

- *Jugement du Tribunal Administratif du 27/10/2016*
- *Arrêt de la Cour Constitutionnelle du 17/03/2017*
- *Jugement du Tribunal Administratif du 18/10/2017*
- *Arrêt de la Cour Administrative du 8/02/2018*

## BERTO c/ MINISTERE DE L'ECONOMIE

Un boulanger-pâtissier dont le local de vente est situé à l'entrée d'une ville industrielle, ce qui lui procure une clientèle importante passant devant son magasin entre 4 heures et 6 heures du matin pour se rendre au travail, se trouve confrontée à une situation de concurrence discriminatoire.

Les stations d'essence situées dans le périmètre de son commerce peuvent en toute légalité vendre des viennoiseries et des produits de boulangerie à cette clientèle entre 4 heures et 6 heures tandis que lui doit le faire en redoutant à chaque instant une fermeture de son local de vente parce qu'il ne respecte pas la réglementation des heures d'ouverture pour le commerce luxembourgeois de détails.

Le secteur pétrolier dispose d'une exemption par catégorie dédiée lui permet d'exploiter des mini-supermarchés 24 heures sur 24.

Le boulanger charge l'étude NOESEN de demander une dérogation au Ministre de l'Economie qui lui est refusée ;

Suite à ce refus, il s'adresse au Tribunal Administratif pour obtenir l'annulation du refus ministériel et le Tribunal Administratif pose une question plus judiciaire à la Cour Constitutionnelle ;

La Cour Constitutionnelle arrive à la conclusion qu'au vu de la dérogation accordée aux pétroliers, il est incompatible avec l'article 10 bis de la Constitution luxembourgeoise d'empêcher des commerçants de détail de vendre des produits similaires aux mêmes horaires.

Le Tribunal Administratif entérine la décision de la Cour Constitutionnelle et annule la décision ministérielle.

Suite à un appel du Ministre de l'Economie, la Cour Administrative confirme la décision du Tribunal Administratif.

Du coup, un débat public s'engage sur l'ouverture des commerces de détail et le Ministère de l'Economie essaie de sauter sur le train en marche en accordant une dérogation annuelle à tous les détaillants des métiers de bouches pour 2018.

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE  
A l'attention de Monsieur le Ministre de  
l'Économie Etienne SCHNEIDER

19-21 Boulevard Royal  
L-2914 LUXEMBOURG  
**Par fax au 46 04 48 et courrier simple**

Luxembourg, le 5 juin 2015

Nos Réf. : BERTO SARL / AVIS HORAIRES  
108103 - JPN/SB  
Vos Réf. :

Monsieur le Ministre,

Par la présente, je me permets de vous contacter au nom et pour le compte de mon client suivant :

la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois « BERTO SARL », inscrite au registre de commerce comme suit : Lux. B 117.652, ayant son siège social à L-4670 DIFFERDANGE, 137 rue de Soleuvre.

Ma cliente a pour objet social l'exploitation d'un commerce de boulangerie-pâtisserie, sis à L-4670 DIFFERDANGE, 137, rue de Soleuvre.

Differdange est une ville sidérurgiste et depuis des décennies il est de tradition que les ouvriers se rendant à l'usine se ravitaillent avant de démarrer leurs tournées.

Pour cette raison, mon client qui travaille de toute façon toute la nuit ouvre traditionnellement son magasin vers 5 heures du matin pour accueillir les travailleurs se rendant aux usines du groupe ARCELOR ou qu'ils se rendent via la route de Soleuvre vers les usines aux environs de Bascharage.

A côté de cette clientèle, ma cliente a encore comme clients, les jeunes gens sortant des discothèques au petit matin et qui souhaitent prendre un petit-déjeuner avant de partir à la maison.

Ces clients constituent une des clientèles principales de ma mandante et c'est également grâce à

Adresse :

1, Rue du Saint Esprit  
L-1475 Luxembourg  
INTRASTAT LU24644706  
Tél. : 27 47 02 0  
Fax : 27 47 02-10  
E-mail : info@noesen.lu  
www.noesen.lu

Compte argent de tiers/anderskonto :

BGL IBAN LU 40 0030 2360 9935 0000 BGLLULL

Honoraires :

BGL IBAN LU 64 0030 2360 9945 2000 BGLLULL  
CCP IBAN 96 1110180 3186 0000 CCPLULL  
BCEE IBAN LU 89 0019 2155 2188 6000 BCEEULL  
ING IBAN LU07 0141 3425 6460 0000 CELLLULL

Avocats :

Jean-Paul NOESEN  
Saliha DEKHAR  
Steve BOEYER

COPIE

cette clientèle que ma cliente réalise un chiffre d'affaires qui lui permet de survivre face aux grandes surfaces, qui, de nos jours, ont chacune un rayon boulangerie-pâtisserie et attirent beaucoup de clients qui n'ont plus envie de se déplacer spécialement chez le boulanger s'ils peuvent faire l'ensemble de leurs courses à un seul et même endroit.

Il est encore un fait que ma cliente est entourée de stations de service, qui elles, vendent également des produits de boulangerie-pâtisserie (notamment des croissants et petits pains) aux clients faisant le plein.

Notre législation actuelle en matière d'ouverture des magasins est de nature à porter gravement préjudice à l'artisan-boulangier qu'est ma partie et ce au profit des stations de service - dont le lobby a certainement permis de les faire bénéficier d'une dérogation générale en matière des heures de fermeture - dont ne bénéficient pas les boulangers.

La question de la fermeture des magasins est réglée par la loi du 19 juin 1995 réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat telle qu'elle a été modifiée.

Cette loi – dans sa version actuelle – ne s'applique pas aux stations de service situées le long des autoroutes et pas non plus aux autres stations de service, à condition que leur surface de vente ne dépasse pas les 20 m<sup>2</sup>.

Les stations de service – situés à côté de ma cliente – peuvent dès lors allègrement et en toute légalité et impunité vendre des produits alimentaires de premier besoin (dont des produits de boulangerie) avant 06.00 heures du matin, alors que ma partie devrait attendre jusqu'à 06.00 heures avant d'ouvrir et perd dès lors la quasi-intégralité de sa clientèle potentielle au profit des stations de service, qui, en principe, devraient vivre de la vente de carburant et de cigarettes plutôt que de la vente de croissants, alors que l'activité de ma cliente se limite au commerce de boulangerie-pâtisserie.

Les dérogations légales spéciales prévues par la loi précitée - à savoir dérogation collective et dérogation individuelle de 24 heures - ne sont pas de nature à résoudre le souci de ma cliente, qui doit pouvoir vendre quotidiennement avant 06.00 heures du matin, à l'instar des stations de service voisines et concurrentes afin de pouvoir survivre.

Le fait que les stations de service concurrentes puissent vendre bien avant 06.00 heures et ma cliente doit attendre l'arrivée de 06.00 heures crée une situation de distorsion de concurrence grave qui pénalise et porte grièvement préjudice à ma cliente, au point qu'elle devra, le cas échéant, fermer sa boutique. Le jeu de la concurrence est clairement faussé à son détriment.

Cette situation de discrimination au bénéfice des stations de service – appuyées par un lobby fort ayant mené à la dérogation générale de tomber sous le coup de la réglementation en matière d'horaires de fermeture – et au détriment du petit boulanger-artisan du coin, PME, ne saurait être plus flagrante et n'est ni juridiquement ni économiquement tolérable.

Ma cliente sollicite dès lors respectueusement que le Ministre de l'Economie la fait bénéficier

également d'une dérogation en matière d'ouverture de son magasin, en lui permettant d'ouvrir ses portes aux clients avant 06.00 heures du matin, à l'instar des concurrents voisins, stations de service.

Le principe de non-discrimination et de l'égalité de traitement et de l'égalité devant la loi - ancrés dans notre Constitution - interdisent de traiter des situations similaires de façon différente, de sorte que la situation actuelle est non seulement contraire d'un point de vue droit de la concurrence, mais surtout encore d'un point de vue droit constitutionnel.

A défaut de remédier à cette situation illégale et même anticonstitutionnelle, ma cliente se réserve tous droits, et notamment celui d'agir judiciairement.

Dans l'attente d'une réponse, je vous prie de croire, Monsieur le Ministre, à l'assurance de mes sentiments très distingués.

s. Maître Jean-Paul NOESEN



LE GOUVERNEMENT  
DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG  
Ministère de l'Économie

Luxembourg, le 23 juillet 2015

Etude Noesen  
Maître Jean-Paul Noesen  
1, Rue du Saint Esprit

**L- 1475 LUXEMBOURG**

Maître,

J'ai l'honneur de revenir par la présente à votre courrier daté du 5 juin 2015 au sujet des heures d'ouverture de votre client qui exploite une boulangerie-pâtisserie.

Il ne vous a pas échappé que les dispositions légales et réglementées actuelles ne nous permettent pas d'accorder une dérogation afin de calquer les heures d'ouvertures de votre client sur celles libres, des stations de service.

Je note encore que la loi du 19 juin 1995 sur les heures de fermeture prévoit déjà un régime plus favorable pour les métiers et commerces de boulanger, de sorte que l'argument avancé de « situation illégale et même anticonstitutionnelle » que vous avancez me paraît devoir être nuancé, ce d'autant que des articles de boulangerie, pâtisserie et viennoiseries sont également vendus par des commerces ne bénéficiant pas du régime préférentiel des artisans boulangers-pâtisseries.

Je vous rappelle enfin que, conformément au programme du Gouvernement, la situation des heures de fermeture va être examinée et, le cas échéant, la législation adaptée.

J'ai commandé une étude approfondie sur le sujet afin de disposer de tous les éléments pertinents à cet égard.

Vous n'ignorez pas que le sujet est sensible et touche, même indirectement, beaucoup d'aspects liés ou corollaires, de sorte qu'il convient d'aborder cette question de manière globale.

Je vous prie, Maître, d'agréer l'expression de ma considération distinguée.

Pour le Ministre de l'Économie,  
La Secrétaire d'État à l'Économie,

Francine Cloesener

7 NOV. 2016

le Greffier

Tribunal administratif  
du Grand-Duché de Luxembourg  
2<sup>e</sup> chambre

N° 37076 du rôle  
Inscrit le 22 octobre 2015

Audience publique du 27 octobre 2016

Recours formé par  
la société à responsabilité limitée Berto S.à.r.l., Differdange,  
contre une décision du ministre de l'Economie  
en matière d'autorisation d'ouverture de commerce

---

**JUGEMENT**

Vu la requête inscrite sous le numéro 37076 du rôle et déposée le 22 octobre 2015 au greffe du tribunal administratif par Maître Jean-Paul Noesen, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société à responsabilité limitée Berto S.à.r.l., établie et ayant son siège social à L-4670 Differdange, 137, rue de Soleuvre, représentée par son gérant actuellement en fonctions inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B117652, tendant à l'annulation d'une décision du ministre de l'Économie du 23 juillet 2015 portant rejet de sa demande en obtention d'une dérogation quant aux heures d'ouverture de son commerce ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 22 janvier 2016 ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe du tribunal administratif le 16 février 2016 par Maître Jean-Paul Noesen au nom et pour compte de la société à responsabilité limitée Berto S.à.r.l. ;

Vu le mémoire en duplique du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 15 mars 2016 ;

Vu les pièces versées en cause et notamment la décision attaquée ;

Le juge-rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maître Jean-Paul Noesen, et Monsieur le délégué du gouvernement Jean-Paul Reiter en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 3 octobre 2016.

---

Par courrier de son litismandataire du 5 juin 2015, la société à responsabilité limitée Berto S.à.r.l., ci-après désignée par « la société Berto », s'adressa au ministre de l'Economie, notamment, pour « sollicite[r] [...] respectueusement que le Ministre de l'Economie la [fasse] bénéficier également d'une dérogation en matière d'ouverture de son magasin, en lui permettant d'ouvrir ses portes aux clients avant 06.00 heures du matin, à l'instar des concurrents voisins, stations de service ».

Par courrier du 23 juillet 2015, le ministre de l'Economie, ci-après désigné par « le ministre », s'adressa en ces termes au litismandataire de la société Berto :

*« J'ai l'honneur de revenir par la présente à votre courrier daté du 5 juin 2015 au sujet des heures d'ouverture de votre client qui exploite une boulangerie-pâtisserie.*

*Il ne vous a pas échappé que les dispositions légales et réglementées actuelles ne nous permettent pas d'accorder une dérogation afin de calquer les heures d'ouvertures de votre client sur celles libres, des stations de service.*

*Je note encore que la loi du 19 juin 1995 sur les heures de fermeture prévoit déjà un régime plus favorable pour les métiers et commerces de boulanger, de sorte que l'argument avancé de « situation illégale et même anticonstitutionnelle » que vous avancez me paraît devoir être nuancé, ce d'autant que des articles de boulangerie, pâtisserie et viennoiseries sont également vendus par des commerces ne bénéficiant pas du régime préférentiel des artisans boulangers-pâtisseries.*

*Je vous rappelle enfin que, conformément au programme du Gouvernement, la situation des heures de fermeture va être examinée et, le cas échéant, la législation adaptée.*

*J'ai commandé une étude approfondie sur le sujet afin de disposer de tous les éléments pertinents à cet égard.*

*Vous n'ignorez pas que le sujet est sensible et touche, même indirectement, beaucoup d'aspects liés ou corollaires, de sorte qu'il convient d'aborder cette question de manière globale. (...) ».*

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 22 octobre 2015, la société Berto a fait introduire un recours tendant à l'annulation du courrier précité du ministre du 23 juillet 2015 portant refus de lui octroyer une dérogation quant aux heures d'ouverture de son commerce.

Conformément au principe inscrit à l'article 2 de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, à défaut de recours explicitement inscrit dans un texte légal ou réglementaire, le tribunal est compétent pour connaître de recours en annulation dirigé contre une décision ministérielle adoptée dans le cadre de la loi modifiée du 19 juin 1995 réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et de l'artisanat, ci-après la « loi du 19 juin 1995 ».

Le délégué du gouvernement soulève l'irrecevabilité du recours qui aurait été introduit non contre une décision administrative mais à l'encontre d'un courrier ministériel à caractère informatif au motif que dès lors qu'il n'existerait aucune base légale permettant au ministre d'accorder la dérogation sollicitée, il ne pourrait pas prendre de décision de nature à faire grief à la demanderesse mais serait uniquement en mesure de rappeler le cadre légal et réglementaire applicable.

La société Berto réplique que le courrier précité du ministre devrait s'analyser en une réponse à sa demande du 5 juin 2015 tendant à pouvoir bénéficier d'une dérogation en matière d'heures d'ouverture de son commerce et ce, indépendamment du style rédactionnel utilisé par le ministre dans sa réponse, demande qui se serait, par ailleurs, soldée par un refus. Elle fait encore valoir que si, par impossible, le tribunal venait à considérer que le courrier ministériel ne s'analyserait pas en une décision, il n'en demeurerait pas moins qu'il s'agirait



alors «*d'une omission de répondre, qui [serait] également susceptible d'un recours devant le Tribunal Administratif*».

Force est au tribunal de constater qu'indépendamment de l'existence ou non d'un fondement légal gisant à la base du courrier du litismandataire de la société Berto du 5 juin 2016 sollicitant une dérogation ministérielle ainsi que le soulève le délégué du gouvernement, le courrier ministériel déféré du 23 juillet 2015 se qualifie de décision de nature à faire grief à la société Berto en ce qu'il contient un élément décisionnel affectant sa situation personnelle, voire patrimoniale, à savoir celui de ne pas pouvoir lui accorder de dérogation «*afin de calquer [ses] heures d'ouverture sur celles libres, des stations de service*». Le moyen d'irrecevabilité est partant à rejeter pour ne pas être fondé.

Plus aucun autre moyen d'irrecevabilité n'ayant été soulevé, le recours est à déclarer recevable pour avoir été déposé dans les formes et délai prévus par la loi.

A l'appui de son recours, la société Berto expose les faits et rétroactes gisant à la base de la décision déférée, à savoir, en substance, que les stations-service bénéficiant du «*lobby influent*» des sociétés pétrolières seraient autorisées à vendre des articles de boulangerie pâtisserie tels que croissants et petits pains dès 5.00 heures le matin alors qu'elle ne serait autorisée à ouvrir son commerce qu'une heure plus tard, bien que travaillant toute la nuit, de sorte à faire face à un manque à gagner considérable eu égard à la perte de clients matinaux potentiels.

En droit, elle fait valoir que le régime instauré par la loi du 19 juin 1995, aurait pour conséquence qu'elle serait traitée de manière inégalitaire et discriminatoire par rapport aux stations-service qui ne seraient pas soumises aux restrictions horaires visées dans ladite loi à condition que leur surface de vente ne dépasse pas 20 m<sup>2</sup>. Elle estime, en effet, qu'elle serait dans une situation comparable à celle des stations-service voisines et concurrentes qui vendraient le même type d'articles de boulangerie pâtisserie sans être pour autant soumises, comme elle, à des restrictions d'heures d'ouverture, de sorte à conclure que cette différence de traitement ne serait ni objective, ni rationnellement justifiée, ni adéquate, ni proportionnée dans son but mais bien contraire à l'article 10 bis voire à l'article 111 de la Constitution. Elle invite, par conséquent, le tribunal de céans à saisir la Cour Constitutionnelle d'une question préjudicielle afférente visant à déterminer s'il existe entre le pompiste et le boulanger amenés tous les deux à vendre des viennoiseries une «*catégorisation objective et différenciée*». Elle donne à considérer que les dérogations prévues par ladite loi dont elle pourrait bénéficier, à savoir une dérogation individuelle de 24 heures et une dérogation collective n'apporteraient pas de remède concret à la situation dans laquelle elle se trouve. Elle relève encore que la dérogation prévue à l'article 5 de la loi du 19 juin 1995 qui aurait visé les petits commerces de détail aurait été abrogée par la loi du 21 juillet 2012 modifiant la loi modifiée du 19 juin 1995 réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat, ci-après désignée par «*la loi du 21 juillet 2012*», de sorte qu'elle ne pourrait plus bénéficier d'un régime aménagé d'heures d'ouverture de son commerce.

Le délégué du gouvernement rétorque tout d'abord que les stations-service ne bénéficieraient pas d'une dérogation générale au régime d'horaire d'ouverture de magasin mais qu'elles seraient tout simplement exclues du champ d'application de la loi du 19 juin 1995. Il relève qu'il aurait appartenu à la demanderesse d'introduire une demande de dérogation par le truchement d'une organisation professionnelle représentative de la branche au niveau local, communal, régional ou national ou d'une administration communale,

dérogation qui ne pourrait être que temporaire, applicable à toutes les entreprises de la branche concernée, justifiée par des considérations économiques majeures et qui ne pourraient être accordées en dehors des créneaux horaires de 6.00 heures à 21.00 heures. Quant à la violation de la Constitution, il estime que la demanderesse omettrait de préciser quelle serait la nature de la prétendue discrimination ou l'inégalité de traitement devant la loi. Il fait valoir qu'il serait admis que le législateur puisse établir des règles distinctes applicables à des catégories de personnes ou à des situations objectivement différentes, à savoir la catégorie des métiers de bouche dont relèverait la demanderesse qui serait soumise à un régime d'heures de fermeture plus favorables que celui applicable aux autres artisans et commerçants, de sorte qu'il considère qu'il n'y aurait pas lieu de poser une question préjudicielle à la Cour Constitutionnelle. Il donne à considérer que la loi du 19 juin 1995 aurait établi un système différencié selon l'activité considérée consistant soit en une dérogation pure et simple au droit commun, soit en l'absence de restrictions, soit en l'existence d'un régime spécifique (tel que celui applicable aux débits et restaurants), soit encore en l'existence de dérogations temporaires applicables à toutes la branche concernée et dans un périmètre géographique déterminé. Il observe que si le caractère objectif des distinctions ainsi opérées serait incontestable, la démarche de la demanderesse, en ce qu'elle souhaiterait être purement et simplement exemptée de la même manière que les stations de service viserait, en fait, à contester non pas le principe et l'objectivité des catégories mises en place en matière d'heures d'ouverture de commerce mais bien la faculté pour le législateur de poser des limites à la liberté de commerce, laquelle serait pourtant expressément prévue dans la Constitution. Il est cependant d'avis qu'il n'appartiendrait pas au juge constitutionnel d'apprécier la validité du principe en lui-même de la dérogation à la liberté de commerce, précisément institué par la Constitution et dévolu au législateur, mais seulement les modalités de sa mise en œuvre, comme cela serait le cas pour la loi du 19 juin 1995. Il complète encore son argumentation en insistant sur le fait que le ministre aurait une marge de manœuvre réduite en ce qu'il ne pourrait aller à l'encontre de la volonté du législateur, de sorte qu'il lui serait uniquement loisir de déposer un projet de loi destiné à modifier la loi en vigueur pour satisfaire aux attentes de la demanderesse et non de lui accorder une dérogation.

Le régime d'heures d'ouverture des commerces est établi aux articles 3 et 4 de la loi du 19 juin 1995 comme suit :

*« Art. 3. Pour l'application de la présente loi, on entend par heures de fermeture les plages d'horaire se situant:*

- a) avant 06.00 heures et après 13.00 heures les dimanches et jours fériés légaux;*
- b) avant 06.00 heures et après 19.00 heures les samedis et les veilles de jours fériés légaux à l'exception des veilles des jours fériés de la fête nationale, de Noël et du jour de l'an, où l'heure de fermeture est fixée à 18.00 heures;*
- c) avant 06.00 heures et après 20.00 heures les autres jours, toutefois, une fois par semaine, l'heure de fermeture pourra être retardée à 21.00 heures.(...) »*

*« Art. 4. L'accès de la clientèle aux magasins de détail ainsi que la vente directe aux consommateurs ne sont pas autorisés pendant les heures de fermeture. Les clients présents au moment de la fermeture peuvent encore être servis. »*

Ainsi, les magasins de détail ne sont autorisés ni à donner l'accès à leur clientèle ni à assurer la vente directe aux consommateurs en dehors des heures de fermeture visées à l'article 3 de la loi du 19 juin 1995.

En l'espèce, la demanderesse est tenue de se conformer aux heures d'ouverture sus-visées pour l'ouverture de son commerce et n'est ainsi pas autorisée à vendre des articles de boulangerie pâtisserie avant 6.00 heures le matin.

Il y a lieu de relever que les stations-service sont exclues du champ d'application de la loi du 19 juin 1995 aux termes de l'article 2 h) qui dispose comme suit :

*« Ne tombent pas sous l'application de la présente loi :*

*- les stations de service pour véhicules automoteurs situées le long des autoroutes pour ce qui est du remorquage de véhicules, de la vente de carburant, de lubrifiant, de pièces de rechange, accessoires ou produits d'entretien de première nécessité pour le bon fonctionnement et le dépannage de véhicules automoteurs ainsi que de la vente de produits alimentaires et non alimentaires;*

*- les autres stations de service pour véhicules automoteurs pour ce qui est du remorquage de véhicules, de la vente de carburant, de lubrifiant, de pièces de rechange, accessoires ou produits d'entretien de première nécessité pour le bon fonctionnement et le dépannage de véhicules automoteurs ainsi que de la vente de produits alimentaires et non alimentaires de premier besoin à condition que la surface de vente nette de ces derniers se situe dans le rayon délimité de la caisse de la station et ne dépasse pas 20 m<sup>2</sup>, et ceci sans préjudice des dispositions de la loi du 21 février 1976 ayant pour objet d'instaurer un jour de fermeture hebdomadaire dans les stations de vente de carburant et de lubrifiant pour véhicules automoteurs ; ».*

Force est au tribunal de constater que préalablement à l'entrée en vigueur de la loi du 21 juillet 2012 abrogeant notamment l'article 5 de la loi du 19 juin 1995, ledit article permettait aux petits magasins de détails visés à l'article 7 de la loi du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, par ailleurs abrogée, de déroger aux heures de fermeture visés à l'article 3 de ladite loi du 19 juin 1995.

Or, c'est au cours des travaux préparatoires de la loi du 21 juillet 2012 que le Conseil d'Etat a observé dans son avis du 12 juin 2012 *« que l'article 5 [...] comporte une référence à une disposition qui n'existe plus [en l'occurrence, l'article 7 de la loi du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales]. Il propose de modifier les articles concernés »*<sup>1</sup>. Si le Conseil d'Etat avait certes proposé seule une modification de l'article concerné, la réaction de la commission parlementaire fut celle de la suppression pure et simple dudit article ainsi qu'elle l'indique dans les termes suivants dans la dépêche du Président de la Chambre des Députés au Président du Conseil d'Etat : *« A noter que la commission parlementaire a par ailleurs tenu compte de la remarque du Conseil d'Etat et supprimé l'article 5 de la loi modifiée du 19 juin 1995 qui comporte une disposition légale qui n'existe plus. »*<sup>2</sup>.

Cette suppression pure et simple du régime dérogatoire individuel aux heures de fermeture visées à l'article 3 de la loi du 19 juin 1995 pour les petits magasins de détails a pour conséquence, en l'espèce, de mettre la demanderesse dans une situation dans laquelle elle se voit contrainte de respecter les heures de fermeture concernées alors que les stations-services concurrentes qui, par l'effet de la loi du 19 juin 1995, sont exemptées du champ

<sup>1</sup> Doc. Parl. N° 6403<sup>2</sup>, Chambres des Députés, Session ordinaire 2011-2012, p. 2

<sup>2</sup> Doc. Parl. N° 6403<sup>3</sup>, Chambres des Députés, Session ordinaire 2011-2012, p. 2

d'application de la loi pour autant qu'elles remplissent les conditions énumérées à l'article 2 h) de la loi du 19 juin 1995 ne sont pas tenues de s'y conformer et ce, nonobstant l'existence d'un régime dérogatoire collectif temporaire pouvant être sollicité par une organisation professionnelle représentative des commerçants et/ou artisans sur le plan national, communal ou local ou d'une administration communale conformément à l'article 7 de la loi du 19 juin 1995. Par voie de conséquence, la demanderesse excipe d'un manque à gagner manifeste pour son commerce dans le cadre du régime actuel de la réglementation des heures de fermeture des commerces et soulève la question de la conformité des dispositions de la loi du 19 juin 1995 avec l'article 10 bis de la Constitution.

En vertu de l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle « *Lorsqu'une partie soulève une question relative à la conformité d'une loi à la Constitution devant une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, celle-ci est tenue de saisir la Cour Constitutionnelle. Une juridiction est dispensée de saisir la Cour Constitutionnelle lorsqu'elle estime que:*

*a) une décision sur la question soulevée n'est pas nécessaire pour rendre son jugement;*

*b) la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement;*

*c) la Cour Constitutionnelle a déjà statué sur une question ayant le même objet. [...] »*

Il se pose, en l'espèce, la question de savoir si le régime des heures de fermeture des commerces actuellement en vigueur aux termes de ladite loi qui diffère entre le boulanger pâtissier et les stations-service, vendant tous deux des articles de boulangerie pâtisserie néanmoins pendant des heures d'ouverture différentes, est conforme à l'article 10 bis de la Constitution.

Etant donné qu'il n'appartient pas au tribunal de se livrer lui-même à un examen de la constitutionnalité de la législation incriminée, sous peine d'empiéter sur le champ de compétence de la Cour constitutionnelle, dès lors que par application de l'article 6, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi sus-visée du 27 juillet 1997, la connaissance des questions de constitutionnalité de normes législatives appartient exclusivement à la Cour constitutionnelle, et qu'une décision sur la question de la constitutionnalité est nécessaire à la solution du présent litige, qu'elle n'a pas encore été résolue par la Cour constitutionnelle, et qu'elle n'est pas dénuée de tout fondement, il y a lieu de surseoir à statuer et de demander à la Cour constitutionnelle de statuer, à titre préjudiciel, sur la question de la compatibilité de la version actuelle de la loi du 19 juin 1995 suite à l'abrogation de son article 5 avec l'article 10bis paragraphe 1<sup>er</sup> de la Constitution, telle que plus amplement libellée au dispositif du présent jugement.

#### **Par ces motifs,**

le tribunal administratif, deuxième chambre, statuant à l'égard de toutes les parties ;

déclare le recours recevable en la forme ;

avant tout autre progrès en cause, soumet à la Cour Constitutionnelle la question suivante :

*« Les dispositions de la loi modifiée du 19 juin 1995 réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat dans sa version actuellement en vigueur*

*suite à l'entrée en vigueur de la loi 21 juillet 2012 modifiant la loi modifiée du 19 juin 1995 réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat ayant notamment abrogé l'ancien article 5 de ladite loi modifiée du 19 juin 1995 réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat sont-elles conformes à l'article 10 bis paragraphe 1<sup>er</sup> de la Constitution dans la mesure où elles instaurent une différence de traitement au niveau du régime des heures de fermeture à respecter entre le boulanger pâtissier et les stations-service, vendant tous deux des articles de boulangerie pâtisserie. »*

réserve les frais, ainsi que la demande en allocation d'une indemnité de procédure sollicitée par les parties demanderesse.

Ainsi jugé par :

Françoise Eberhard, vice-président,  
Anne Gosset, premier juge,  
Daniel Weber, juge,

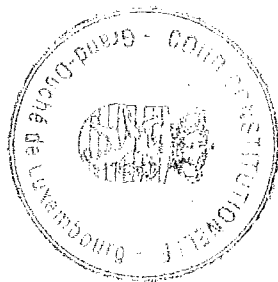
et lu à l'audience publique du 27 octobre 2016 par le vice-président, en présence du greffier Goret Pinto.

s. Goret Pinto

s. Françoise Eberhard

Reproduction certifiée conforme à l'original  
~~Luxembourg, le 27 octobre 2016~~  
~~Le greffier du tribunal administratif~~

Pour copie conforme  
Luxembourg, le - 8 NOV. 2016  
Le Greffier de la Cour Constitutionnelle

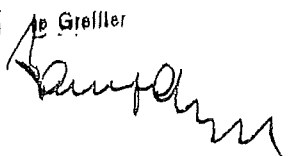


GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG  
TRIBUNAL ADMINISTRATIF

Luxembourg, le 28 octobre 2016

Déposé au Greffe de la Cour Constitutionnelle

7 NOV. 2016 le Greffier



Greffe de la Cour  
Constitutionnelle  
Cité judiciaire  
Bâtiment CR  
L-2080 LUXEMBOURG

Concerne : recours :

37076 BERTO SARL, Differdange  
c/ Ministre de l'Economie  
en matière de : ETABLISSEMENTS CLASSES  
Avocat(s) : Me NOESEN Jean-Paul

Madame le Greffier,

Conformément à l'article 8 alinéa 2 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle, j'ai l'honneur de vous transmettre en annexe copie d'un jugement rendu par le tribunal administratif en date du 27 octobre 2016.

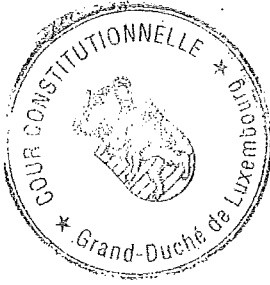
Dans ce jugement une question préjudicielle est posée à la Cour Constitutionnelle.

Veillez agréer, Madame le greffier, l'expression de mes sentiments distingués.



Goreti Pinto

greffier



COPIE

**Arrêt de la Cour constitutionnelle**

**17 mars 2017**

Dans l'affaire n° 00128 du registre

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle conformément à l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle, introduite par le tribunal administratif suivant jugement rendu le 27 octobre 2016, numéro 37076 du rôle, parvenue au greffe de la Cour constitutionnelle le 7 novembre 2016, dans le cadre d'un litige opposant

**la société à responsabilité limitée BERTO, établie et ayant son siège social à L-4670 Differdange, 137, rue de Soleuvre,**

à

**l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, représenté par le Ministre d'Etat,**

La Cour,

composée de

Jean-Claude WIWINIUS, président,  
Francis DELAPORTE, vice-président,  
Romain LUDOVICY, conseiller,  
Nico EDON, conseiller,  
Eliane EICHER, conseiller,

greffier : Lily WAMPACH

Sur le rapport du magistrat délégué et les conclusions déposées au greffe de la Cour constitutionnelle le 2 décembre 2016 par le délégué du gouvernement Daniel RUPPERT pour l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, et le 6 décembre 2016 par Maître Jean-Paul NOESEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, pour la société à responsabilité limitée BERTO,

ayant entendu les mandataires des parties en leurs plaidoiries à l'audience publique du 20 janvier 2017,

rend le présent arrêt :

Considérant qu'il se dégage du jugement de renvoi du tribunal administratif du 27 octobre 2016 que la société à responsabilité limitée BERTO a saisi ledit tribunal d'un recours tendant à l'annulation d'une décision du Ministre de l'Economie du 23 juillet 2015 portant refus de lui octroyer une dérogation aux heures d'ouverture légales de son commerce de boulangerie-pâtisserie et qu'elle a fait valoir que le régime instauré par la loi modifiée du 19 juin 1995 réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat aurait pour conséquence qu'elle serait traitée de manière inégalitaire et discriminatoire par rapport aux stations de service qui ne seraient pas soumises aux restrictions horaires édictées par ladite loi, à condition que leur surface de vente ne dépasse pas 20 m<sup>2</sup> ; qu'elle serait dans une situation comparable à celle des stations de service voisines et concurrentes qui vendent le même type d'articles de boulangerie-pâtisserie sans être pour autant soumises, comme elle, à des restrictions d'heures d'ouverture, de sorte à conclure que cette différence de traitement ne serait ni objective, ni rationnellement justifiée, ni adéquate, ni proportionnée à son but, mais contraire à l'article 10bis, voire à l'article 111 de la Constitution;

Considérant que par le jugement du 27 octobre 2016, le tribunal administratif a, avant tout autre progrès en cause, soumis la question préjudicielle suivante à la Cour constitutionnelle :

*« Les dispositions de la loi modifiée du 19 juin 1995 réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat dans sa version actuellement en vigueur suite à l'entrée en vigueur de la loi du 21 juillet 2012 modifiant la loi modifiée du 19 juin 1995 réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat ayant notamment abrogé l'ancien article 5 de ladite loi modifiée du 19 juin 1995 réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat sont-elles conformes à l'article 10bis paragraphe 1<sup>er</sup> de la Constitution dans la mesure où elles instaurent une différence de traitement au niveau du régime des heures de fermeture à respecter entre le boulanger pâtissier et les stations-service, vendant tous deux des articles de boulangerie-pâtisserie ? » ;*

Considérant qu'initialement l'article 3 de la loi du 19 juin 1995 réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat disposait que :

*« Pour l'application de la présente loi, on entend par heures de fermeture les plages d'horaires se situant :*

- a) avant 06.00 heures et après 13.00 heures les dimanches et jours fériés légaux ;*
- b) avant 06.00 heures et après 18.00 heures les samedis et les veilles de jours fériés légaux ;*
- c) avant 06.00 heures et après 20.00 heures les autres jours ; toutefois, une fois par semaine, l'heure de fermeture peut être retardée de 20.00 heures à 21.00 heures. » ;*

Considérant que la loi du 21 juillet 2012 a modifié l'article 3 sub b) et c) de la loi du 19 juin 1995 comme suit :

*« Pour l'application de la présente loi, on entend par heures de fermeture les plages d'heure se situant :*

- a) (...)*
- b) avant 06.00 heures et après 19.00 heures les samedis et les veilles de jours fériés*



*légaux à l'exception des veilles des jours fériés de la fête nationale, de Noël et du jour de l'an, où l'heure de fermeture est fixée à 18.00 heures;*

*c) avant 06.00 heures et après 20.00 heures les autres jours ; toutefois, une fois par semaine, l'heure de fermeture peut être retardée à 21.00 heures. » ;*

Considérant que l'article 2 de la loi modifiée du 19 juin 1995 dispose que :

*« Ne tombent pas sous l'application de la présente loi :*

*(...)*

*f) les magasins (...) de boulangerie, de pâtisserie, de confiserie (...) à l'intérieur des gares ;*

*(...)*

*h) les stations de service pour véhicules automoteurs pour ce qui est du remorquage de véhicules, de la vente de carburant, de lubrifiant, de pièces de rechange, accessoires ou produits d'entretien de première nécessité pour le bon fonctionnement et le dépannage de véhicules automoteurs ainsi que de la vente de produits alimentaires et non-alimentaires de premier besoin à condition que la surface de vente nette de ces derniers se situe dans le rayon délimité de la caisse de la station et ne dépasse pas 20 m<sup>2</sup>, et ceci sans préjudice des dispositions de la loi du 21 février 1976 ayant pour objet d'instaurer un jour de fermeture hebdomadaire dans les stations de vente de carburant et de lubrifiant pour véhicules automoteurs ;*

*(...) » ;*

Considérant qu'initialement l'article 5 de la loi du 19 juin 1995 disposait que :

*« Peuvent déroger aux heures de fermeture arrêtées à l'article 3 de la présente loi les petits magasins de détail tels qu'ils sont prévus au dernier alinéa de l'article 7 de la loi du 28 décembre 1988 : 1. réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales ; 2. modifiant l'article 4 de la loi du 2 juillet 1935 portant réglementation des conditions d'obtention du titre et du brevet de maîtrise dans l'exercice des métiers » ;*

Considérant que l'article 5 visait, aux termes de l'article 7, dernier alinéa, de la loi du 28 décembre 1988, le « *petit commerce à agencement local réduit n'occupant normalement qu'une seule personne assistée des membres de sa famille* » ;

Considérant que la loi du 21 juillet 2012 a abrogé l'article 5 de la loi du 19 juin 1995 ;

Considérant que ladite loi a ajouté à l'article 7 de la loi du 19 juin 1995 la disposition suivante :

*« Tout exploitant d'un magasin de détail peut obtenir à titre individuel, une fois par année de calendrier, l'ouverture en continu de son établissement pendant vingt-quatre heures, à partir de l'heure d'ouverture normale du magasin. » ;*

Considérant que l'article 6 de la loi modifiée du 19 juin 1995 dispose que :

*« Par dérogation aux dispositions de l'article 3 et sans préjudice des exceptions prévues à l'article 2 ci-dessus, (...) les boulangeries, les pâtisseries, (...) peuvent rester ouverts les dimanches et jours fériés légaux jusqu'à 18.00 heures. » ;*

Considérant que l'article 10bis, paragraphe 1, de la Constitution dispose que :

*« Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi. » ;*

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle de l'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans des situations comparables au regard de la mesure invoquée ;

Considérant que l'activité de la société à responsabilité limitée BERTO consiste dans la production artisanale d'articles de boulangerie-pâtisserie et dans la vente de ses produits dans son magasin ;

Considérant qu'en tant qu'activité accessoire à la vente de carburant, les stations de service vendent également des produits de boulangerie-pâtisserie ;

Considérant qu'à cet égard la société BERTO et les stations de service se trouvent dans des situations comparables et dans un rapport de concurrence ;

Considérant que l'artisan boulanger est astreint dans son activité de vente de ses produits de boulangerie-pâtisserie aux heures de fermeture fixées par l'article 3 de la loi du 19 juin 1995, telle que modifiée par la loi du 21 juillet 2012 ;

Considérant que les stations de service ne sont pas soumises à cette astreinte pour ne pas relever du champ d'application de la loi en ce qui concerne la vente de produits alimentaires de premier besoin, dont font partie les produits de boulangerie-pâtisserie, si la surface de vente nette se situe dans le rayon délimité de la caisse de la station et ne dépasse pas 20 m<sup>2</sup> ;

Considérant que la restriction de l'activité de vente de ses produits de boulangerie-pâtisserie par l'artisan boulanger aux heures légales d'ouverture de son magasin par rapport aux stations de service qui peuvent vendre des produits de boulangerie-pâtisserie vingt-quatre heures sur vingt-quatre crée entre les deux commerçants une disparité au détriment du premier ;

Considérant que cette disparité ne procède pas de critères objectifs et n'est pas rationnellement justifiée ;

Considérant que dans la mesure où la loi du 19 juin 1995, dans sa teneur issue de la loi du 21 juillet 2012, crée une discrimination en termes d'égalité de traitement, ses articles 2.h) et 3, pour autant qu'ils concernent la vente de produits de boulangerie-pâtisserie par l'artisan boulanger et les stations de service, ne sont pas conformes à l'article 10*bis*, paragraphe 1, de la Constitution ;

**Par ces motifs,**

dit que les articles 2.h) et 3 de la loi du 19 juin 1995, telle que modifiée par la loi du 21 juillet 2012, réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat, pour autant qu'ils concernent la vente de produits de boulangerie-pâtisserie par l'artisan boulanger et les stations de service, ne sont pas conformes à l'article 10*bis*, paragraphe 1, de la Constitution ;

dit que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt sera publié au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg, Mémorial A ;

dit qu'il sera fait abstraction du nom de la société à responsabilité limitée BERTO lors de la publication de l'arrêt au Journal officiel ;

dit que l'expédition du présent arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au tribunal administratif dont émane la saisine, et qu'une copie conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

Lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président Jean-Claude WIWINIUS en présence du greffier Lily WAMPACH.

Le président,  
s. Jean-Claude WIWINIUS

Le greffier,  
s. Lily WAMPACH

Pour copie conforme  
Luxembourg, le 17 mars 2017

Le greffier de la Cour constitutionnelle,



*Lily Wampach*  
Lily WAMPACH

Audience publique extraordinaire du 18 octobre 2017

Recours formé par  
la société à responsabilité limitée Berto S.à.r.l., Differdange,  
contre une décision du ministre de l'Economie  
en matière d'autorisation d'ouverture de commerce

---

**JUGEMENT**

Revu la requête inscrite sous le numéro 37076 du rôle et déposée le 22 octobre 2015 au greffe du tribunal administratif par Maître Jean-Paul Noesen, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société à responsabilité limitée Berto S.à.r.l., établie et ayant son siège social à L-4670 Differdange, 137, rue de Soleuvre, représentée par son gérant actuellement en fonctions inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B117652, tendant à l'annulation d'une décision du ministre de l'Économie du 23 juillet 2015 portant rejet de sa demande en obtention d'une dérogation quant aux heures d'ouverture de son commerce ;

Vu le jugement du tribunal administratif du 27 octobre 2016, inscrit sous le numéro 37076 du rôle, par lequel le tribunal administratif a reçu en la forme le recours en annulation dirigé contre la décision du ministre de l'Economie du 23 juillet 2015 et, avant tout autre progrès en cause, a soumis à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle, tout en réservant les frais, ainsi que la demande en allocation d'une indemnité de procédure formulée par la demanderesse ;

Vu l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 17 mars 2017, inscrit sous le numéro 00128 du registre ;

Vu les pièces versées en cause et notamment la décision attaquée ;

Le juge-rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maître Jean-Paul Noesen et Monsieur le délégué du gouvernement Yves Huberty en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 2 octobre 2017.

---

Par courrier de son litismandataire du 5 juin 2015, la société à responsabilité limitée Berto S.à.r.l., ci-après désignée par « la société Berto », s'adressa au ministre de l'Economie, ci-après désigné par « le ministre », notamment, pour « *sollicite[r] [...] respectueusement que le Ministre de l'Economie la [fasse] bénéficier également d'une dérogation en matière d'ouverture de son magasin, en lui permettant d'ouvrir ses portes aux clients avant 06.00 heures du matin, à l'instar des concurrents voisins, stations de service* ».

Par courrier du 23 juillet 2015, le ministre s'adressa en ces termes au litismandataire de la société Berto :

*« J'ai l'honneur de revenir par la présente à votre courrier daté du 5 juin 2015 au sujet des heures d'ouverture de votre client qui exploite une boulangerie-pâtisserie.*

*Il ne vous a pas échappé que les dispositions légales et réglementées actuelles ne nous permettent pas d'accorder une dérogation afin de calquer les heures d'ouvertures de votre client sur celles libres, des stations de service.*

*Je note encore que la loi du 19 juin 1995 sur les heures de fermeture prévoit déjà un régime plus favorable pour les métiers et commerces de boulanger, de sorte que l'argument avancé de « situation illégale et même anticonstitutionnelle » que vous avancez me paraît devoir être nuancé, ce d'autant que des articles de boulangerie, pâtisserie et viennoiseries sont également vendus par des commerces ne bénéficiant pas du régime préférentiel des artisans boulangers-pâtisseries.*

*Je vous rappelle enfin que, conformément au programme du Gouvernement, la situation des heures de fermeture va être examinée et, le cas échéant, la législation adaptée.*

*J'ai commandé une étude approfondie sur le sujet afin de disposer de tous les éléments pertinents à cet égard.*

*Vous n'ignorez pas que le sujet est sensible et touche, même indirectement, beaucoup d'aspects liés ou corollaires, de sorte qu'il convient d'aborder cette question de manière globale. (...) ».*

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 22 octobre 2015, la société Berto a fait introduire un recours tendant à l'annulation de la décision précitée du ministre du 23 juillet 2015 portant refus de lui octroyer une dérogation quant aux heures d'ouverture de son commerce.

Par jugement du 27 octobre 2016, inscrit sous le numéro 37076 du rôle, le tribunal administratif a reçu en la forme le recours en annulation dirigé contre la décision du ministre du 23 juillet 2015 et, avant tout autre progrès en cause, a saisi la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle suivante : *« Les dispositions de la loi modifiée du 19 juin 1995 réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat dans sa version actuellement en vigueur suite à l'entrée en vigueur de la loi 21 juillet 2012 modifiant la loi modifiée du 19 juin 1995 réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat ayant notamment abrogé l'ancien article 5 de ladite loi modifiée du 19 juin 1995 réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat sont-elles conformes à l'article 10 bis paragraphe 1<sup>er</sup> de la Constitution dans la mesure où elles instaurent une différence de traitement au niveau du régime des heures de fermeture à respecter entre le boulanger pâtissier et les stations-service, vendant tous deux des articles de boulangerie pâtisserie. ».*

La Cour constitutionnelle a décidé, dans son arrêt du 17 mars 2017, inscrit sous le numéro 00128 de son registre, que les articles 2.h) et 3 de la loi du 19 juin 1995, telle que modifiée par la loi du 21 juillet 2012, réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat, pour autant qu'ils concernent la vente de produits de boulangerie-pâtisserie par l'artisan boulanger et les stations de service, ne sont pas conformes à l'article 10bis, paragraphe 1, de la Constitution.

En application de l'arrêt précité de la Cour constitutionnelle, il échet partant de retenir que les dispositions de la loi du 19 juin 1995 n'ont pas pu servir de base légale à la décision du 23 juillet 2015.

En effet, la violation de la loi, soit l'un des cinq chefs de recours prévus par l'article 2 (1) de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, englobe non seulement la loi au sens strict – votée par la Chambre des Députés, sanctionnée, promulguée et publiée par le Grand-Duc – mais encore et notamment la loi fondamentale, donc la Constitution<sup>1</sup>.

Dans la mesure où la Cour constitutionnelle a déclaré la base légale de la décision attaquée non conforme à l'article 10bis, paragraphe 1 de la Constitution, la décision du 23 juillet 2015 encourt l'annulation pour violation de la loi, notion englobant la loi fondamentale.

Dans la requête introductive d'instance, la partie demanderesse a encore sollicité l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.000 euros sur base de l'article 33 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

Une demande d'allocation d'une indemnité de procédure qui omet de spécifier la nature des sommes exposées non comprises dans les dépens et qui ne précise surtout pas en quoi il serait inéquitable de laisser des frais non répétables à charge de la partie gagnante est à rejeter, la simple référence à l'article de loi applicable n'étant pas suffisante à cet égard<sup>2</sup>.

En l'espèce, la partie demanderesse n'ayant pas spécifié en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais non compris dans les dépens, la demande en question est à rejeter comme n'étant pas fondée.

**Par ces motifs,**

le tribunal administratif, deuxième chambre, statuant à l'égard de toutes les parties ;

vidant le jugement du tribunal administratif du 27 octobre 2016, inscrit sous le numéro 37076 du rôle ;

déclare le recours en annulation fondé, partant annule la décision du ministre de l'Economie du 23 juillet 2015 ;

rejette la demande en allocation d'une indemnité de procédure formulée par la partie demanderesse ;

condamne l'Etat aux frais.

Ainsi jugé par :

Françoise Eberhard, vice-président,  
Daniel Weber, juge,

<sup>1</sup> trib. adm. 4 octobre 2004, n° 15035b du rôle, Pas. adm. 2017, V° Recours en annulation, n° 12.

<sup>2</sup> Cour adm. 1<sup>er</sup> juillet 1997, n° 9891C du rôle, Pas. adm. 2017, V° Procédure contentieuse, n° 1029 et autres références y citées.

Michèle Stoffel, juge,

et lu à l'audience publique extraordinaire du 18 octobre 2017, à 14.30 heures, par le vice-président Françoise Eberhard, en présence du greffier Goreti Pinto.

s. Goreti Pinto

s. Françoise Eberhard

Reproduction certifiée conforme à l'original  
Luxembourg, le 18 octobre 2017  
Le Greffier du Tribunal administratif

GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG

## COUR ADMINISTRATIVE

Numéro du rôle : **40419C**  
Inscrit le 24 novembre 2017

---

### Audience publique du 8 février 2018

**Appel formé par  
l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg  
contre un jugement du tribunal administratif du 18 octobre 2017  
(n° 37076a du rôle) ayant statué sur le recours de  
la société à responsabilité limitée BERTO S.à r.l., Differdange,  
contre une décision du ministre de l'Economie  
en matière d'autorisation d'ouverture de commerce**

---

Vu la requête d'appel, inscrite sous le numéro 40419C du rôle et déposée au greffe de la Cour administrative le 24 novembre 2017 par Monsieur le délégué du gouvernement Daniel RUPPERT, sur base d'un mandat lui conféré à ces fins le 23 novembre 2017 par le ministre de l'Economie, dirigé contre le jugement du 18 octobre 2017 (n° 37076a du rôle) par lequel le tribunal administratif a déclaré fondé le recours en annulation intenté par la société à responsabilité limitée BERTO S.à r.l., établie et ayant son siège social à L-4670 Differdange, 137, rue de Soleuvre, représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B117652, contre la décision du ministre de l'Economie du 23 juillet 2015 portant rejet de sa demande en obtention d'une dérogation quant aux heures d'ouverture de son commerce;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe de la Cour administrative le 29 novembre 2017 par Maître Jean-Paul NOESEN, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société à responsabilité limitée BERTO S.à r.l.;

Vu les pièces versées en cause et notamment le jugement entrepris;



Le rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Monsieur le délégué du gouvernement Luc REDING et Maître Jean-Paul NOESEN en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 1<sup>er</sup> février 2017.

---

Par courrier de son mandataire du 5 juin 2015, la société à responsabilité limitée BERTO S.à r.l., ci-après désignée par la « *société BERTO* », s'adressa au ministre de l'Economie, notamment, pour « *sollicite[r] (...) respectueusement que le Ministre de l'Economie la [fasse] bénéficier également d'une dérogation en matière d'ouverture de son magasin, en lui permettant d'ouvrir ses portes aux clients avant 06.00 heures du matin, à l'instar des concurrents voisins, stations de service* ».

Par courrier du 23 juillet 2015, le ministre de l'Economie, ci-après désigné par le « *ministre* », y répondit dans les termes qui suivent :

*« J'ai l'honneur de revenir par la présente à votre courrier daté du 5 juin 2015 au sujet des heures d'ouverture de votre client qui exploite une boulangerie-pâtisserie.*

*Il ne vous a pas échappé que les dispositions légales et réglementées actuelles ne nous permettent pas d'accorder une dérogation afin de calquer les heures d'ouvertures de votre client sur celles libres, des stations de service.*

*Je note encore que la loi du 19 juin 1995 sur les heures de fermeture prévoit déjà un régime plus favorable pour les métiers et commerces de boulanger, de sorte que l'argument avancé de « situation illégale et même anticonstitutionnelle » que vous avancez me paraît devoir être nuancé, ce d'autant que des articles de boulangerie, pâtisserie et viennoiseries sont également vendus par des commerces ne bénéficiant pas du régime préférentiel des artisans boulangers-pâtisseries.*

*Je vous rappelle enfin que, conformément au programme du Gouvernement, la situation des heures de fermeture va être examinée et, le cas échéant, la législation adaptée.*

*J'ai commandé une étude approfondie sur le sujet afin de disposer de tous les éléments pertinents à cet égard.*

*Vous n'ignorez pas que le sujet est sensible et touche, même indirectement, beaucoup d'aspects liés ou corollaires, de sorte qu'il convient d'aborder cette question de manière globale. (...) ».*

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 22 octobre 2015, la société BERTO saisit ladite juridiction d'un recours tendant à l'annulation de la décision véhiculée à travers le susdit courrier ministériel du 23 juillet 2015, à savoir

celle portant refus de lui octroyer une dérogation quant aux heures d'ouverture de son commerce.

Par jugement du 27 octobre 2016, le tribunal administratif après avoir examiné et rejeté le moyen d'irrecevabilité de ce recours tel que soulevé par le délégué du gouvernement et tiré de ce que ledit recours viserait non pas une décision administrative susceptible de faire grief, mais une simple missive d'information, notamment vu le défaut d'existence d'une base légale permettant au ministre d'accorder la dérogation sollicitée, reçut le recours en la forme et, au fond, avant tout autre progrès en cause, soumit à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle suivante : « *Les dispositions de la loi modifiée du 19 juin 1995 réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat dans sa version actuellement en vigueur suite à l'entrée en vigueur de la loi 21 juillet 2012 modifiant la loi modifiée du 19 juin 1995 réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat ayant notamment abrogé l'ancien article 5 de ladite loi modifiée du 19 juin 1995 réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat sont-elles conformes à l'article 10 bis paragraphe 1er de la Constitution dans la mesure où elles instaurent une différence de traitement au niveau du régime des heures de fermeture à respecter entre le boulanger pâtissier et les stations-service, vendant tous deux articles de boulangerie pâtisserie [?] (...)* », le tout en réservant les frais, ainsi que la demande en allocation d'une indemnité de procédure sollicitée par la partie demanderesse.

Par arrêt du 17 mars 2017, inscrit sous le numéro 00128 du registre, la Cour Constitutionnelle a décidé que les articles 2.h) et 3 de la loi du 19 juin 1995, telle que modifiée par la loi du 21 juillet 2012, réglant la fermeture des magasins de détail dans le commerce et l'artisanat, ci-après la « *loi du 19 juin 1995* », pour autant qu'ils concernent la vente de produits de boulangerie-pâtisserie par l'artisan boulanger et les stations de service, ne sont pas conformes à l'article 10bis, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Constitution.

Par jugement du 18 octobre 2017, le tribunal administratif, vidant le jugement prévisé du 27 octobre 2016 (n° 37076 du rôle), déclara le recours en annulation de la société BERTO fondé, partant annula la décision litigieuse du ministre de l'Economie du 23 juillet 2015, le tout en rejetant la demande en allocation d'une indemnité de procédure formulée par la partie demanderesse et en condamnant l'Etat aux frais.

Le 24 novembre 2017, l'Etat a régulièrement interjeté appel contre le jugement du 18 octobre 2017.

Le délégué du gouvernement réitère de prime abord un moyen d'irrecevabilité, déjà soulevé devant les premiers juges, soutenant que le courrier ministériel du 23 juillet 2015 ne constituerait pas une décision administrative. Il précise que ce courrier n'aurait qu'une « *nature explicative destinée à rappeler la situation juridique, en l'occurrence l'impossibilité légale et réglementaire*

*d'octroyer une dérogation ministérielle calquée sur l'exemption du régime de droit commun, qui est applicable aux stations de service* ». En effet, selon le délégué, il n'existerait aucune base légale permettant au ministre d'accorder la dérogation sollicitée, de sorte que l'administration ne pourrait, par définition, pas prendre de décision faisant grief dans ces conditions.

Il semble ensuite encore conclure à l'irrecevabilité sinon au rejet du recours initial, au motif qu'une demande de dérogation aux heures de fermeture devrait au vœu de la loi du 19 juin 1995 être demandée soit par une organisation professionnelle représentative de la branche au niveau local, communal, régional ou national, soit par une administration communale.

Au-delà et à considérer que le recours introductif de première instance et la demande de dérogation de la société BERTO soient recevables, le délégué soutient que sa demande ne serait pas fondée au motif qu'une dérogation introduite selon la forme prévue à la loi aurait pu amener le ministre à octroyer une dérogation lui permettant d'ouvrir son établissement de 4 à 5 heures du matin, de sorte que la question de la constitutionnalité ne se serait pas posée et ne se poserait pas en l'espèce.

Sous ce rapport, le représentant étatique estime que tant le tribunal administratif que la Cour Constitutionnelle ont opéré une « *confusion en tirant la source de l'inconstitutionnalité de l'abrogation de l'article 5 de la loi du 19 juin 1995 par la loi du 21 juillet 2012, en ce que « ledit article permettait aux petits commerces de détail visé(sic) à l'article 7 de la loi d'établissement du 28 décembre 1988 (...) de déroger aux heures de fermeture visés(sic) à l'article 3 (...) de ladite loi du 19 juin 1995.* », cette proposition étant parfaitement inexacte ».

Selon le délégué, l'article 7 de la loi d'établissement du 28 décembre 1988 visé auquel la loi du 19 juin 1995 se réfère pour désigner les établissements pouvant déroger aux heures de fermeture qu'elle met en place, aurait visé « (...) *le petit commerce à agencement réduit n'occupant normalement qu'une seule personne assistée des membres de sa famille* », c'est-à-dire les épiceries, mais non pas les artisans.

Ainsi, la boulangerie-pâtisserie de l'intimée n'aurait jamais disposé de la faculté de déroger au régime des heures de fermeture, ni avant, ni après la modification législative intervenue avec la loi du 21 juillet 2012, de sorte que la question de constitutionnalité posée ainsi que les conclusions qui s'en sont suivies seraient « *dénuées de pertinence telles que formulées* ».

Au-delà, même en admettant l'existence d'une décision administrative entachée d'inconstitutionnalité, et annulée pour cette raison, le ministre ne pourrait pas faire droit à la demande de l'intimée à défaut de base légale l'y autorisant.

La société BERTO, partie intimée, conclut en substance au rejet de l'appel pour manque de fondement.

S'il est vrai que l'Etat appelant n'a expressément interjeté appel que contre le jugement sur le fond rendu par le tribunal administratif le 18 octobre 2017, c'est-à-dire que sa requête d'appel ne mentionne expressément, ni dans son dispositif, ni dans l'exposé des moyens, le jugement avant dire droit rendu par ledit tribunal le 27 octobre 2016, dans lequel le premier moyen d'irrecevabilité actuellement soutenu par le délégué du gouvernement et tiré du caractère simplement informatif du courrier ministériel du 23 juillet 2015 et de l'absence de base légale conférant pouvoir au ministre pour faire droit à la demande initiale de la société BERTO a été examiné et rejeté, une approche non dogmatique, mais réaliste et soucieuse de s'attacher à l'intention réelle des parties, fût-elle non exprimée, mais claire et non ambiguë, appelle la Cour à considérer qu'à travers la réitération dudit moyen d'irrecevabilité la partie étatique remet également en discussion le jugement préparatoire du 27 octobre 2016.

Ceci dit, le moyen d'irrecevabilité du recours introductif de la première instance dont question laisse cependant d'être fondé.

En effet, le même réalisme juridique commande à la Cour, d'une part, de conclure qu'à travers son courrier du 23 juillet 2015, le ministre répond et rejette la demande formulée par la société BERTO le 5 juin 2015 par laquelle elle sollicite une dérogation en matière d'heures d'ouverture de son commerce et, d'autre part et par conséquent, de qualifier ladite réponse négative en acte décisionnel à caractère individuel de nature à faire grief à son destinataire, la société BERTO, et susceptible de faire l'objet d'un recours de sa part devant le juge administratif. - L'argumentaire développé par le délégué du gouvernement en rapport avec un prétendu défaut de base légale conférant compétence en la matière au ministre a manifestement trait au fond de l'affaire et manque de pertinence au niveau de la recevabilité du recours de la société BERTO.

La même raison, à savoir le fait qu'il s'agit d'un argument de fond et non pas de recevabilité, appelle la Cour à rejeter encore le deuxième moyen formulé par le délégué, pour autant qu'il s'agisse d'un moyen d'irrecevabilité, étant précisé que le délégué, qui conclut tant à l'irrecevabilité, qu'au caractère non-fondé du recours contentieux de la société BERTO, ne le précise pas expressément, la partie intimée ayant quant à elle perçu le moyen en question en tant que moyen de recevabilité, tiré de ce que la société BERTO n'aurait pas eu qualité pour demander une dérogation aux heures de fermeture, seule une organisation professionnelle représentative de la branche au niveau local, communal, régional ou national, ou une administration communale ayant qualité pour ce faire.

Le moyen en question n'est pas non plus justifié au fond, étant donné que le simple fait que la loi confère expressément une compétence aux organisations professionnelles représentatives dans une branche au niveau local, communal,

régional ou national, respectivement à une administration communale pour introduire une demande dérogatoire sectorielle ou communale, n'est pas à lui seul de nature à enlever la qualité pour ce faire à une entreprise à titre individuel.

Au-delà, la Cour se doit de rappeler que par rapport à la question préjudicielle, ci-avant reprise, lui posée, la Cour constitutionnelle, dans son arrêt précité du 17 mars 2017, après avoir notamment énoncé la teneur initiale des articles 2, 3, et 5 de la loi du 19 juin 1995 et relaté les modifications qui y ont été apportées par une loi modificative du 21 juillet 2012, a posé et conclu que l'activité de la partie intimée consiste dans la production artisanale d'articles de boulangerie-pâtisserie et dans la vente de ses produits dans son magasin et qu'en tant qu'activité accessoire à la vente de carburant, les stations de service vendent également des produits de boulangerie-pâtisserie, pour retenir qu'à cet égard, l'intimée et les stations de service se trouvent dans des situations comparables et dans un rapport de concurrence, d'une part, et que si l'artisan boulanger est astreint dans son activité de vente de ses produits de boulangerie-pâtisserie aux heures de fermeture fixées par l'article 3 de la loi du 19 juin 1995, les stations de service ne sont pas soumises à cette astreinte, en tout cas lorsque la surface de vente nette de produits alimentaires « *se situe dans le rayon délimité de la caisse de la station et ne dépasse pas 20 m<sup>2</sup>* », pour retenir que la restriction de l'activité de vente de ses produits de boulangerie-pâtisserie par l'artisan boulanger aux heures légales d'ouverture de son magasin par rapport aux stations de service qui peuvent vendre des produits de boulangerie-pâtisserie 24 heures sur 24 crée entre les deux commerçants une disparité au détriment du premier, d'autre part, et que cette disparité ne procède pas de critères objectifs et n'est pas rationnellement justifiée, de troisième part.

Sur ce, elle a décidé que les articles 2. h) et 3 de la loi du 19 juin 1995, pour autant qu'ils concernent la vente de produits de boulangerie-pâtisserie par l'artisan boulanger et les stations de service, ne sont pas conformes à l'article 10*bis*, paragraphe 1, de la Constitution.

Or, force est de dégager de cette décision de la Cour Constitutionnelle, décision que la Cour ne saurait évidemment ni ignorer ni rejurer, que les dispositions de la loi du 19 juin 1995 n'ont pas pu servir de base légale à la décision ministérielle de refus du 23 juillet 2015 et de conclure que dès lors qu'elle se trouve de la sorte privée de sa base légale, ladite décision encourt l'annulation. - Le juge de la légalité ne saurait en décider autrement en raison de considérations, telle que celle finale du représentant étatique, ayant trait à l'exécution de sa décision.

Il découle de l'ensemble des développements qui précèdent que l'appel est à rejeter comme n'étant pas fondé.

La demande d'allocation d'une indemnité de procédure de 3000.- €, pour la première instance, et de 3.000.- €, pour l'instance d'appel, formulée par la partie intimée, est à rejeter, les conditions légales n'étant pas remplies en cause.

**Par ces motifs,**

la Cour administrative, statuant à l'égard de toutes les parties;

reçoit l'appel en la forme;

au fond, le déclare non justifié et en déboute;

partant, confirme le jugement entrepris du 18 octobre 2017;

rejette la demande en allocation d'une indemnité de procédure, telle que formulée par la partie intimée;

condamne l'Etat appelant aux dépens de l'instance d'appel.

Ainsi délibéré et jugé par :

Henri CAMPILL, vice-président,  
Serge SCHROEDER, premier conseiller,  
Lynn SPIELMANN, conseiller,

et lu par le vice-président en l'audience publique à Luxembourg au local ordinaire des audiences de la Cour à la date indiquée en tête, en présence du greffier assumé de la Cour Samuel WICKENS.

s. WICKENS

s. CAMPILL

**Reproduction certifiée conforme à l'original**

Luxembourg, le 08.02.2018

le greffier de la Cour administrative