

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

XI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 243.924 du 12 mars 2019

A. 222.017/XI-21.473

En cause : **la S.A. DERBY**,
ayant élu domicile chez
Mes Fabrice MOURLON BEERNAERT et
Pierre-M. LOUIS, avocats,
chaussée de La Hulpe 177/7
1170 Bruxelles,

contre :

la Commission des Jeux de Hasard,
ayant élu domicile chez
Me Jean-Pierre BUYLE, avocat,
avenue Louise 523
1050 Bruxelles.

Parties intervenantes :

1. l'A.S.B.L. PRODIPRESSE,
2. la S.P.R.L. ATOUTCOMPTOIR.COM,
ayant élu domicile chez
Mes Olivier BERTIN et Yaël SPIEGL, avocats,
avenue Louise 81
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête, déposée sur la plate-forme électronique du Conseil d'État le 21 avril 2017, la S.A. DERBY demande l'annulation de : « La "note informative" du 22 février 2017 de la Commission des jeux de hasard, publiée sur son site web (<http://www.gamingcommission.be>) à une date indéterminée, ensemble avec la décision du "22/II/2017" à laquelle il est fait allusion dans cette note (mais sans l'avoir rendue publique), prétendant définir la notion de "librairie" ».

II. Procédure

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été échangés.

Le 8 juin 2017, l'A.S.B.L. PRODIPRESSE et la S.P.R.L. ATOUTCOMPTOIR.COM ont introduit une requête en intervention, qui a été accueillie par l'ordonnance n° 30 du 7 septembre 2017.

L'avis prévu à l'article 3^{quater} du règlement général de procédure a été publié au *Moniteur belge* du 12 juin 2017.

M. Éric THIBAUT, auditeur général adjoint a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du Règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 14 janvier 2019, les parties ont été convoquées à l'audience du 31 janvier 2019.

M. Yves HOUYET, conseiller d'État, a exposé son rapport.

Me Pierre-M. LOUIS, avocat, comparaisant pour la partie requérante, Me Laurent CLOQUET, loco Me Jean-Pierre BUYLE, avocats, comparaisant pour la partie adverse, et Mes Yaël SPIEGL et Julien COLSON, avocats, comparaisant pour les parties intervenantes, ont été entendus en leurs observations.

M. Éric THIBAUT, auditeur général adjoint, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

Le 22 février 2017, la Commission des jeux de hasard approuve une note relative à la définition du terme « librairie ».

Il s'agit du second acte attaqué.

Le même jour, la Commission des jeux de hasard établit une note informative dont le point 4 est rédigé comme suit : « 4. Une note concernant la définition du terme "librairie" qui sera appliquée pour le traitement des licences F2 a été approuvée en

réunion de la Commission ce jour. Cette définition est conforme à l'interprétation du SPF Économie et à l'arrêt de la Cour d'appel de Mons du 20 octobre 2015.

Les activités suivantes devront donc être présentes de manière cumulative pour les demandes d'exploitation de paris dans une librairie :

- Vente de journaux et de magazines ;
- Vente de produits de la Loterie nationale ;
- Vente de tabac et produits dérivés ;
- Vente de cartes téléphoniques ».

Il s'agit du premier acte attaqué.

IV. Objets du recours

Le premier objet du recours doit être compris comme visant le point 4 de la note informative du 22 février 2017. Le second objet du recours s'analyse comme étant le point 16 de la décision du 22 février 2017.

V. Recevabilité du recours en annulation

Thèse des parties

La partie requérante expose, en synthèse, que l'acte attaqué met en place une définition large de la notion de « librairie », tout en la liant intimement et nécessairement aux produits de la Loterie nationale, que l'acte attaqué va imposer aux candidats libraires de conclure un contrat avec la Loterie nationale, organisatrice également de paris, et compliquer le développement d'un réseau de libraires pour la distribution de ses paris, qu'il est à craindre que la Loterie nationale, qui organise aussi des paris, prévoie une obligation d'exclusivité ou de traitement préférentiel, ce qui nuira à ses intérêts, que les librairies risquent de pulluler moyennant des adaptations techniques simples au-delà du concept usuel, ce qui risque d'augmenter le nombre de points de vente faisant concurrence à ses activités.

Dans une première exception, la partie adverse soutient, en substance, que l'acte attaqué n'est pas un acte susceptible de recours, que la loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les paris, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs ne définit pas la notion de librairie qui est importante pour l'octroi d'une licence F2, que, dans le cadre de sa compétence légale d'accorder des licences, elle a précisé cette notion dans la note explicative, qu'il ne s'agit pas d'une nouvelle définition du concept mais la simple reprise des critères issus de la loi du 10 novembre 2006, tels qu'interprétés par la jurisprudence, que la note dit le droit tel qu'il est appliqué sans

ajouter aux règles de la loi du 7 mai 1999 précitée, que la note explicative a la même valeur qu'une circulaire interprétative qui tend à porter des règles déposées dans la loi à la connaissance de catégories de personnes intéressées par celle-ci, que le Conseil d'État a connu d'un cas similaire dans l'arrêt n° 73.196 du 22 avril 1998, S.A. SOPROCOM, à propos d'une circulaire de l'Inspection générale de la Pharmacie et a considéré qu'il ne s'agissait que de rappeler une interdiction légale en telle sorte que l'acte était indicatif, que l'acte attaqué a vocation à porter à la connaissance des titulaires de licences F1 le sens qui sera donné à la notion de librairie et que l'acte attaqué n'octroie ni ne refuse d'autorisations individuelles sans apporter non plus de règles de droit nouvelles qui s'imposeraient à des tiers.

Dans une seconde exception, la partie adverse expose que les critères de l'article 16, § 2, a), de la loi du 10 novembre 2006 ont toujours été utilisés pour définir la notion de libraire, que l'acte attaqué n'apporte aucun changement à ces critères, qu'elle rappelle l'évolution de la jurisprudence qui considère que tous les produits visés à la disposition devront être vendus pour être considérée comme un libraire, que la notion est ainsi interprétée plus restrictivement, que, si l'acte attaqué augmente, *quod non*, le nombre de libraires, sa conséquence sera favorable pour la partie requérante, que, même s'il fallait supposer que l'acte attaqué est un acte susceptible de recours, la requérante n'aurait pas d'intérêt à en poursuivre l'annulation, qu'elle n'aperçoit pas en quoi l'acte attaqué fait grief à la requérante, que le risque que les libraires doivent vendre des produits de la Loterie nationale ne permet pas de justifier l'intérêt de la partie requérante car cet intérêt est hypothétique puisqu'il n'est pas certain que la Loterie nationale insérera des clauses d'exclusivité dans ses contrats et que, à supposer que de telles clauses soient insérées, l'atteinte aux intérêts de la partie requérante qui en résulterait serait sans lien de causalité avec l'acte attaqué.

Dans son dernier mémoire, la partie adverse réitère en substance son argumentation et se livre longuement à une critique du rapport de Monsieur l'auditeur général adjoint.

Les parties intervenantes exposent que l'acte attaqué est un acte réglementaire pris par une autorité incompétente, qu'il s'inspire d'une autre législation traitant des heures d'ouvertures des commerces pour définir ce qu'est une librairie au sens de la loi du 7 mai 1999 précitée, que, vu les conditions ajoutées et les termes impératifs, l'acte attaqué ajoute à l'ordonnancement juridique, qu'il est contraignant en ce que ne sera pas une librairie un opérateur ne répondant pas aux critères cumulatifs fixés par la Commission des jeux de hasard, qui ne pourra dès lors distribuer des paris, et que la qualification de circulaire n'exclut nullement l'annulation d'actes réglementaires illégaux.

À la première exception, la partie requérante réplique que l'acte attaqué est un acte réglementaire pris par une autorité incompétente, qu'il s'inspire d'une autre réglementation, que le législateur est conscient de la nécessité d'une définition réglementaire en habilitant le Roi, et non la partie adverse, à la poser, que, vu les conditions ajoutées et l'emploi de termes impératifs, l'acte attaqué ajoute à l'ordonnancement juridique et que la qualification de circulaire n'exclut nullement l'annulation d'actes réglementaires illégaux.

À la seconde exception, la partie requérante réplique, en synthèse, que, suivant le point 4, les conditions pour être libraire sont cumulatives, que, paradoxalement, une librairie se livrant uniquement à son activité traditionnelle, à savoir la vente de journaux et de magazines, ne serait donc pas une « librairie » au sens de l'acte attaqué, que la lettre du 9 mars 2017 de la Commission des jeux de hasard précise que la vente de produits de la Loterie nationale doit être prouvée par un contrat conclu avec la Loterie nationale, que la faveur octroyée à la Loterie nationale, soit un de ses concurrents, lui nuira directement, que l'acte attaqué ne limite pas ces possibilités de contournement par la constitution de prétendues « librairies », qu'il permet la multiplication des fausses librairies aptes à proposer des paris en concurrence avec la requérante tout en imposant à tout opérateur voulant être qualifié de librairie de distribuer les produits de la Loterie nationale, qui sont en concurrence avec ceux de la requérante et que son intérêt est ainsi doublement établi car les ajouts à l'ordre juridique belge introduits par l'acte attaqué lui sont défavorables : l'acte attaqué favorise la multiplication de points de vente faisant concurrence aux siens et impose à ses points de vente de distribuer les produits d'un concurrent.

Appréciation

Première exception d'irrecevabilité

Par les actes attaqués, la partie adverse ne s'est pas limitée à définir la notion de « librairie » et à fournir une information sur ce qu'est une librairie au sens de la loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les paris, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs. Elle a imposé des conditions auxquelles il doit être satisfait de manière cumulative pour la procédure d'octroi d'une licence de classe F2 à un libraire.

Or, l'article 43/4, § 5, 1°, de la loi du 7 mai 1999 précitée confère au Roi la compétence pour déterminer les conditions auxquelles les libraires doivent satisfaire.

La circonstance que ces conditions n'aient pas été fixées par un arrêté royal n'implique pas que la partie adverse soit habilitée à exercer la compétence conférée au Roi par l'article 43/4, § 5, 1^o, précité.

En prescrivant de façon obligatoire des conditions devant être remplies pour l'octroi d'une licence de classe F2 à un libraire, la partie adverse a exercé un pouvoir réglementaire que l'article 43/4, § 5, 1^o, de la loi du 7 mai 1999 attribue au Roi, et a de la sorte modifié l'ordonnancement juridique.

Les actes attaqués sont donc bien susceptibles de recours en vertu de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

La première exception d'irrecevabilité est rejetée.

Seconde exception d'irrecevabilité

Parmi les conditions imposées par la partie adverse dans les actes entrepris, figure celle de vendre des produits de la Loterie nationale, soit ceux d'un concurrent de la partie requérante. Celle-ci dispose de l'intérêt requis au présent recours en annulation dès lors que les actes attaqués favorisent de la sorte un de ses concurrents.

La seconde exception d'irrecevabilité est rejetée.

VI. Le premier moyen

Thèse des parties

La partie requérante soulève un premier moyen pris de la violation des articles 33, 37 et 159 de la Constitution, des principes de l'unité du pouvoir réglementaire, de l'indisponibilité des pouvoirs et de la règle selon laquelle une autorité administrative indépendante ne peut prendre des règlements que moyennant un contrôle suffisant du Gouvernement, de la loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les paris, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs et plus spécialement de son article 43/4, § 5, 1^o, de l'incompétence de l'auteur de l'acte et de l'excès de pouvoir.

En substance, la partie requérante expose que la partie adverse a édicté une définition de la notion de « librairie », c'est-à-dire une norme de portée générale, sans y être habilitée, que l'article 43/4, § 5, 1^o, avant-dernière phrase, de la loi du 7 mai 1999 attribue pourtant ce pouvoir au Roi, qu'aucune disposition de ladite loi n'habilite la

partie adverse à adopter l'acte attaqué, qui est donc incompétente pour le faire, que tous les pouvoirs, y compris celui d'adopter une décision, qui est en fait une norme de portée générale, à caractère réglementaire donc, doivent être exercés de la manière établie par la Constitution, qu'en vertu de l'article 33 de la Constitution, la partie adverse ne peut exercer que les pouvoirs qui lui sont attribués par le législateur, que tant que celui-ci n'attribue pas à la partie adverse expressément et formellement la compétence de fixer la définition de librairie, et qu'il ne retire pas ledit pouvoir au Roi, la partie adverse ne peut s'arroger une telle mission, que, selon la section de législation du Conseil d'État, une entité qui n'est pas soumise au contrôle politique d'une assemblée démocratiquement élue ne peut adopter des textes réglementaires que sous des conditions strictes, inapplicables en l'espèce, que les principes déduits de la responsabilité politique des ministres et celui de l'unité du pouvoir réglementaire au sein de chaque collectivité ne sont conciliables avec l'octroi d'un pouvoir réglementaire à une autorité extérieure au gouvernement qu'à la condition que, d'une part, cette délégation ait une portée limitée et que, d'autre part, le règlement ainsi adopté soit soumis à l'approbation du gouvernement, que le pouvoir d'octroyer des autorisations individuelles, conféré à des autorités administratives indépendantes, implique la nécessité d'un contrôle suffisant exercé par le gouvernement sur les administrations autonomes, que, lorsque l'exercice des pouvoirs qui sont conférés à cet organisme implique des choix d'opportunité, il s'impose que cette autorité, qui n'est pas responsable politiquement, soit soumise à un contrôle plus étroit, que, pour que l'on puisse admettre que des autorisations soient confiées à une autorité administrative autonome sans contrôle d'opportunité exercé par une autorité politiquement responsable, il convient à tout le moins que les critères à prendre en considération pour délivrer ces autorisations soient définis de telle manière que le pouvoir ainsi reconnu ne recèle que peu d'éléments d'appréciation, qu'en contradiction avec les principes précités, la partie adverse a adopté seule un texte réglementaire qu'elle n'a pas soumis à l'approbation du gouvernement, et qu'il en résulte que l'acte attaqué, adopté par une autorité incompétente, qui plus est sans l'habilitation et sans les contrôles exigés par le droit constitutionnel belge, doit être mis à néant.

La partie adverse répond que, tel que formulé, le moyen lui paraît partiellement irrecevable ou à tout le moins obscur dans sa formulation, qu'en ce qu'il est pris de la violation des principes de l'unité du pouvoir réglementaire, de l'indisponibilité des pouvoirs et de la règle ne permettant pas à une autorité administrative indépendante de prendre des règlements sans le contrôle suffisant du gouvernement, le moyen s'appuie sur des éléments qui n'apparaissent pas être des règles ou des principes de droit susceptibles de fonder un moyen, que le moyen est irrecevable en ce qu'il est pris de la violation de l'article 159 de la Constitution qui ne s'applique qu'aux cours

et tribunaux et non à l'autorité administrative, que l'invocation des articles 33 et 37 de la Constitution paraît se confondre avec le fondement du moyen dont la recevabilité n'est pas contestée, étant l'incompétence de l'auteur de l'acte, que, chargée d'octroyer les licences par la loi du 7 mai 1999 précitée, dont les licences F2, elle doit vérifier si toutes les conditions de la loi sont remplies, qu'aucun arrêté royal n'a été adopté pour définir ce qu'est un libraire, qu'il est de sa compétence et de son rôle d'apprécier si un établissement est une librairie ou non, qu'elle s'est auto-éditée une ligne de conduite interprétative, dans un souci de transparence et d'équité, qu'elle n'a exercé aucun pouvoir réglementaire mais a posé un simple acte indicatif et informatif, qu'elle n'a pu violer l'article 33 de la Constitution et qu'elle pouvait formaliser dans une note informative la manière dont elle pense devoir interpréter la loi à la lumière de la volonté du législateur et de la jurisprudence.

Dans son dernier mémoire, la partie adverse réitère en substance son argumentation et se livre à une critique du rapport de Monsieur l'auditeur général adjoint.

La partie requérante réplique que les avis précités de la section de législation se fondent sur le principe démocratique, que, selon ce principe, les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative, qu'il serait étonnant que le Conseil d'État n'accepte pas qu'il s'agit là d'un principe dont il assure le respect, que ce principe limite la possibilité, pour une entité qui n'engage pas sa responsabilité politique devant une assemblée élue, d'adopter des normes de portée générale, comme l'a pourtant fait la partie adverse, que la nature d'acte réglementaire de l'acte attaqué résulte de multiples facteurs, que, si les travaux préparatoires de la loi du 7 mai 1999 évoquent la législation sur les heures d'ouverture des commerces, ils n'indiquent pas que la définition de librairie doit s'en inspirer, que cette législation poursuit d'ailleurs des objectifs qui lui sont propres et on ne voit pas en quoi ils seraient communs avec ceux de la loi du 7 mai 1999 pour définir une librairie, qu'en l'absence de définition dans la loi du 7 mai 1999, c'est le sens commun du mot qui doit l'emporter, qu'une librairie est un commerce où l'on vend au public des publications imprimées, livres et périodiques, que l'acte attaqué ajoute trois activités qui doivent aussi être exercées, de manière cumulative, suivant l'acte attaqué, pour que ce commerce puisse être qualifié de librairie au sens de la loi du 7 mai 1999 : vente des produits de la Loterie nationale, vente de tabac et vente de cartes téléphoniques, qu'aucun de ces trois types de produits n'est vendu dans une librairie au sens strict et propre du mot, que l'acte attaqué ajoute donc des conditions qui ne sont pas contenues dans la notion commune de librairie, que l'acte attaqué ajoute donc au droit positif, qu'il est enfin rédigé dans des termes impératifs (« ... devront donc être présentes de manière cumulative ... »), ne laissant aucun doute quant à sa force obligatoire, que son exécution par la partie adverse démontre qu'elle

considère qu'il a un effet obligatoire puisqu'elle n'accepte de considérer comme librairie qu'un établissement répondant aux conditions de l'acte attaqué, que la preuve en est l'email du 27 septembre 2017 de la partie adverse à propos de l'établissement « Roulet Distrifood », que la partie adverse est incompétente pour adopter un acte réglementaire définissant ce qu'est une librairie et, incidemment, que cet acte réglementaire a été adopté sans prendre l'avis de la section de législation du Conseil d'État visé à l'article 3 des lois coordonnées.

Les parties intervenantes font leurs arguments de la partie requérante.

Appréciation

Par les actes attaqués, la partie adverse ne s'est pas limitée à définir la notion de « librairie » et à fournir une information sur ce qu'est une librairie au sens de la loi du 7 mai 1999. Elle a imposé des conditions auxquelles il doit être satisfait de manière cumulative pour la procédure d'octroi d'une licence de classe F2 à un libraire.

Or, l'article 43/4, § 5, 1°, de la loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les paris, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs confère au Roi la compétence pour déterminer les conditions auxquelles les libraires doivent satisfaire.

La circonstance que ces conditions n'aient pas été fixées par un arrêté royal n'implique pas que la partie adverse soit autorisée à exercer la compétence conférée au Roi par l'article 43/4, § 5, 1°, précité.

En prescrivant de façon obligatoire des conditions devant être remplies pour l'octroi d'une licence de classe F2 à un libraire, la partie adverse a exercé, sans y être habilitée, un pouvoir réglementaire que l'article 43/4, § 5, 1°, de la loi du 7 mai 1999 attribue au Roi.

En tant qu'il est pris de la violation de l'article 43/4, § 5, 1°, précité et de l'incompétence de l'auteur de l'acte, le premier moyen est fondé.

Il n'y a pas lieu d'examiner les autres moyens qui ne peuvent mener à une annulation plus étendue.

VII. Dépens et indemnité de procédure

Il y a lieu d'accorder à la partie requérante qui le sollicite et qui a obtenu gain de cause une indemnité de procédure au montant de base de 700 euros, à charge de la partie adverse.

Les autres dépens sont mis à charge de la partie adverse à concurrence de 200 euros et à charge des parties intervenantes, à concurrence de 150 euros chacune,

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

Sont annulés le point 16 de la décision de la Commission des jeux de hasard du 22 février 2017 approuvant la définition du terme « librairie » ainsi que le point 4 de la note informative de la Commission des jeux de hasard du 22 février 2017 concernant la définition du terme « librairie ».

Article 2.

Le présent arrêt sera publié par extrait dans les mêmes formes que les actes annulés.

Article 3.

Une indemnité de procédure de 700 euros est accordée à la partie requérante, à charge de la partie adverse.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 500 euros, sont mis à charge de la partie adverse, à concurrence de 200 euros et à charge des parties intervenantes, à concurrence de 150 euros chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XI^e chambre, le
douze mars deux mille dix-neuf par :

Mme Colette DEBROUX,	président de chambre,
M. Luc CAMBIER,	conseiller d'État,
M. Yves HOUYET,	conseiller d'État,
M. Xavier DUPONT,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Xavier DUPONT

Colette DEBROUX