi est objectif et pertinent. Revenant plus particulièrement sur les dérogations prévues en matière de transports publics, de voies aériennes et maritimes internationales, et d'autoroutes, la Cour observe qu'elles permettent à l'utilisateur de ces transports ou de ces voies d'effectuer son voyage sans craindre des difficultés causées par la fermeture des points de vente, et sont donc raisonnablement justifiées¹⁵.

Les dérogations qui reposent sur l'activité principale de l'unité d'établissement (c'est-à-dire – outre les stations d'essence déjà mentionnées –, les librairies, les vidéo-clubs, les vendeurs de glaces et de denrées alimentaires préparées dans l'unité d'établissement et qui n'y sont pas consommées) reposent, elles aussi, sur un critère distinctif objectif et pertinent. Pour la Cour, elles sont en outre raisonnablement justifiées pour plusieurs motifs.

Tout d'abord, la loi du 10 novembre 2006 harmonise les listes des secteurs bénéficiant de dérogations au repos hebdomadaire sous l'empire de la loi du 22 juin 1960, « de sorte que l'on peut admettre que les exceptions prévues correspondent aux exceptions qui existaient déjà quant au jour de repos hebdomadaire ». La Cour en déduit que « Les fédérations professionnelles des autres secteurs n'ayant pas demandé, sous l'empire de la loi du 22 juin 1960, d'imposer un jour de repos hebdomadaire, on peut admettre qu'elles ont considéré qu'il n'était pas nécessaire de pouvoir bénéficier d'un jour de repos hebdomadaire »¹⁶.

La Cour relève aussi que le législateur a consulté toutes les fédérations professionnelles et interprofessionnelles agréées, ainsi que le Conseil national du travail et le Conseil de la consommation. En outre, seule l'activité principale d'un établissement est prise en considération, de sorte que les commerces qui ne relevaient pas, sur le

plan sectoriel, du repos hebdomadaire obligatoire peuvent aujourd'hui continuer à vendre d'autres biens de consommation, sans pour autant tomber sous l'application des règles du jour de repos hebdomadaire. Enfin, la Cour note que l'article 16, § 3, de la loi habilite le Roi à compléter la liste des secteurs du commerce et de l'artisanat ainsi que la liste des activités principales qui ne sont pas soumis à l'obligation de repos hebdomadaire.

4. Le second arrêt commenté (n° 143/2014) se prononce sur un recours en annulation dirigé contre la loi du 11 avril 2012 modifiant la loi du 10 novembre 2006 en ce qui concerne les dérogations autorisées¹⁷. Les exceptions concernées par cette modification législative sont celles de l'article 16, § 2, de la loi du 10 novembre 2006, qui s'appliquent en fonction de l'activité principale de l'unité d'établissement (librairies, vidéo-clubs, stations-services, vendeurs de glaces et de denrées alimentaires préparées dans l'unité d'établissement et qui n'y sont pas consommées). Auparavant, il était question d'une activité principale « lorsque, à l'extérieur de l'unité d'établissement, il est uniquement fait référence à cette activité, qu'il est uniquement fait de la publicité pour cette activité, que le choix des autres produits est limité et que la vente du produit ou des produits constituant l'activité principale, représente au moins 50 % du chiffre d'affaires annuel ». La loi du 11 avril 2012 tend à mettre fin aux hésitations, dans la jurisprudence, quant au point de savoir si, pour déterminer l'« activité principale », la vente des diverses catégories de produits pouvait être cumulée (par exemple de l'essence, des journaux et du tabac)¹⁸. Il existait en outre une controverse quant à la signification de l'exigence selon laquelle « le choix des autres produits est limité ». La loi du 10 novembre 2006, telle que modifiée, précise désormais que l'activité principale doit consister en la vente « d'un des groupes de produits » énumérés, et que c'est cette activité principale qui doit représenter au moins 50 % du

¹⁷ Comme dans la première affaire, l'examen du recours a été suspendu dans l'attente de la réponse de la Cour de justice à la question préjudicielle posée par la Cour constitutionnelle. La Cour de justice s'est cependant déclarée incompétente par son arrêt C-483/12 du 8 mai 2014.

¹⁸ Les travaux préparatoires de la loi du 11 avril 2012 ne fournissent pas les références des décisions de justice concernées. Dans la jurisprudence publiée, nous avons relevé, dans le sens d'une interdiction du cumul des activités principales : Anvers, 24 février 2011, *R.A.B.G.*, 2011, pp. 1163 et s. ; Comm. Hasselt (réf.), 10 décembre 2010, *NjW*, 2011, pp. 385 et s. ; *contra* : Comm. Tongres (réf.), 22 février 2011, *NjW*, 2011, pp. 504 et s.

¹⁵ Considérant B.11.1. du premier arrêt annoté.

¹⁶ Considérant B.11.2. du premier arrêt annoté.

chiffre d'affaires annuel. En revanche, il n'existe plus de restriction quant à la publicité relative aux activités accessoires et quant à l'assortiment de ces autres produits.

Les parties requérantes étaient des entreprises qui exploitent des magasins de nuit, et qui sont donc soumises à des restrictions quant aux heures d'ouverture. Elles s'estimaient discriminées par rapport aux stations d'essence avec boutique, non soumises à de telles restrictions, et qui peuvent dorénavant, en ce qui concerne la vente de produits accessoires, faire référence à cette activité et faire de la publicité pour celle-ci, et ne sont plus limitées quant au choix de ces autres produits.

La Cour, après avoir observé que les magasins de nuit et les stations d'essence sont comparables en ce qui concerne le point de savoir s'ils doivent respecter le jour de repos hebdomadaire et les heures de fermeture, relève que la loi du 11 avril 2012 est un « compromis intervenu après concertation avec le secteur du commerce de détail », et vise à remédier à l'insécurité juridique née de décisions de justice divergentes¹⁹. La Cour ajoute que l'interdiction, en vue de bénéficier de la dérogation, du cumul des produits relevant de plusieurs catégories de produits a été imposée « après une longue concertation et en tenant compte des avis de divers acteurs du secteur du commerce ». Dès lors que le législateur a tranché la controverse dans un sens qui restreint l'usage des dérogations, il a pu, note la Cour, « raisonnablement estimer qu'il n'était plus nécessaire de prescrire que la publicité pour cette seule activité principale devait être limitée ». En outre, le législateur « pouvait aussi tenir compte du fait que la condition imposant que le choix d'autres produits proposés à la vente doive être "limité" donnait lieu à une insécurité juridique ». La Cour conclut que le législateur était « en quête d'un compromis » et a fait un choix qui n'est pas dénué de justification raisonnable²⁰.

5. Les deux arrêts commentés complètent une jurisprudence constitutionnelle déjà bien fournie en matière de jour et d'heures de fermeture obligatoires des commerces.

La Cour s'est notamment prononcée à plusieurs reprises sur le régime d'exception dont bénéficient de longue date les stations-services situées sur le

domaine des autoroutes en vue de faciliter la circulation sur le réseau autoroutier²¹.

La Cour s'est également prononcée sur des questions de différence de traitement entre travailleurs indépendants et travailleurs salariés en ce qui concerne le travail du dimanche²². La loi du 16 mars 1971 sur le travail et la loi du 22 juin 1960 (désormais remplacée par la loi du 10 novembre 2006) diffèrent en effet quant au jour de repos : les indépendants peuvent choisir celui-ci, tandis que les salariés doivent se reposer le dimanche, sauf exception.

Plus récemment, la Cour a également déjà été interrogée sur l'application du régime des dérogations à l'obligation du jour de repos hebdomadaire²³.

Invariablement, ces arrêts portent sur des violations présumées des articles 10 et 11 de la Constitution, éventuellement combinés au principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Invariablement aussi, ces arrêts concluent à l'absence de violation des dispositions précitées.

Les arrêts commentés n'échappent pas à la règle et la solution retenue dans les deux cas était éminemment prévisible. Ces arrêts méritent néanmoins l'attention à plusieurs titres.

6. Tout d'abord, l'arrêt n° 142/2014 est à notre connaissance le premier à faire une référence, certes discrète, à la liberté d'entreprise telle qu'elle est consacrée par les articles II.3 et II.4 du Code de droit économique. Ces dispositions remplacent, depuis leur entrée en vigueur le 12 décembre 2013, l'article 7 du 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 ». L'arrêt n° 142/2014 note très sobrement que son contrôle s'exerce au regard de l'article 7 du décret d'Allarde, « actuellement remplacé par les articles II.3 et II.4 du Code de droit économique »²⁴. Ce faisant, la Cour confirme implicitement la continuité voulue par le législateur entre l'article 7 du décret d'Allarde et ses successeurs du Code de droit économique, malgré la rédaction modernisée de ces dernières dispositions²⁵.

²¹ C.C., 21 novembre 1991, n° 36/91 ; C.C., 7 mai 1992, n° 35/92 ; C.C., 22 juin 1995, n° 52/95 ; C.C., 1^{er} mars 2001, n° 26/2001.

²² C.C., 12 novembre 1992, n° 70/92 ; C.C., 10 juin 1993, n° 45/93.

²³ C.C., 25 janvier 2007, n° 23/2007.

²⁴ Considérant B.2.

²⁵ Exposé des motifs du projet de loi devenu loi introduisant le Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 53-2543/1, p. 22.

¹⁹ Considérant B.4. du second arrêt annoté.

²⁰ Considérant B.5. du second arrêt annoté.

Cette approche est également cohérente avec une conception de la liberté d'entreprise comme principe général de droit dont les contours sont dessinés par de multiples sources juridiques nationales et supranationales²⁶. Les récents arrêts n° 50/2015 du 30 avril 2015 et n° 66/2015 du 21 mai 2015 témoignent de ce que la Cour protège la liberté d'entreprendre davantage par le truchement de ce principe général de droit, que par le biais d'une loi formelle déterminée. La Cour y a en effet indiqué qu'elle apprécierait la liberté d'entreprendre non seulement à la lumière de l'article II.3 du Code de droit économique, mais aussi de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (qui est une règle répartitrice de compétence) et de l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, lequel consacre également la liberté d'entreprendre²⁷.

7. Ensuite, on ne peut manquer de constater, dans les deux arrêts commentés, la récurrence des références à la « concertation » avec les secteurs concernés dont l'adoption des lois du 10 novembre 2006 et du 11 avril 2012 a été précédée²⁸. Dans le même sens, la Cour observe que la loi du 22 juin 1960 reposait sur un système où les fédérations professionnelles étaient juges de l'opportunité d'imposer un jour de repos hebdomadaire dans un secteur particulier ; assez logiquement, la Cour conforte donc le choix du législateur de 2006 d'harmoniser les exceptions qui correspondent à

celles voulues par ces fédérations sous l'empire de la loi du 22 juin 1960²⁹.

Sur ce point, les arrêts commentés sont empreints d'un compréhensible pragmatisme : pourquoi la Cour sanctionnerait-elle un choix du législateur qui rencontre apparemment l'approbation des destinataires de la norme ?

La réponse à cette question nous paraît plus nuancée qu'il n'y paraît.

Il est de plus en plus fréquent que le contenu des lois soit le fruit de diverses consultations, concertations ou négociations avec des représentants de la société civile. De tels procédés de démocratie participative peuvent utilement compléter ceux issus de la démocratie représentative³⁰. Il était donc certainement souhaitable que le législateur prenne l'avis des fédérations professionnelles et en tienne compte lors de l'élaboration des lois du 10 novembre 2006 et du 11 avril 2012. L'on peut cependant se demander jusqu'à quel point la Cour peut en tirer argument pour écarter les critiques d'inconstitutionnalité dont elle est saisie. En soi, de tels processus de concertation ne constituent pas un vaccin contre les discriminations : le législateur demeure appelé à arbitrer les souhaits contradictoires exprimés dans les avis des différentes fédérations professionnelles. La Cour le reconnaît elle-même s'agissant de la loi du 11 avril 2012 : il s'agit d'une solution de compromis³¹, c'est-à-dire du résultat d'un arbitrage entre des intérêts divergents.

La circonstance que la loi du 10 novembre 2006 entérine des exceptions qui existaient déjà sous le régime de la précédente législation, et qui procèdent des demandes exprimées par les secteurs concernés, n'emporte pas davantage la garantie que les différences de traitement que contiennent ces exceptions seraient raisonnablement justifiées. Le législateur de 2006 a inversé le mécanisme de l'ancienne loi en imposant un jour de repos hebdomadaire à tous, en permettant des dérogations pour certains secteurs, estimant que le système précédent posait un « problème d'équité »

²⁶ Sur cette question, voy. M. VANDERSTRAETEN, « La liberté d'entreprendre dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État », in *Actualités en droit économique – La liberté d'entreprendre ou le retour en force d'un fondamental du droit économique*, coll. UB³, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 7-41, spéc. pp. 10-18.

²⁷ C.C., 30 avril 2015, n° 50/2015, considérants B.8.1 à B.9 ; C.C., 21 mai 2015, n° 66/2015, considérants B.11.4 à B.12.1. Dans le même sens, dans un arrêt n° 187/2011 du 15 décembre 2011 rendu sous le régime du décret d'Alarde, 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'Alarde ».

²⁸ C.C., 9 octobre 2014, n° 142/2014, considérants B.7.3 (« L'instauration d'un jour de repos hebdomadaire est une nécessité généralement acceptée » ; « Selon le législateur, la loi en cause est également le fruit d'une très large concertation et répond aux souhaits de l'ensemble des acteurs concernés ») et B.12 (« Le législateur a consulté toutes les fédérations professionnelles et interprofessionnelles agréées, dont le Conseil supérieur des indépendants et des PME, ainsi que le Conseil national du travail et le Conseil de la consommation [...] ») ; C.C., 9 octobre 2014, n° 143/2014, considérants B.4 (« Il ressort des travaux préparatoires de la loi attaquée du 11 avril 2012 que cette loi est un compromis intervenu après concertation avec le secteur du commerce de détail ») et B.5 (« Le législateur a entendu mettre fin, après une longue concertation et en tenant compte des avis de divers acteurs du secteur du commerce, à certaines pratiques commerciales [...] »).

²⁹ Considérant B.11.2 du premier arrêt commenté.

³⁰ H. DUMONT et M. EL BERHOUMI, « Prendre plus au sérieux la fonction législative des parlementaires », *R.B.D.C.*, 2014, pp. 342-346. *Adde*, en droit administratif, M. DELNOY, « Définition, notions de base, raison d'être et sources juridiques des procédures de participation du public », in *La participation du public au processus de décision en matière d'environnement et d'urbanisme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 7-28.

³¹ Considérant B.4. du second arrêt commenté.

entre les secteurs qui sont organisés en fédération professionnelle et ceux qui ne le sont pas³². Le législateur confesse ainsi que les fédérations professionnelles ne reflètent pas fidèlement les opinions de tous les commerçants.

En d'autres termes, la circonstance qu'une législation est concertée avec des associations professionnelles ou « généralement acceptée »³³ par ses destinataires est peut-être un gage de légitimité, mais pas nécessairement de constitutionnalité³⁴.

8. La remarque qui précède vaut à notre sens d'autant plus lorsque, comme en l'espèce, la concertation avec la société civile donne lieu à l'édiction d'une législation et d'une réglementation « à géométrie variable » ou « à la carte ». La multiplication des exceptions au principe appelle en effet à s'interroger sur la cohérence des moyens mis en œuvre par la loi du 10 novembre 2006 en vue de rencontrer ses objectifs.

La Cour a rappelé que la loi du 22 juin 1960 entendait transformer en une « réalité positive et utilisable par tous » le « droit des commerçants et des artisans au repos » et visait à protéger « la santé des indépendants »³⁵. Quant à la loi du 10 novembre 2006, la Cour estime qu'elle a désormais pour but de « préserver l'équilibre entre la vie privée des commerçants indépendants et l'intérêt des consommateurs, en instaurant, pour le secteur concerné, un régime qui n'entrave pas inutilement le jeu de la libre concurrence »³⁶. À cet égard, l'on conviendra tout d'abord que le droit au repos ne se confond pas avec le droit à la vie privée : en dehors des heures d'ouverture de son commerce, l'indépendant est libre de ne pas faire usage de son droit au repos, en travaillant à « guichet fermé », en s'occupant par exemple de son administration, de la gestion de ses stocks, etc. C'est d'autant plus vrai à notre époque, où l'exercice du commerce est de moins en moins dépendant de la présence physique du client. Avec la Cour, l'on doit donc à notre sens considérer que

la législation actuelle tend davantage à protéger la vie privée et familiale du commerçant : « En l'absence d'un point de vente physique, le commerçant peut répondre à une demande indirecte du consommateur, par courriel, par internet, par courrier, etc., à un moment de son choix, le consommateur comprenant aussi que le commerçant n'est pas disponible sans interruption »³⁷.

Or, qu'est-ce qui justifie, dans un nombre toujours croissant d'hypothèses, que ce droit à la vie privée et familiale plie devant les intérêts du consommateur et du jeu de la libre concurrence ? En laissant les associations professionnelles juges d'un arbitrage aussi fondamental, le législateur confère une portée singulièrement étendue à une liberté qu'il est d'habitude plus prompt à limiter – la liberté d'entreprise³⁸.

Enfin, indépendamment des arbitrages à opérer au cas par cas, le simple fait que le principe du jour et des heures de fermeture obligatoires soit assorti d'exceptions à ce point nombreuses, précises et variées, accroît les risques de discrimination. C'est en ce sens que les parties devant le juge *a quo* dans l'affaire n° 142/2014 avaient invité la Cour à examiner non seulement si l'exception au profit des stations d'essence était raisonnablement justifiée, mais également si les exceptions dans leur ensemble, en raison de leur effet conjoint de « détricotage », n'emportaient pas une discrimination vis-à-vis de tous les commerçants qui ne se trouvent pas dans une des situations d'exception³⁹. Par contraste, il est intéressant d'observer que l'une des manifestations de ce détricotage, à savoir la faculté pour le Roi de compléter la liste des secteurs et activités exceptés (art. 16, § 3, de la loi), a servi à la Cour de justification du régime des dérogations dans son ensemble⁴⁰...

Gageons que, jaloux de leur propre liberté d'entreprendre, les commerçants non exceptés veilleront à ce que le débat en la matière ne soit pas clos.

*

* *

³² Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr. sess. ord. 2005-2006, n° 51-2486/1, p. 4.

³³ Considérant B.7.3 du premier arrêt commenté.

³⁴ Sur la distinction entre droit et légitimité, voy. M. TROPER, « Droit ou légitimité », in *Droit et légitimité*, Coll. Droit et Justice, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 363-378.

³⁵ Considérant B.4.2 du premier arrêt commenté et *Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1962-1963, n° 241, p. 1.

³⁶ Considérant B.7.1. du premier arrêt commenté.

³⁷ Considérant B.7.1. du premier arrêt commenté. Dans le même sens : C.C., 25 janvier 2007, n° 23/2007, considérant B.4.

³⁸ M. VANDERSTRAETEN, *op. cit.*, pp. 7-8 et les références citées.

³⁹ Considérant A.1.1. du premier arrêt commenté.

⁴⁰ Considérant B.12 du premier arrêt commenté.