

SÉNAT DE BELGIQUE

SESSION EXTRAORDINAIRE DE 2010

16 AOÛT 2010

RÉVISION DE LA CONSTITUTION

Révision de l'article 23 de la Constitution, en vue d'y ajouter un alinéa concernant le droit du citoyen à un service universel en matière de poste, de communication et de mobilité

(Déclaration du pouvoir législatif, voir le Moniteur belge n° 135, deuxième édition, du 7 mai 2010)

Révision de l'article 23, alinéa 3, de la Constitution, en vue de le compléter par un 6° garantissant la liberté de commerce et d'industrie

(Déposée par MM. Bart Tommelein et Alexander De Croo)

DÉVELOPPEMENTS

La présente proposition reprend le texte d'une proposition qui a déjà été déposée au Sénat le 18 octobre 2007 (doc. Sénat, n° 4-311/1 - 2007/2008).

1. Introduction : la liberté d'entreprendre; origine et validité

1.1. *Le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791*

Le décret prévoit, en son article 7, qu'à compter de sa promulgation, «il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon».

BELGISCHE SENAAAT

BUITENGEWONE ZITTING 2010

16 AUGUSTUS 2010

HERZIENING VAN DE GRONDWET

Herziening van artikel 23 van de Grondwet, om een lid toe te voegen betreffende het recht van de burger op een universele dienstverlening inzake post, communicatie en mobiliteit

(Verklaring van de wetgevende macht, zie «Belgisch Staatsblad» nr. 135, tweede uitgave, van 7 mei 2010)

Herziening van artikel 23, derde lid, van de Grondwet, teneinde het aan te vullen met een 6°, ter vrijwaring van de vrijheid van handel en nijverheid

(Ingediend door de heren Bart Tommelein en Alexander De Croo)

TOELICHTING

Dit voorstel neemt de tekst over van een voorstel dat reeds op 18 oktober 2007 in de Senaat werd ingediend (stuk Senaat, nr. 4-311/1 - 2007/2008).

1. Inleiding : de vrijheid van ondernemen; oorsprong en geldingskracht

1.1. *Het decreet-d'Allarde van 2-17 maart 1791*

Artikel 7 : « *Te rekenen van de afkondiging van deze wet, staat het aan eenieder vrij, naar goeddunken, elke handel te drijven of elk beroep, bedrijf of ambacht uit te oefenen* » (Vertaling van de authentieke Franstalige tekst van het decreet van 2-17 maart 1791).

L'un des principaux mobiles de la Révolution française de 1789 résidait dans le fait qu'en raison du régime corporatif sclérosant, la libre entreprise était noyée sous le poids des réglementations. Aussi n'est-ce pas un hasard si l'une des principales décisions prise à l'époque fut la promulgation du décret d'Allarde qui proclamait la liberté économique et abolissait le régime corporatif.

Selon diverses sources doctrinales, il existe indéniablement une étroite parenté entre la liberté du travail *sensu stricto* consacrée au dix-neuvième siècle et la liberté de commerce et d'industrie.

En effet, ces deux libertés furent les leviers juridiques qui permirent la transformation d'une économie féodale de type corporatiste en un système libéral d'économie de marché.

À la suite de l'annexion de nos régions à la France, la disposition en question fut incorporée dans le droit belge en 1795. Dans le texte initial élaboré par les révolutionnaires français, l'alinéa 1^{er} de l'article 7 se terminait par le membre de phrase suivant : « *mais elle sera tenue de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits* ».

Cette disposition n'est jamais entrée en vigueur en Belgique (1).

Dans notre droit, le principe de la liberté de commerce n'avait à l'origine que la valeur d'une loi ordinaire, si bien que, dans la Belgique unitaire de l'époque, il n'était pas possible de vérifier que la législation était conforme à ce principe. Les lois qui suivirent pouvaient toujours déroger à ce principe.

1.2. Loi du 8 août 1980 de réformes institutionnelles

À la suite de la réforme de l'État de 1988, la liberté de commerce et d'industrie fut consacrée dans notre droit comme l'un des principes dont les Régions doivent tenir compte dans l'exercice de leurs compétences en matière économique (2).

L'article en question dispose qu'en matière économique, les Régions exercent leurs compétences dans le respect des principes de la liberté de commerce et d'industrie (3).

Le respect de ce principe n'est donc pas imposé expressément au législateur national, lequel fixe le

(1) Peeters, B., « Grondslagen Decreet d'Allarde », in OHER, fascicule 3 (avril 1991), p. 3, et Gotzen, M., *Vrijheid van beroep en bedrijf en onrechtmatige mededinging*, Bruxelles, Larcier, 1963, 2 vol.

(2) Article 6, § 1^{er}, VI, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

(3) Van Boven, R., « Niet-concurrentie als bestuurder of aandeelhouder », in *Accountancy & Tax*, numéro 3/2002.

De Franse revolutie in 1789 had als een van haar voornaamste drijfveren het feit dat door het verstikkende gildewezen de mogelijkheid om nieuwe dingen te ondernemen ondergesneeuwd was door regelgeving. Het is dus niet toevallig dat één van de belangrijkste beslissingen op dat moment het « decreet-d'Allarde » was dat de economische vrijheid en de afschaffing van het gildewezen proclameerde.

Het staat vast dat er een intieme verwantschap bestaat tussen de negentiende-eeuwse vrijheid van arbeid *sensu stricto* en de vrijheid van handel en nijverheid, aldus diverse rechtsleer.

Beide vrijheden zijn immers de juridische hefboomen geweest in de omvorming van een feodale en op corporatistische leest geschoeide economie naar een liberaal systeem van vrijemarkteconomie.

Deze bepaling werd in 1795 ingevolge de annexatie bij Frankrijk in het Belgische recht opgenomen. In de oorspronkelijke tekst van de Franse revolutionairen was er nog een bijkomend zinsdeel bij het eerste lid van artikel 7, « *mais elle sera tenue de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits* ».

Die bepaling is in België nooit van kracht geweest (1).

De stelregel van de vrijheid van handel had in ons recht aanvankelijk slechts de waarde van een gewone wet. In het toenmalige unitaire België had dit tot gevolg dat de toetsing van de wet aan dit principe onmogelijk was. Latere wetten konden steeds van dit beginsel afwijken.

1.2. Wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen

De Staatshervorming van 1988 vermeldt de vrijheid van handel en nijverheid als een van de beginselen waarmee de gewesten in de uitoefening van hun bevoegdheden, wat de economische aangelegenheden betreft, rekening mee moeten houden (2).

Dit artikel bepaalt dat in economische aangelegenheden de gewesten hun bevoegdheid uitoefenen met inachtneming van het beginsel van vrijheid van handel en nijverheid (3).

De eerbiediging ervan wordt aldus niet uitdrukkelijk opgelegd aan de nationale wetgever die het

(1) Peeters, B., « Grondslagen Decreet d'Allarde », in OHER, aflevering 3 (avril 1991), blz. 3, en Gotzen, M., *Vrijheid van beroep en bedrijf en onrechtmatige mededinging*, Brussel, Larcier, 1963, 2 vol.

(2) Artikel 6, § 1, VI, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

(3) Van Boven, R., « Niet-concurrentie als bestuurder of aandeelhouder », in *Accountancy & Tax*, nummer 3/2002.

cadre normatif général. Par contre, toute personne ayant un intérêt peut évaluer les décrets et les ordonnances à la lumière de ce principe.

La liberté de commerce et d'industrie peut donc être considérée aujourd'hui comme une véritable maxime du droit économique (1).

Toutefois, le législateur fédéral peut parfaitement prendre des dispositions légales qui pourraient parfois s'avérer contraires à la liberté de commerce et d'industrie. Dans un chapitre ultérieur, on examinera quelles sont dans le droit actuel les limites à l'intervention des pouvoirs publics en matière de liberté d'entreprendre. En effet, la jurisprudence est particulièrement abondante dans ce domaine.

2. La liberté de commerce et d'industrie : portée de la disposition actuelle

2.1. Contre les obstacles de nature corporatiste

Le premier objectif du décret d'Allarde était (et est) de lever les obstacles de nature corporatiste qui entravent le libre exercice du commerce et de l'industrie. En effet, en ses autres articles, le décret prévoit explicitement l'abolition des privilèges corporatistes.

La liberté d'entreprendre constitue le fondement de base du droit économique.

Concernant le décret d'Allarde et le corporatisme, M. Dasselte a déclaré: «*La portée historique du Décret est de protéger le commerce contre les obstacles d'ordre administratif et corporatif.*» (2). Bref, il s'agit de la clause anti-Kafka par excellence!

Cette clause est le fondement — d'où son importance — des droits que les citoyens peuvent faire valoir vis-à-vis de l'administration dans le cadre de l'exercice d'activités économiques.

Cette liberté implique un droit, celui de faire du commerce, en ce qui concerne à la fois le choix de l'activité et la manière de l'exercer.

À ce droit accordé aux particuliers correspondent des obligations pour les pouvoirs publics, comme celle qui contraint à ne pas agir et implique un engagement négatif des pouvoirs publics. Le justiciable dispose d'un droit subjectif d'exercer librement et sans entraves des activités industrielles et commerciales. Il peut exiger que les pouvoirs publics respectent ces droits.

(1) Peeters, B., « Grondslagen Decreet d'Allarde », in OHER, fascicule 3 (avril 1991), p. 4.

(2) Dasselte, J., « Organisation de la concurrence et intérêt général », note Cassation, 2 juin 1960, in RCJB, 1964, p. 218.

algemeen normatief kader vastlegt. Wel kunnen de decreten en de ordonnances door een ieder die belang heeft, aan de eerbiediging van dit beginsel worden getoetst.

Aldus kan de vrijheid van handel en nijverheid thans als een echt maxime van het economisch recht worden beschouwd (1).

De federale wetgever kan echter perfect wettelijke bepalingen treffen die soms strijdig zijn met de vrijheid van handel en nijverheid. In een later hoofdstuk wordt besproken welke in het huidige recht de grenzen zijn van het overheidsoptreden, wat de vrijheid van ondernemen betreft. Hieromtrent bestaat immers veel rechtspraak.

2. De vrijheid van handel en nijverheid: draagwijdte van de huidige bepaling

2.1. Tegen belemmeringen van corporatistische aard

De eerste doelstelling van het decreet-d'Allarde was (en is) een einde te stellen aan de belemmeringen van corporatieve aard die de vrije uitoefening van de handel en de nijverheid verhinderen. In de andere artikelen van dit decreet worden de corporatistische voorrechten immers expliciet afgeschaft.

De vrijheid van ondernemen is het basisfundament van het economisch recht.

De heer Dasselte stelde omtrent het decreet-d'Allarde en het corporatisme: «*La portée historique du Décret est de protéger le commerce contre les obstacles d'ordre administratif et corporatif.*» (2). Kortom de anti-kafkaclausule bij uitstek!

Die clausule is het fundament — en dit is haar belangrijkste betekenis — van de rechten die de burgers kunnen doen gelden tegenover de administratie bij de uitoefening van economische activiteiten.

Deze vrijheid houdt een recht in, met name het recht om te handelen, dit zowel wat de keuze van de activiteit betreft als de manier waarop ze wordt uitgeoefend.

Tegenover dit recht voor particulieren staan verplichtingen voor de overheid. Zo is er de plicht om niet te handelen. Dit houdt een negatieve verbintenis in van de overheid. De rechtsonderhorige beschikt over een subjectief recht om vrij en ongebonden aan nijverheid te doen en handel te drijven. Hij kan deze rechten afdwingen van de overheid.

(1) Peeters, B., « Grondslagen Decreet d'Allarde », in OHER, aflevering 3 (april, 1991), blz. 4.

(2) Dasselte, J., « Organisation de la concurrence et intérêt général », noot Cassatie, 2 juni 1960, in RCJB, 1964, blz. 218.

2.2. Contre les barrières administratives

Les révolutionnaires de 1789 considéraient la liberté économique comme le prolongement logique de la liberté individuelle. Pour les auteurs de la présente proposition, cette thèse est toujours d'actualité.

Bon nombre de juristes voient en ce principe la pierre d'angle de notre système juridique. Le Liégeois Herbiet, de l'Université de Liège, a formulé cette conviction en ces termes : « *La liberté du commerce et de l'industrie demeure encore le principe fondateur de notre droit.* ».

La liberté de commerce et d'industrie, confirmée par une norme ayant force de loi, à savoir l'article 7 du décret d'Allarde, ne peut être limitée que par une loi ou par un règlement pris en vertu de la loi.

La liberté de commerce et d'industrie constitue, du point de vue de l'administré, un droit subjectif qu'il peut faire valoir à l'égard de l'administration.

Ce droit suppose la liberté d'établissement et la liberté d'exercer des activités professionnelles. Le décret d'Allarde consacre la liberté d'exercer une activité professionnelle et implique la faculté d'organiser une activité commerciale avec les moyens et suivant les méthodes de son choix.

Pour illustrer l'importance de ce principe, passons en revue les diverses décisions judiciaires rendues à ce propos. Les points 2.2.1 et 2.2.2 ci-après évoquent et commentent la jurisprudence pertinente en la matière.

2.2.1. En ce qui concerne les mesures administratives relatives à l'ordre public et à la sécurité

— Pour ce qui est des heures d'ouverture, la justice a déjà plus d'une fois rappelé à l'ordre les pouvoirs publics pour leur « réglementation », en précisant notamment que la liberté de commerce est entamée de manière illégitime par l'interdiction générale faite aux exploitants d'exercer leur activité commerciale durant la nuit, sauf à disposer d'une autorisation spéciale, en particulier lorsqu'il s'agit d'une activité qui, par nature, tend à s'exercer la nuit (1).

— Les discothèques peuvent, elles aussi, invoquer le décret d'Allarde lorsqu'elles sont confrontées à des règlements communaux en matière d'heures de fermeture (2).

(1) Conseil d'État, no 43795, 12 juillet 1993, *JLMB*, 1993, 1442, note de Neuray, J.

(2) Neuray, S., « Le Décret d'Allarde au secours des noctambules, ou faut-il danser comme les communes sifflent ? », in *JLMB*, 1447-1452.

2.2. Tegen barrières van bestuursrechtelijke aard

De revolutionairen van 1789 beschouwden de economische vrijheid als het logische verlengstuk van de individuele vrijheid. Deze stelling lijkt de indianers nog steeds actueel.

Vele rechtsgeleerden beschouwen dit beginsel als de hoeksteen van ons rechtssysteem. De Luikenaar Herbiet van de Universiteit van Luik formuleerde deze overtuiging als volgt : « *La liberté du commerce et de l'industrie demeure encore le principe fondateur de notre droit.* ».

De vrijheid van handel en nijverheid, bevestigd door een norm met kracht van wet, te weten artikel 7 van het decreet-d'Allarde, kan uitsluitend worden beperkt door een wet of een krachtens de wet uitgevaardigde verordening.

De vrijheid van handel en nijverheid is in hoofdte van de bestuurde een subjectief recht dat hij jegens het bestuur kan doen gelden.

Dit recht veronderstelt de vrijheid van vestiging en de vrijheid beroepsactiviteiten uit te oefenen. Het decreet-d'Allarde bekrachtigt de vrijheid om een beroepsactiviteit uit te oefenen en impliceert de mogelijkheid een handel te organiseren met de middelen en volgens de methodes naar eigen keuze.

Het belang van dit beginsel kan het best worden geïllustreerd door het overlopen van de diverse rechtelijke uitspraken hieromtrent. In punt 2.2.1 en 2.2.2 wordt de relevante rechtspraak aangehaald en geïllustreerd.

2.2.1. Wat betreft de bestuursmaatregelen in verband met de openbare orde en veiligheid

— Wat de openingsuren betreft heeft de rechtspraak al menigmaal de reglementitis van de overheid teruggefloten : « *De vrijheid van handel wordt op onwettige wijze aangetast door een algemeen verbod voor de uitbaters om hun handelsactiviteiten 's nachts uit te oefenen, behoudens met een bijzondere toelating, inzonderheid wanneer het gaat om een werkzaamheid die door haar aard eerder 's nachts worden uitgeoefend* » (1).

— Ook discotheken kunnen, wanneer ze geconfronteerd worden met gemeentelijke reglementen inzake sluitingsuren het decreet-d'Allarde inroepen (2).

(1) Raad van State, nr. 43795, 12 juli 1993, *JLMB*, 1993, 1442, noot Neuray, J.

(2) Neuray, S., « Le Décret d'Allarde au secours des noctambules, ou faut-il danser comme les communes sifflent ? », in *JLMB*, 1447-1452.

— La loi sur le commerce ambulante oblige le titulaire d'un emplacement sur un marché public à cesser toute activité ambulante en cas de cession de son emplacement. Mais elle reste muette quant aux activités que le cédant peut encore exercer à l'avenir. Le Conseil d'État a déclaré à ce propos qu'on peut d'ailleurs se demander si, en l'absence de fondement légal, une interdiction illimitée d'encore exercer des activités ambulantes est bien compatible avec le principe de liberté économique consacré par l'article 7 du décret d'Allarde (1).

— Notre système économique est fondé sur le décret d'Allarde, d'où est issue la libre concurrence. Cela implique la liberté de copie, à laquelle seul un droit d'exclusivité permet de déroger (2).

— En matière de taxations abusives également, le décret d'Allarde peut être d'un grand secours : Dans un de ses arrêts, la Cour de cassation juge que la taxe sur les quantités de bois coupés produites sur le territoire de la province de Luxembourg est un octroi et qu'une telle taxation est contraire au décret d'Allarde et viole les principes de l'union économique (3).

— Il est illicite d'exclure totalement ou de rendre totalement impossible l'exercice d'une activité professionnelle pour les particuliers. Dans l'arrêt Verbeke, le Conseil d'État a jugé que la commune pouvait, à des fins de contrôle, imposer certaines obligations à des imprimeurs de cartes d'accès, mais que lorsque le nombre d'imprimeurs est limité sous prétexte de faciliter le contrôle, et ce, sans autorisation légale, il y a atteinte à la liberté de commerce et d'industrie (4). Dans un autre cas, le Conseil a annulé un règlement communal qui interdisait la circulation dans une rue où était située une société de transport, cette entreprise ne pouvant plus poursuivre ses activités (5).

— L'exercice du pouvoir réglementaire ne peut pas donner lieu à l'octroi d'un monopole lorsque d'autres commerçants sont prêts également à se soumettre aux conditions objectivement justifiées qui sont prévues par le règlement général (6).

— Les restrictions à la liberté d'industrie et de commerce ne sont autorisées que pour autant que les mesures en question aient été prises en vue de garantir la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques. Par conséquent, un règlement de police qui vise exclusi-

— De wet ambulante handel verplicht de titularis van een standplaats op een openbare markt om, bij de overdracht van zijn standplaats, elke ambulante activiteit te stoppen. Evenwel is hiermee niets gezegd over de activiteiten die de overdrager nog in de toekomst kan uitoefenen. De Raad van State stelde hieromtrent: «*Trouwens rijst de vraag of, zonder wettelijke grondslag, een onbeperkt verbod om nog ambulante activiteiten uit te oefenen, wel verenigbaar is met het in artikel 7 decreet-d'Allarde geconsacreerde beginsel van de economische vrijheid*» (1).

— Ons economisch systeem is gegrondvest op het decreet-d'Allarde waarvan vrije mededinging is afgeleid. Dit houdt de vrijheid van kopie in, waaraan alleen een exclusief recht afbreuk kan doen (2).

— Ook inzake onrechtmatige belastingen kan het decreet-d'Allarde soelaas brengen: «*De belasting op de hoeveelheden gekapt hout op het grondgebied van de provincie Luxemburg is een indirecte octrooibelasting. Een dergelijke belasting is strijdig met het decreet-d'Allarde, ..., en met het principe van de economische situatie*» (3).

— Het volledig uitsluiten of nog het volledig onmogelijk maken van een beroepsactiviteit voor de particulieren is ongeoorloofd. In het arrest-Verbeke oordeelde de Raad van State dat de gemeente met het oog op controle drukkers van toegangskaarten bepaalde verplichtingen mag opleggen, doch wanneer het aantal drukkers wordt beperkt onder het voorwendsel hierdoor de controle te vergemakkelijken en dit zonder wettelijke machtiging, wordt de vrijheid van handel en nijverheid geschonden (4). Een gemeentelijk reglement dat het verkeer verbood in een straat waar een vervoersbedrijf gevestigd is, waardoor deze onderneming haar activiteiten niet meer kon voortzetten, werd door de Raad vernietigd (5).

— Het uitoefenen van de verordenende macht mag niet leiden tot het verlenen van een monopolerecht wanneer ook andere handelaren bereid zijn zich te schikken naar de bij de algemene verordening voorziene, objectief verantwoorde voorwaarden (6).

— Beperkingen op de vrijheid van nijverheid en handel zijn slechts geoorloofd voor zover de maatregelen werden genomen met het oog op de openbare veiligheid, rust en de gezondheid. Een politieverordening die uitsluitend of hoofdzakelijk de regeling van de

(1) Conseil d'État, n° 99725, 12 octobre 2001, <http://raadvst-consetat.be>.

(2) Prés. Comm. Courtrai, 20 mai 1996, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 1996, 867.

(3) Cass. 10 novembre 1994, <http://www.cass.be>, *AJT*, 1994-95, 433.

(4) Conseil d'État, Verbeke, n° 2806, 12 octobre 1953.

(5) Conseil d'État, SPRL ETS. CALMEIN ET CIE, n° 5884, 21 novembre 1957.

(6) Gand, 16 mars 1962, *RW*, 1962-63, 1588.

(1) Raad van State, nr. 99725, 12 oktober 2001, <http://raadvst-consetat.be>.

(2) Voorz. Kh. Kortrijk, 20 mei 1996, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 1996, 867.

(3) Cass. 10 november 1994, <http://www.cass.be>; *AJT*, 1994-95, 433.

(4) Raad van State, Verbeke, nr. 2806, 12 oktober 1953.

(5) Raad van State, PVBA ETS. CALMEIN ET CIE, nr. 5884, 21 november 1957.

(6) Gent, 16 maart 1962, *RW*, 1962-63, 1588.

vement ou principalement à régler les rapports de marché est contraire à ce principe.

— Dans le cadre du maintien de l'ordre public, les pouvoirs publics ne peuvent pas imposer d'entraves au commerce qui seraient sans commune mesure avec l'objectif de la mesure, à savoir le maintien de l'ordre et de la sécurité.

2.2.2. En ce qui concerne les mesures administratives résultant de dispositions légales

Selon le professeur Peeters, il n'est pas simple, en l'espèce, de dégager de la jurisprudence des lignes de force claires (1).

Dans cette matière, le législateur laisse souvent une large marge d'appréciation aux administrations chargées de prendre des dispositions d'exécution. Le recours fréquent aux lois-cadres et aux pouvoirs spéciaux entraîne parfois de grandes réticences en cas de contrôle de légalité.

Les auteurs considèrent dès lors que la consécration du principe de la liberté du commerce et de l'industrie par la Constitution incitera les juridictions à veiller plus strictement au respect de ces libertés fondamentales.

Un premier pas a déjà été fait dans cette direction lorsque le législateur a inscrit la liberté du commerce et de l'industrie dans la loi spéciale du 8 août 1980. D'après Peeters, on pourra désormais examiner si la législation octroyant une compétence réglementaire dans le domaine économique est conforme au principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Les présents développements n'examinent pas plus avant l'impact que pourraient avoir le décret d'Allarde et son insertion proposée dans la Constitution sur la liberté d'entreprendre des pouvoirs publics, étant donné que cette question sort du cadre de la présente proposition.

2.3. Contre les entraves causées par d'autres citoyens (effet horizontal)

S'agissant des relations des citoyens entre eux, la liberté du commerce et de l'industrie présente un double aspect qui était et est encore intimement lié à la liberté individuelle :

— tout d'abord, il y a la liberté de l'individu de choisir son occupation professionnelle et, une fois ce choix effectué, d'exercer cette profession;

(1) Peeters, B., « Grondslagen Decreet d'Allarde », in OHER, fascicule 3 (avril 1991), p. 10.

marktverhoudingen op het oog heeft, is bijgevolg strijdig met dit beginsel.

— De overheid mag bij het handhaven van de openbare orde geen handelsbelemmeringen opleggen die buiten elke redelijke verhouding tot het doel van de maatregel staan, met name de handhaving van de orde en de veiligheid.

2.2.2. Wat betreft de bestuursmaatregelen tengevolge van wettelijke bepalingen

Hier is het niet eenvoudig om uit de rechtspraak duidelijke krachtlijnen af te leiden, aldus professor Peeters (1).

De wetgever laat in deze materie vaak een ruime beoordelingsruimte over aan de besturen die worden belast met het treffen van uitvoerende bepalingen. Het frequent gebruik van kaderwetten en bijzondere machten leiden soms tot een grote terughoudendheid van de legaliteitscontrole.

De indieners menen dan ook dat het vastleggen van het beginsel van de vrijheid van handel en nijverheid in de Grondwet de rechters zal aanzetten om strenger te waken over deze fundamentele vrijheden.

Een eerste stap werd alvast gezet met de opname van de vrijheid van handel en nijverheid in de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Luidens Peeters zal de wetgeving waarin op economisch vlak verordenende bevoegdheid wordt toegekend, voortaan kunnen worden getoetst aan het beginsel van de vrijheid van handel en nijverheid.

In deze toelichting wordt niet ingegaan op de mogelijke impact van het decreet-d'Allarde en de vooropgestelde opname ervan in de Grondwet op het actief ondernemend overheidsoptreden, gezien deze vraag niet relevant is wat het beoogde voorstel betreft.

2.3. Tegen de belemmeringen vanwege andere burgers (horizontale werking)

De vrijheid van handel en nijverheid heeft inzake de verhouding tussen de burgers onderling een tweevoudig uitzicht dat volledig in het licht stond en staat van de individuele vrijheid :

— vooreerst is er de vrijheid van het individu om zijn beroepsbezigheid te kiezen en eens deze keuze gemaakt, zijn arbeid te verrichten;

(1) Peeters, B., « Grondslagen Decreet d'Allarde », in OHER, aflevering 3 (april 1991), blz. 10.

— ensuite, cette liberté suppose aussi la liberté contractuelle dont l'entrepreneur a inévitablement besoin pour pouvoir se procurer les facteurs de production nécessaires.

La jurisprudence a résumé la situation décrite ci-dessus par le principe suivant :

«La liberté du commerce et de l'industrie de chacun est limitée par celle d'autrui. Il s'ensuit que quand la liberté du commerce et de l'industrie peut s'exercer de deux manières différentes avec la même utilité, il n'est pas autorisé de choisir celle qui occasionne un préjudice à autrui.»

La liberté d'entreprendre a donc un impact direct sur la validité de certaines clauses de non-concurrence.

Le principe de la liberté économique formulé dans le décret d'Allarde a également gagné en importance ces dernières années dans le contexte du droit de grève et du « lock-out ».

La liberté d'entreprendre et le droit au travail impliquent qu'une entreprise a le droit de se consacrer à ses activités et qu'elle peut exiger que ses cadres et son personnel puissent pénétrer librement dans ses locaux (1).

La jurisprudence a déclaré en 2001 à ce propos que *«le droit de grève n'est pas absolu et est limité par les droits des tiers. Le blocage d'un terrain portuaire viole la liberté d'entreprendre et cause un dommage économique considérable»* (2).

3. Conclusion : la liberté du commerce et de l'industrie doit être inscrite dans la Constitution

3.1. Cette liberté est un élément essentiel de notre société actuelle et de sa Constitution

Le point 2.2. a mis en évidence le lien puissant et la parenté étroite qui unissent la liberté économique et la liberté individuelle. La liberté du commerce et de l'industrie était considérée par les révolutionnaires de 1789 comme le prolongement logique de la liberté individuelle. Ces deux libertés ont été les leviers juridiques qui ont permis la transformation d'une économie féodale aux structures corporatistes en un système libéral d'économie de libre marché.

(1) Réf. Civ. Verviers, 2 décembre 1999, JLMB, 1829.

(2) Prés. Civ. Bruges, 7 février 2001, Eur. Vervoerr., 2001, 207.

— vervolgens behelst deze vrijheid ook de contractuele vrijheid waaraan een ondernemer noodzakelijk behoefte heeft om zich te voorzien van de noodzakelijke productiefactoren.

De rechtspraak heeft de hogergeschetste situatie samengevat in volgend beginsel :

«De vrijheid van handel en nijverheid van de ene wordt immers beperkt door de gelijke vrijheid van de andere. Dit heeft tot gevolg dat wanneer de vrijheid van handel en nijverheid op twee verschillende wijzen met hetzelfde nut worden uitgeoefend, het niet geoorloofd is die wijze te verkiezen die aan een ander schade zal berokkenen.»

De vrijheid van ondernemen heeft aldus een rechtstreekse invloed op de geldigheid van bepaalde niet-concurrentiebedingen.

Ook omtrent het stakingsrecht en de « lock-out » heeft het beginsel van de economische vrijheid, verwoord in het decreet-d'Allarde, de jongste jaren in de rechtspraak aan belang gewonnen.

De vrijheid van ondernemen en het recht op arbeid impliceren dat een onderneming het recht heeft zich toe te leggen op haar activiteiten en dat zij kan eisen dat haar kaderleden en haar personeel vrij haar lokalen kunnen betreden (1).

In 2001 stelde de rechtspraak hieromtrent : *«het stakingsrecht is niet absoluut en wordt beperkt door rekening te houden met de rechten van derden. Het blokkeren van een haventerrein tast de vrijheid van ondernemen aan en veroorzaakt aanzienlijke economische schade (2).»*.

3. Besluit : de vrijheid van handel en nijverheid moet worden ingeschreven in de Grondwet

3.1. Deze vrijheid is een wezenlijk bestanddeel van onze huidige maatschappij en haar Grondwet

In punt 2.2. werd reeds gewezen op de sterke band en de intieme verwantschap welke bestaat tussen de economische vrijheid en de individuele vrijheid. De vrijheid van handel en nijverheid werd door de revolutionairen van 1789 beschouwd als het logische verlengstuk van de individuele vrijheid. Beide vrijheden de juridische hefbomen waren in de omvorming van een feodale en op corporatistische leest geschoeide economie naar een liberaal systeem van vrijemarkteconomie.

(1) Kort. Ged. RB Verviers, 2 december 1999, JLMB, 1829.

(2) Voorz. Rb. Brugge, 7 februari 2001, Eur. Vervoerr., 2001, 207.

«*La liberté du commerce et de l'industrie est un principe en parfaite conformité avec la philosophie de la Constituante belge de 1831.*» (1).

La Constituante entendait en effet protéger l'individu contre l'arbitraire du pouvoir et considérait, à juste titre, le citoyen comme le détenteur d'un « faisceau de libertés » dans lesquelles l'État ne peut pas s'immiscer.

La Constitution occupe la position la plus élevée dans la hiérarchie des normes. Elle est le reflet des valeurs et libertés fondamentales de notre société.

Les auteurs de la présente proposition sont plutôt par principe réticents à l'idée de « toucher à » la Constitution. À leur avis, le rôle de la Constitution dans la protection du « faisceau de libertés » du citoyen doit revêtir la forme d'un engagement de ne pas faire quelque chose (engagement négatif).

Durant les années 70 et 80, de plus en plus de voix se sont élevées pour réclamer l'inscription de droits socioéconomiques fondamentaux dans la Constitution.

Cela représente un revirement fondamental dans le rôle de l'État. Consécutivement aux droits sociaux, culturels et économiques et à l'inscription de certains de ces droits dans la Constitution, l'État ne doit plus s'abstenir d'intervenir. Il doit même au contraire préciser les modalités de son intervention.

C'est ainsi que la protection d'un environnement sain est inscrite aujourd'hui dans la Constitution. La garantie de ce droit est formulée principalement comme une mission qui est assignée aux législateurs compétents.

L'insertion dans la Constitution de ces droits et d'autres droits fondamentaux à caractère social, culturel et économique s'est opérée de manière sélective. Le droit économique le plus important, c'est-à-dire la liberté du commerce et de l'industrie définie par le décret d'Allarde, n'y a curieusement pas été inscrit.

Cela n'est pas sans conséquences.

La doctrine a étudié de manière circonstanciée l'impact de l'insertion de certaines normes socioéconomiques dans la Constitution.

Des études spécifiques très circonstanciées portant sur la liberté du commerce et de l'industrie montrent qu'un nouveau conflit est apparu entre ces deux normes (2).

(1) Ergec, R. *Introduction au droit public. Les droits et libertés*, t II., 1995, p. 157.

(2) Neuray, J.-F., « Le droit à l'environnement et la liberté du commerce et de l'industrie », in *Revue de Droit*, ULB, n° 12, 1995.

«*De vrijheid van handel en nijverheid is een beginsel dat totaal conform de filosofie van de Belgische Constituante van 1831 is.*» (1).

De Constituante wilde het individu immers beschermen tegen het arbitraire van de macht en zij beschouwde de burger terecht als de houder van een « kern van vrijheden », waarbinnen de overheid niet mag tussenkomen.

De Grondwet staat in de hiërarchie der normen aan de top. Zij is de weergave van de fundamentele waarden en vrijheden van onze maatschappij.

De indieners van dit voorstel staan « as such » nogal huiverig ten opzichte van het sleutelen aan de Grondwet. Indieners zijn van mening dat het antwoord van de Grondwet ter bescherming van de « kern van vrijheden » van de burger moet bestaan in een verbintenis om iets niet te doen (negatieve verbintenis).

In de jaren 70 en 80 werd de roep steeds luider om sociale en economische grondrechten in de Grondwet in te schrijven.

Dit houdt een fundamentele ommekeer in van de rol van de overheid. Tengevolge van de sociale, culturele en economische rechten en de inschrijving van bepaalde van deze rechten in de Grondwet moet de overheid zich niet langer onthouden tussen te komen. Zij moet integendeel zelfs de modaliteiten van haar tussenkomst uitwerken.

Zo staat de bescherming van een gezond leefmilieu heden in de Grondwet. De waarborging van dit recht wordt in de eerste plaats geformuleerd als een opdracht aan de bevoegde wetgevers.

De opname van deze en andere sociale, culturele en economische grondrechten in de Grondwet is selectief gebeurd. Het belangrijkste economische recht, met name de vrijheid van handel en nijverheid, conform het decreet-d'Allarde werd vreemd genoeg niet opgenomen.

Dit is niet zonder gevolgen.

De rechtsleer heeft uitvoerig onderzoek gevoerd naar de impact van de opname van bepaalde sociale en economische normen in de Grondwet.

Specifiek en zeer uitvoerig onderzoek naar de vrijheid van handel en nijverheid wijzen erop dat er een nieuw conflict is ontstaan tussen deze twee normen (2).

(1) Ergec, R., *Introduction au droit public. Les droits et libertés*, t II., 1995, blz. 157.

(2) Neuray, J.-F., « *Le droit à l'environnement et la liberté du commerce et de l'industrie* », in *Revue de Droit*, ULB, nr. 12, 1995.

La jurisprudence donnait traditionnellement une interprétation restrictive des dispositions contraires à la liberté du commerce et de l'industrie.

Selon la doctrine précitée, la plupart des normes environnementales, pour ne pas dire toutes, sont, à des degrés divers, susceptibles d'entraver la liberté du commerce et de l'industrie et compte tenu du nouvel article 23 de la Constitution, la jurisprudence ne pourra plus interpréter ces normes environnementales de manière restrictive lorsque la liberté économique est invoquée. En effet, c'est la disposition constitutionnelle qui prime (*in dubio pro natura*) (1).

Tel ne saurait être l'objectif poursuivi, et les auteurs considèrent que l'équilibre doit être rétabli.

3.2. *La liberté d'entreprendre est la clause anti-Kafka par excellence*

Le point de vue précité de M. Dassesse parle de lui-même: «*La portée historique du Décret est de protéger le commerce contre les obstacles d'ordre administratif et corporatif.*» (2).

Traduit librement: le principe de la liberté du commerce et de l'industrie est la clause anti-Kafka par excellence.

Cette clause est le fondement — au sens plein du terme — des droits dont les citoyens peuvent se prévaloir face à l'administration dans le cadre de l'exercice de leurs activités économiques. Cette liberté induit un droit, le droit de commercer, qui porte tant sur le choix de l'activité que sur la manière de l'exercer.

L'aperçu de la jurisprudence qui a été présenté au point 2.2.1 est éloquent à cet égard. Le principe de la liberté d'entreprendre est l'instrument par excellence pour se prémunir contre toute immixtion illégale de la part de l'État.

3.3. *La liberté d'entreprendre et le droit du travail vont de pair*

Lors de la discussion qui précéda l'inscription dans la Constituante de quelques droits fondamentaux sociaux, culturels et économiques, le groupe de travail chargé d'examiner la question avait déjà voulu insérer le droit d'entreprendre à côté du droit au travail.

Le professeur Delpérée, qui participait au groupe de travail chargé de préparer l'insertion des droits

Traditioneel interpreteerde de rechtspraak de bepalingen die strijdig waren met de vrijheid van handel en nijverheid op een restrictieve wijze.

Aangezien een groot deel, zoniet alle milieunormen in diverse gradaties de vrijheid van handel en nijverheid doorkruisen en gelet op het nieuwe artikel 23 van de Grondwet zal de rechtspraak deze milieunormen niet meer restrictief mogen interpreteren als de economische vrijheid wordt ingeroepen, aldus de eerder aangehaalde rechtsleer. De grondwettelijke bepaling primeert immers (*in dubio pro natura*) (1).

Dit kan niet de bedoeling zijn en indieners menen dat het evenwicht moet worden hersteld.

3.2. *De vrijheid van ondernemen is de anti-kafka-clausule bij uitstek*

De eerder aangehaalde stelling van M. Dassesse spreekt voor zich: «*La portée historique du Décret est de protéger le commerce contre les obstacles d'ordre administratif et corporatif.*» (2).

Vrij vertaald: het beginsel van de vrijheid van handel en nijverheid is de anti-kafkaclausule bij uitstek.

Deze clausule is het fundament — en dit is haar belangrijkste betekenis — van de rechten die de burgers kunnen doen gelden jegens de administratie bij de uitoefening van economische activiteiten. Deze vrijheid houdt een recht in, met name het recht om te handelen, dit zowel wat de keuze van de activiteit betreft als de manier waarop ze wordt uitgeoefend.

Het overzicht van rechtspraak in 2.2.1 is veelzeggend. Het beginsel van de vrijheid van ondernemen is het instrument bij uitstek tegen onrechtmatige overheidsinmenging.

3.3. *De vrijheid van ondernemen en het recht op arbeid gaan hand in hand*

Reeds bij de discussie om enkele sociale, culturele en economische grondrechten in de Grondwet in te lassen wilde de toenmalige werkgroep naast het recht op arbeid eveneens het recht op ondernemen opnemen.

Zo stelde professor Delpérée in de voorbereidende werkgroep die invoeging van de economische, cultu-

(1) Neuray, J.-F., *oc.*, p. 69.

(2) Dassesse, J., «Organisation de la concurrence et intérêt général», note Cassation, 2 juin 1960, in RCJB, 1964, p. 218.

(1) Neuray, J.-F., *oc.*, blz. 69.

(2) Dassesse, J., «Organisation de la concurrence et intérêt général», noot Cassatie, 2 juni 1960, in RCJB, 1964, blz. 218.

économiques, culturels et sociaux fondamentaux dans la Constitution, déclarait que :

«*Premièrement, quand on parle du droit au travail, on pense essentiellement au droit du travail salarié ou indépendant, mais un des droits économiques qui manquent est la liberté du commerce et de l'industrie, c'est-à-dire le droit à l'exercice d'une activité commerciale et industrielle.*» (1).

Le groupe de travail n'a toutefois pas réussi à sortir de la contradiction présumée entre les limitations résultant de la réglementation sur le chômage et le libre choix de l'activité professionnelle; la pression subie par le groupe de travail pour qu'il accouche d'un texte fut telle que l'on passa à côté d'une chance historique.

La liberté d'entreprendre est une valeur fondamentale qui participe d'une vision libérale et progressiste conséquente de la société.

L'État doit justement s'abstenir de toute immixtion dans la libre entreprise et c'est précisément à l'individu qu'il appartient d'appliquer concrètement cette liberté.

En exigeant que l'État intervienne dans toutes sortes de matières (logement décent, droit au travail et à la sécurité sociale, pour ne citer que quelques dispositions constitutionnelles), on va à l'encontre de la liberté individuelle, étant donné que celle-ci ne tolère précisément qu'un minimum d'immixtion.

Comme l'a dit un constitutionnaliste en utilisant une formule choc : «*Ce qui est fondamental est nécessairement rare : si tous les droits subjectifs deviennent fondamentaux, aucun d'eux ne l'est vraiment.*» (2).

Les auteurs considèrent que l'insertion de la liberté du commerce et de l'industrie rétablira le lien naturel entre les deux libertés (travail et choix de la profession).

Ils craignent la prédominance d'un «*État fort*» et une «*mise sous tutelle*» de la société.

Dès lors que les révolutionnaires français, qui furent à l'origine notamment de notre Constitution, reconnaissent l'importance de la liberté du commerce et de l'industrie, comme le fit d'ailleurs aussi notre Constituante, et compte tenu des nombreux «*droits*» qui ont été inscrits dans la Constitution et qui risquent, à ce titre, de primer ce droit économique fondamental, les auteurs recommandent d'inscrire également la liberté du commerce et de l'industrie dans la Constitution.

(1) Sénat, SE 1991-1993, doc. 100-2/4, session 1993-1994, 2 décembre 1993.

(2) Rigaux, Fr., cité par M. Verdussen et A. Noël, «*Les droits fondamentaux et leur réforme constitutionnelle de 1993*», in *APT*, 1974, p. 349.

rele en sociale grondrechten in de Grondwet moest voorbereiden dat :

«*in de eerste plaats, wanneer men het over het recht op arbeid heeft, men voornamelijk denkt aan arbeid in loondienst of als zelfstandige, maar dan stelt men vast dat één van de economische rechten ontbreekt: de vrijheid van handel en industrie, dat wil zeggen het recht om een handels- en industriële activiteit te verrichten.*» (1).

De werkgroep geraakte echter niet uit de vermeende tegenstelling tussen enerzijds de beperkingen tengevolge van de reglementering op de werkloosheid en het vrij kiezen van een beroepsactiviteit; gezien de druk om met een tekst naar buiten te komen werd een historische kans gemist.

De vrijheid van ondernemen is een fundamentele waarde die uitgaat van een consequent liberale en progressieve visie op de maatschappij.

De overheid moet zich juist onthouden van inmenging in het geval van ondernemen en het komt juist het individu toe om deze vrijheid in te vullen.

Door te eisen dat de overheid moet tussenkomen in allerhande materies (behoorlijke huisvesting, recht op arbeid en recht op sociale zekerheid, om maar enkele grondwettelijke bepalingen te noemen) gaat men in tegen de individuele vrijheid, daar deze laatste juist zo weinig mogelijk inmenging verdraagt.

Een grondwetspecialist heeft dit treffend verwoord : «*Wat fundamenteel is, is noodzakelijkerwijze zeldzaam : als alle subjectieve rechten fundamenteel worden, is geen enkele van hen het echt.*» (2).

Indieners menen dat het inlassen van de vrijheid van handel en nijverheid de natuurlijke band tussen de twee vrijheden (arbeid en beroepskeuze) terug herstelt.

Indieners vrezen het overgewicht van een «*sterke staat*» en van een «*bestuurde*» maatschappij.

Vermits de Franse revolutionairen, die aan de basis liggen van onder meer onze Grondwet, het belang van de vrijheid van handel en nijverheid onderschreven en ook onze Constituante dit deed en gelet op de vele «*rechten*» die door hun opname in de Grondwet riskeren te zullen primeren op dit fundamentele economische recht, pleiten de indieners voor de opname van de vrijheid van handel en nijverheid in de Grondwet.

(1) Senaat, B.Z. 1991-1993, stuk 100-2/4, zitting 1993-1994, 2 december 1993.

(2) Rigaux, Fr., aangehaald door M. Verdussen en A. Noël, «*Les droits fondamentaux et leur réforme constitutionnelle de 1993*», in *APT*, 1974, blz. 349.

La liberté d'entreprendre est un droit fondamental de la première génération.

La prolifération des droits fondamentaux de la deuxième génération, qui visent non pas à protéger des libertés, mais plutôt à forcer l'État à légiférer (droit à un logement décent, à un environnement sain, à l'épanouissement culturel et social), a pour effet que les véritables libertés fondamentales se délaient dans un climat quelque peu moralisateur.

Cette banalisation risque d'affecter les droits humains de la première génération, de les amputer ainsi de leur « caractère opérationnel » et de les réduire au statut de slogan.

Par l'inscription dans la Constitution de ce droit fondamental essentiel pour notre économie, les auteurs entendent restaurer l'importance des libertés fondamentales et individuelles : la prise en main des rênes de l'économie est le prolongement de la liberté individuelle.

*
* *

PROPOSITION

Article unique

L'article 23, alinéa 3, de la Constitution est complété par un 6^o, rédigé comme suit :

« 6^o le droit d'entreprendre. »

20 juillet 2010.

De vrijheid van ondernemen is een grondrecht van de eerste generatie.

De wildgroei van grondrechten van de tweede generatie die geen vrijheden beogen te beschermen, doch veeleer de overheid willen aanzetten om regulerend op te treden (recht op behoorlijke huisvesting, gezond leefmilieu, culturele en maatschappelijke ont-plooiing), heeft tot gevolg dat de echt fundamentele vrijheden aldus verwateren in een enigszins moraliserend sfeertje.

Deze banalisering riskeert de mensenrechten van de eerste generatie aan te tasten, waardoor zij hun « operationeel karakter » kwijtspelen en beperkt worden tot slogantaal.

Met de opname van dit fundamenteel grondrecht van ons economisch bestel willen de indieners het belang van de fundamentele en individuele vrijheden herstellen : het economisch heft in eigen handen nemen is hét verlengstuk van de individuele vrijheid.

Bart TOMMELEIN.
Alexander DE CROO.

*
* *

VOORSTEL

Enig artikel

Artikel 23, derde lid, van de Grondwet, wordt aangevuld met een 6^o, luidende :

« 6^o het recht op ondernemen. »

20 juli 2010.

Bart TOMMELEIN.
Alexander DE CROO.