

**Avis de droit**  
**concernant la constitutionnalité d'une réglementation-cadre fédérale**  
**des heures d'ouverture des magasins**

**sur mandat du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO)**

**par**

**Paul Richli**

professeur honoraire de droit public, de droit agraire et de légistique  
à l'Université de Lucerne

**en collaboration avec**

**Marc M. Winistörfer**, MLaw & BA in Political Economics,  
assistant à l'Université de Lucerne

21 avril 2015

## Table des matières

1. Contexte et mandat .....	2
1.1. Contexte .....	2
1.2. Mandat.....	2
2. Démarche et structure .....	3
3. Portée constitutionnelle des art. 5a et 43a Cst. ....	4
3.1. Genèse et interprétation .....	4
3.2. Importance de l’art. 42, al. 2, Cst. et des art. 5a et 43a, al. 1, Cst. dans la pratique des autorités fédérales jusqu’à ce jour	6
4. Compétence de la Confédération d’édicter des dispositions sur l’exercice d’activités économiques lucratives privées (art. 95, al. 1, Cst.) .....	10
4.1. Généralités .....	10
4.2. Réglementations cantonales existantes sur l’exercice d’activités économiques lucratives privées.....	12
5. Eléments d’appréciation de la constitutionnalité de la réglementation fédérale sur les heures d’ouverture des magasins.....	14
5.1. Remarques liminaires .....	14
5.2. La liberté économique inscrite à l’art. 27 Cst. et sa protection .....	14
5.3. Conditions nécessaires à toute restriction de la liberté économique (art. 36 Cst.).....	17
5.4. Garantie de la neutralité concurrentielle .....	19
5.5. Importance de la protection des consommateurs (art. 97, al. 1, Cst.).....	21
5.6. Le principe de subsidiarité inscrit aux art. 5a et 43a, al. 1, Cst.....	22
5.7. Pesée des éléments d’appréciation.....	24
6. Conclusion .....	29

## 1. Contexte et mandat

### 1.1. Contexte

- 1 En vue de la mise en œuvre de la motion Lombardi (12.3637» Force du franc. Harmonisation partielle des heures d’ouverture des magasins»), le Conseil fédéral a préparé un projet de loi fédérale sur les heures d’ouverture des magasins (LOMag). La LOMag prévoit un cadre minimal national pour les heures d’ouverture des magasins du lundi au samedi. Les entreprises du commerce de détail doivent avoir la possibilité d’ouvrir leurs magasins entre 6 heures et 20 heures du lundi au vendredi, et entre 6 heures et 19 heures le samedi. Le travail effectué le dimanche, en soirée ou de nuit n’est pas concerné. Les jours fériés cantonaux et la veille de ceux-ci font exception à la nouvelle réglementation.
- 2 Certains participants à la consultation ont émis des doutes concernant la constitutionnalité de la compétence fédérale en matière d’harmonisation partielle des heures d’ouverture des magasins. Par conséquent, il est demandé au mandataire d’examiner les bases constitutionnelles du projet de loi.

### 1.2. Mandat

- 3 Le SECO formule son mandat de la manière suivante:

- 4 Le mandataire procédera à une expertise afin de déterminer dans quelle mesure l'harmonisation partielle des heures d'ouverture des magasins relève de la compétence de la Confédération.
- 5 Dans son avis et les motivations, le mandataire veillera en particulier aux points suivants:
- Présentation des bases constitutionnelles d'une harmonisation partielle de la réglementation des heures d'ouverture des magasins (cadre minimal) au niveau fédéral.
  - Dans quelle mesure la Confédération a-t-elle compétence, selon l'art. 95 Cst., pour l'harmonisation partielle des heures d'ouverture des magasins?
  - Comment le droit constitutionnel surmonte-t-il le conflit d'objectifs entre, d'une part, l'harmonisation (partielle) et, d'autre part, le droit à l'autonomie des cantons inhérente au fédéralisme suisse (art. 5a, 43a Cst.)?

## 2. Démarche et structure

- 6 Le mandat exige un examen des dispositions de la Constitution (Cst.), en particulier les art. 5a et 43a (principe de subsidiarité), l'art. 95, al. 1, Cst. (compétence de la Confédération pour légiférer sur les activités économiques lucratives privées) et l'art. 27 Cst. (liberté économique). Il s'agit avant tout d'analyser le rapport entre les art. 5a et 43a Cst., et l'art. 95, al. 1, Cst.
- 7 Il semble indiqué, en premier lieu, d'analyser la portée constitutionnelle des art. 5a et 43a (chap. 3). Il s'agira de retracer leur genèse (point 3.1) et de mesurer leur importance dans la pratique des autorités fédérales à ce jour (point 3.2). Ensuite, le mandataire étudiera dans quelle mesure, selon l'art. 95, al. 1, Cst., la Confédération a compétence pour légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées (chap. 4). Il décrira tout d'abord la compétence de la Confédération en général (point 4.1), puis listera les dispositions cantonales en vigueur qui régissent l'exercice des activités économiques lucratives privées (point 4.2). Ces précisions serviront de base pour recenser les arguments en faveur et en défaveur d'une réglementation fédérale des heures d'ouverture des magasins (chap. 5). Après des remarques liminaires (point 5.1), l'étude se focalisera sur la liberté économique au sens de l'art. 27 Cst. (point 5.2) et sur les conditions de sa restriction, énoncées à l'art. 36 Cst. (point 5.3), puis sur la garantie de la neutralité concurrentielle comme principe essentiel de la liberté économique (point 5.4) et sur l'importance de la protection des consommateurs (point 5.5). L'analyse portera ensuite sur le principe de subsidiarité énoncé aux art. 5a et 43a, al. 1, Cst. (point 5.6). Le cœur de l'étude consistera à peser les éléments d'appréciation (point 5.7). Enfin, le résultat de l'analyse sera présenté de manière synthétique. Un contrôle de plausibilité sera en outre effectué: il s'agira de déterminer si, en cas de confirmation de la constitutionnalité de la LOMag, les cantons conserveraient des possibilités de réglementation substantielles concernant les magasins et d'autres activités économiques lucratives privées (chap. 6).

- 8 La protection des travailleurs ne sera pas abordée, car elle est déjà réglée par la législation fédérale sur le travail, qui est exhaustive<sup>1</sup>. Les arguments en lien avec cet aspect avancés lors de la consultation<sup>2</sup> ne seront donc pas pris en considération ici.
- 9 Suivant une autre démarche, il eût également été possible d'examiner uniquement si la limitation à une réglementation-cadre fédérale ne garantit pas en elle-même le principe de subsidiarité de manière suffisante. Cependant, il semble préférable au mandataire de ne pas limiter l'examen à cette question, mais d'effectuer celui-ci pour la réglementation concrètement ancrée dans la LOMag.

### 3. Portée constitutionnelle des art. 5a et 43a Cst.

#### 3.1. Genèse et interprétation

- 10 Les art. 5a et 43a, al. 1, Cst. ont été inscrits dans la Constitution dans le cadre de la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons. Ils s'inspirent de l'art. 42, al. 2, Cst., qui a été abrogé avec la nouvelle répartition des tâches<sup>3</sup>. Ces dispositions, abrogées ou en vigueur, sont reproduites ci-dessous (pour mieux rendre compte du contexte, l'art. 43a est reproduit dans sa totalité):

*Art. 42 Tâches de la Confédération*

<sup>2</sup> *Elle assume les tâches qui doivent être réglées de manière uniforme.*

*Art. 5a Subsidiarité*

*L'attribution et l'accomplissement des tâches étatiques se fondent sur le principe de subsidiarité.*

*Art. 43a Principes applicables lors de l'attribution et de l'accomplissement des tâches étatiques*

<sup>1</sup> *La Confédération n'assume que les tâches qui excèdent les possibilités des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme par la Confédération.*

<sup>2</sup> *Toute collectivité bénéficiant d'une prestation de l'Etat prend en charge les coûts de cette prestation.*

<sup>3</sup> *Toute collectivité qui prend en charge les coûts d'une prestation de l'Etat décide de cette prestation.*

<sup>4</sup> *Les prestations de base doivent être accessibles à tous dans une mesure comparable.*

<sup>5</sup> *Les tâches de l'Etat doivent être accomplies de manière rationnelle et adéquate.*

---

<sup>1</sup> ATF 130 I 279 consid. 2.3.1; cf. aussi PAUL RICHLI, *Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts*, Berne, 2007, n° 295.

<sup>2</sup> Rapport sur les résultats de la consultation du 19 février 2014, pp. 4 s. et 14.

<sup>3</sup> Abrogé par la votation populaire du 28 nov. 2004, avec effet au 1<sup>er</sup> janv. 2008 (AF du 3 oct. 2003, ACF du 26 janv. 2005, ACF du 7 nov. 2007 – RO 2007 5765; FF 2002 2155, FF 2003 6035, FF 2005 883).

- 11 La réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons a provoqué le remplacement, avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2008, de l'art. 42, al. 2, Cst. par les art. 5a et 43a, Cst.<sup>4</sup>. L'intention du Conseil fédéral était de renforcer et de concrétiser les compétences des cantons en complétant l'art. 42, al. 2, Cst. Cette volonté exigeait l'introduction d'une disposition selon laquelle la Confédération assumerait les tâches excédant les possibilités des cantons<sup>5</sup>. Au cours des débats parlementaires, la restriction «ne...que» a été ajoutée à cette disposition sur proposition de la commission spéciale du Conseil des Etats<sup>6</sup>. Cette restriction reflétait à la fois l'élément qui était en vigueur à l'époque (besoin d'une réglementation uniforme) et l'élément nouveau (dépassement des possibilités des cantons).
- 12 Comme relevé à juste titre dans la doctrine, les art. 5a et 43a, al. 1, Cst. obligent le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale à soumettre les lois fédérales au principe de subsidiarité et à justifier la nécessité d'une réglementation fédérale<sup>7</sup>. Le Conseil fédéral lui-même a souligné cette obligation dans son message concernant la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons. Il parle d'un renforcement de l'obligation de justification faite au législateur<sup>8</sup>. La nécessité d'une obligation de justification a aussi été affirmée lors des débats parlementaires<sup>9</sup>.
- 13 Le Conseil fédéral ayant souligné l'importance de l'obligation de motiver et de justifier, cette obligation aurait légitimement pu être inscrite dans la loi sur le Parlement (LParl)<sup>10</sup>. Cela n'a cependant pas été le cas. L'art. 141, al. 2, let. a, LParl dispose:

*<sup>2</sup> Dans son message, le Conseil fédéral motive son projet d'acte et en commente au besoin les dispositions. D'autre part, dans la mesure où des indications substantielles peuvent être fournies, il fait notamment le point sur:*

*a. les bases légales ou constitutionnelles sur lesquelles le projet se fonde, ses effets sur les droits fondamentaux, sa compatibilité avec le droit de rang supérieur et ses relations avec le droit européen;*

- 14 Les art. 5a et 43a, al. 1, Cst. ne prévoient aucun droit fondamental protégé par la Constitution. Ils appartiennent cependant au droit constitutionnel fédéral, c'est-à-dire au droit que le législateur fédéral doit considérer comme de rang supérieur. Le Conseil fédéral devrait donc, dans ses messages, s'exprimer sur

---

<sup>4</sup> Message concernant la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons, FF **2001** 2155.

<sup>5</sup> Message (n. 4), pp. 2202 et 2320.

<sup>6</sup> Cf. BO E **2002** 857.

<sup>7</sup> RAINER J. SCHWEIZER/LUCIEN MÜLLER, *Commentaire saint-gallois relatif à l'art. 43a Cst.*, n° 5.

<sup>8</sup> Voir message (n. 4), p. 2203.

<sup>9</sup> Cf. intervention Vallender, BO N **2003** 953.

<sup>10</sup> RS **171.10**.

la compatibilité du projet avec ces articles constitutionnels. Toutefois, comme expliqué plus bas, cette obligation a jusqu'ici été «oubliée» dans la pratique législative (cf. n° 17 ss.).

- 15 Le principe de subsidiarité inscrit aux art. 5a et 43a, al. 1, Cst. trouve son principal champ d'application dans le domaine des compétences de la Confédération dites «concurrentes»<sup>11</sup>. Il s'agit de compétences de réglementation dont disposent les cantons aussi longtemps que la Confédération n'édicte pas elle-même des règles de droit<sup>12</sup>. L'art. 95, al. 1, Cst., qui est particulièrement pertinent dans le contexte qui nous occupe (voir n° 39 ss.)<sup>13</sup>, compte au rang de ces dispositions.
- 16 Selon la doctrine dominante, le principe de subsidiarité a caractère de principe constitutionnel ou de maxime liée aux institutions politiques et n'est, ainsi, pas juridiquement applicable (pas justiciable)<sup>14</sup>. S'agissant des compétences fédérales, ce principe concerne le Conseil fédéral et les Chambres fédérales, qui, comme relevé précédemment (cf. n° 12 ss.), sont tenus de motiver et de justifier la nécessité d'une réglementation fédérale<sup>15</sup>.

### **3.2. Importance de l'art. 42, al. 2, Cst. et des art. 5a et 43a, al. 1, Cst. dans la pratique des autorités fédérales jusqu'à ce jour**

- 17 Comme expliqué plus haut (n° 12 ss.), les lois fédérales édictées par le Conseil fédéral et les Chambres fédérales doivent impérativement être conformes au principe de subsidiarité inscrit aux art. 5a et 43a, al. 1, Cst. Une obligation similaire existait déjà lorsque l'art. 42, al. 2, Cst. était en vigueur, c'est-à-dire de 2000 à 2008<sup>16</sup>. Ci-dessous figure une liste des importantes lois fédérales qui s'appuient, exclusivement ou non, sur l'art. 95, al. 1, Cst. Pour chacune d'elles, il est brièvement indiqué si la nécessité d'une réglementation fédérale paraît évidente ou si ce n'est pas le cas. Si l'évidence fait défaut, il est précisé si le Conseil fédéral a considéré l'art. 42, al. 2, Cst. ou les art. 5a et 43a, al. 1, Cst. dans ses messages ou rapports de procédure de consultation. Le projet de loi fédérale sur les heures d'ouverture des magasins est commenté à la fin. Les lois et projets de loi sont présentés dans l'ordre chronologique.

---

<sup>11</sup> Cf. aussi RAINER J. SCHWEIZER/LUCIEN MÜLLER, *Commentaire saint-gallois relatif à l'art. 5a Cst.*, n° 24.

<sup>12</sup> Cf. RAINER J. SCHWEIZER, *Commentaire saint-gallois relatif à l'art. 3 Cst.*, n° 16 ss., en particulier n° 18.

<sup>13</sup> Cf. PETER HETTICH, *Commentaire saint-gallois relatif à l'art. 95 Cst.*, n° 4.

<sup>14</sup> Cf. RAINER J. SCHWEIZER/LUCIEN MÜLLER, *Commentaire saint-gallois relatif à l'art. 5a Cst.*, n° 6 ss.; pour aller plus loin, cf. PAUL RICHLI, «Zum rechtlichen Gehalt und zur Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips», *Revue de droit suisse*, 2007, I, 47 ss. (toutefois, cette référence importe peu dans ce contexte).

<sup>15</sup> Cf. RAINER J. SCHWEIZER/LUCIEN MÜLLER, *Commentaire saint-gallois relatif à l'art. 5a Cst.*, n° 21.

<sup>16</sup> Cf. aussi JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zurich/Bâle/Genève, 2003, art. 42, n° 20.

- 18 Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (loi sur les avocats, LLCA)<sup>17</sup>, édictée sur la base de l'art. 95 Cst. La nécessité d'une réglementation fédérale est évidente. Cette loi garantit un standard de qualification national pour l'exercice de la profession d'avocat. La libre circulation inscrite dans la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)<sup>18</sup> n'y suffit pas.
- 19 Loi fédérale du 15 décembre 2000 sur la protection contre les substances et les préparations dangereuses (loi sur les produits chimiques, LChim)<sup>19</sup>, édictée sur la base de l'art. 95, al. 1, de l'art. 110, al. 1, let. a, et de l'art. 118, al. 2, let. a, Cst. La nécessité d'une réglementation fédérale est évidente. Seule la Confédération peut réglementer la libre circulation entre les cantons. Il ne serait guère possible d'établir un concordat entre cantons.
- 20 Loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux (loi sur les produits thérapeutiques, LPTh)<sup>20</sup>, édictée sur la base des art. 95, al. 1, et 118, al. 2, Cst. La nécessité d'une réglementation fédérale est évidente. Le concordat qui a précédé la réglementation fédérale ne pouvait être maintenu.
- 21 Loi fédérale du 23 mars 2001 sur le commerce itinérant<sup>21</sup>, édictée sur la base des art. 95 et 97 Cst. Par cette réglementation, la loi précédente de 1930 sur les voyageurs de commerce est abrogée. La nouvelle loi fait suite à une demande déposée par la Conférence des directeurs des départements cantonaux de justice et police, qui souhaitait une harmonisation du droit sur le commerce itinérant<sup>22</sup>.
- 22 Loi fédérale du 20 juin 2003 sur le transfert international des biens culturels (loi sur le transfert des biens culturels, LTBC)<sup>23</sup>, édictée sur la base des art. 69, al. 2, et 95, al. 1, Cst. La nécessité d'une réglementation fédérale est évidente. Cette loi régit des états de fait qui dépassent les frontières du pays et qui requièrent donc une réglementation nationale.
- 23 Loi fédérale du 19 décembre 2003 sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique (loi sur la signature électronique, SCSE)<sup>24</sup>, édictée sur la base des art. 95, al. 1, et 122, al. 1, Cst. La nécessité d'une réglementation fédérale est évidente. Un tel service de certification doit pouvoir fonctionner selon des standards nationaux.

---

<sup>17</sup> RS 935.61

<sup>18</sup> RS 943.02

<sup>19</sup> RS 813.1

<sup>20</sup> RS 812.21

<sup>21</sup> RS 943.1

<sup>22</sup> Message concernant la loi fédérale sur le commerce itinérant, FF 2000 3857.

<sup>23</sup> RS 444.1

<sup>24</sup> RS 943.03

- 24 Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (loi sur la surveillance de la révision, LSR)<sup>25</sup>, édictée sur la base des art. 95, al. 1, 122, al. 1, et 123, al. 1, Cst. La nécessité d'une réglementation fédérale est évidente. Il existe un lien étroit avec le droit privé réglé au niveau fédéral.
- 25 Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (loi sur les professions médicales, LPMéd)<sup>26</sup>, édictée sur la base de l'art. 95, al. 1, Cst. La nécessité d'une réglementation fédérale est évidente. Cette réglementation fédérale soutient d'importants intérêts en matière de protection de la santé des patients.
- 26 Loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA)<sup>27</sup>, édictée sur la base des art. 95 et 98 Cst. La nécessité d'une réglementation fédérale est évidente. Cette réglementation fédérale soutient des intérêts de haut rang de la Confédération d'ordre économique et systémique.
- 27 Loi fédérale du 20 mars 2009 sur les entreprises de transport par route (LEnTR)<sup>28</sup>, édictée sur la base des art. 63, al. 1, 92 et 95, al. 1, Cst. La nécessité d'une réglementation fédérale est évidente. Cette réglementation est en lien avec la réforme des chemins de fer et s'applique à des états de fait qui dépassent les frontières nationales.
- 28 Loi du 20 mars 2009 sur les conseils en brevets (LCBr)<sup>29</sup>, édictée sur la base de l'art. 95 Cst. La nécessité d'une réglementation fédérale est évidente. Comme pour la loi sur la libre circulation des avocats, il s'agit de garantir un standard de qualification national pour l'exercice de la profession. L'inscription de la libre circulation dans la LMI ne suffit pas.
- 29 Loi fédérale du 12 juin 2009 sur la sécurité des produits (LSPro)<sup>30</sup>, édictée sur la base des art. 95, al. 1, 97, al. 1, et 110, al. 1, let. a, Cst. La nécessité d'une réglementation fédérale est évidente. Il s'agit de la protection d'importants intérêts des utilisateurs des produits, qui requiert une réglementation fédérale.
- 30 Loi fédérale du 18 juin 2010 sur le numéro d'identification des entreprises (LIDE)<sup>31</sup>, édictée sur la base des art. 59, al. 4, 61, al. 4, 65, al. 2, 77, al. 2, 80, al. 1 et 2, 95, al. 1, 104, al. 1, 112, al. 1, 113, al. 1, 114, al. 1, 116, al. 2 et 3, 117, al. 1, 118, al. 2, let. a et b, 122, al. 1, et 130, al. 1, Cst. La nécessité d'une réglementation fédérale est évidente. Cette réglementation est en lien avec la statistique fédérale.

---

<sup>25</sup> RS 221.302

<sup>26</sup> RS 811.11

<sup>27</sup> RS 956.1

<sup>28</sup> RS 744.10

<sup>29</sup> RS 935.62

<sup>30</sup> RS 930.11

<sup>31</sup> RS 431.03



- 31 Loi fédérale du 17 décembre 2010 sur les guides de montagne et les organisateurs d'autres activités à risque<sup>32</sup>, édictée sur la base des art. 63, al. 1, 95 et 97 Cst. La nécessité d'une réglementation fédérale est beaucoup moins évidente que pour les professions médicales. Le besoin de sécurité des clients peut certes être invoqué comme argument en faveur d'une réglementation fédérale, notamment en raison des touristes étrangers. Cependant, tous les cantons n'ont pas besoin de réglementation en la matière, car en principe, ce n'est que dans les cantons de montagne que des activités à risque de ce genre peuvent être proposées aux touristes. Ainsi, la question d'un concordat entre les cantons concernés aurait tout au moins mérité d'être examinée.
- 32 Loi fédérale du 18 mars 2011 sur les professions relevant du domaine de la psychologie (loi sur les professions de la psychologie, LPsy)<sup>33</sup>, édictée sur la base des art. 95, al. 1, et 97, al. 1, Cst. La nécessité d'une réglementation fédérale est, ici, tout à fait évidente. Il s'agit de soutenir des intérêts de haut niveau en matière de protection de la santé, qui ne peuvent guère être garantis par voie de concordat; en outre, il existe de bonnes raisons d'établir un standard de qualification national pour l'exercice des professions concernées.
- 33 Loi fédérale du 17 juin 2011 sur la métrologie (LMétr)<sup>34</sup>, édictée sur la base des art. 95, al. 1, et 125, Cst. La nécessité d'une réglementation fédérale est évidente. La réglementation des mesures est harmonisée depuis longtemps sur le plan international, ce qui exclut d'office toute réglementation cantonale.
- 34 Loi fédérale du 14 décembre 2012 portant sur l'obligation des prestataires de services de déclarer leurs qualifications professionnelles dans le cadre des professions réglementées et sur la vérification de ces qualifications (LPPS)<sup>35</sup>, édictée sur la base de l'art. 95, al. 1, Cst. La nécessité d'une réglementation fédérale est évidente, puisqu'il s'agit d'états de fait qui dépassent les frontières nationales (ici, la vérification de qualifications acquises à l'étranger pour une profession réglementée en Suisse).
- 35 Loi fédérale du 21 mars 2014 sur les produits de construction (LPCo)<sup>36</sup>, édictée sur la base des art. 95, 97 et 101 Cst. La nécessité d'une réglementation fédérale est évidente. La loi soutient des intérêts analogues à ceux que protège la réglementation de la sécurité des produits.
- 36 Avant-projet (sans date) de loi fédérale sur les professions de la santé devant être édictée sur la base de l'art. 95, al. 1, Cst. La nécessité d'une réglementation fédérale n'est, ici, pas aussi évidente que dans le

---

<sup>32</sup> RS 935.91

<sup>33</sup> RS 935.81

<sup>34</sup> RS 941.20

<sup>35</sup> RS 935.01

<sup>36</sup> RS 933.0

cas de la loi sur les professions médicales. Le rapport du 13 décembre 2013 sur les résultats de la procédure de consultation ne comporte aucune analyse relative aux art. 5a et 43a, al. 1, Cst.<sup>37</sup>.

- 37 Projet de loi fédérale sur les heures d'ouverture des magasins (date du message) devant être édictée sur la base de l'art. 95 Cst. Dans son message, le Conseil fédéral s'exprime au sujet du rapport avec l'art. 43a Cst. dans les termes suivants<sup>38</sup>:

*Par ailleurs, le projet proposé, loin de constituer une réglementation fédérale exhaustive, se borne à définir un standard minimal national (...) La solution retenue est également conforme au principe de subsidiarité inscrit à l'art. 43a, al. 1, Cst.: d'un côté, le cadre général minimal prévu sert la création d'un espace économique unique, de l'autre, la possibilité de prévoir des heures d'ouverture plus longues tient compte de la diversité des intérêts cantonaux.*

- 38 À la lumière de l'aperçu présenté ci-dessus, nous pouvons constater que la plupart des réglementations fédérales s'appuyant sur l'art. 95, al. 1, Cst. pour l'exercice d'activités économiques lucratives privées n'ont pas pour seul motif la création d'un marché intérieur. Ce seul objectif ne suffirait pas à justifier une réglementation fédérale, puisque la LMI garantit déjà, en principe, la libre circulation des agents économiques. Même lorsque la nécessité d'une réglementation fédérale semble évidente, un examen des art. 43a, al. 1, et 5a, Cst. est tout de même indiqué. Si cet examen fait défaut, l'obligation inscrite à l'art. 3 Cst. d'observer le principe de la souveraineté cantonale n'est pas remplie. Seul le message concernant la loi sur les heures d'ouverture des magasins (LOMag) fait exception à cette omission, ce qui est à saluer. Cependant, il se limite à une prise de position (trop) sommaire<sup>39</sup>. Nous y reviendrons plus loin (n° 107 ss.).

## **4. Compétence de la Confédération d'édicter des dispositions sur l'exercice d'activités économiques lucratives privées (art. 95, al. 1, Cst.)**

### **4.1. Généralités**

- 39 L'art. 95, al. 1, Cst. confère à la Confédération une compétence globale pour édicter des dispositions sur l'exercice d'activités économiques lucratives privées. Cette compétence est dite «concurrente» ou «à force dérogatoire subséquente». Ainsi, les cantons ont compétence pour légiférer à propos d'une activité

---

<sup>37</sup> Voir le site internet de l'Office fédéral de la santé publique: [www.bag.admin.ch/themen/berufe/index.html?lang=fr](http://www.bag.admin.ch/themen/berufe/index.html?lang=fr)

<sup>38</sup> Message du 28 novembre 2014 concernant la loi fédérale sur les heures d'ouverture des magasins, FF **2015** 733.

<sup>39</sup> Pour une autre critique de la maigre argumentation du Conseil fédéral, voir aussi GIOVANNI BIAGGINI, «Der Bund in der ambivalenten Rolle des Konfliktlösers und Streitschlichters – eine wenig beachtete Facette des Föderalismus», *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht* (ZB1), 2015, p. 57.

économique lucrative privée aussi longtemps que la Confédération n'a édicté aucune réglementation (exhaustive) en la matière<sup>40</sup>. Sont admises en particulier les réglementations en matière de police économique et en matière de politique sociale ainsi que les mesures de promotion économique. Des limitations peuvent aussi être imposées dans d'autres domaines (protection de l'environnement, politique énergétique, etc.). Ce faisant, la Confédération est tenue d'observer le principe de la liberté économique (art. 94, al. 4, Cst.)<sup>41</sup>.

40 À l'inverse, aussi longtemps que la Confédération n'édicte aucune loi en la matière, les cantons ont compétence en particulier dans les domaines suivants<sup>42</sup>: réglementations de police économique sur l'exercice d'activités économiques, réglementations en matière économique compatibles avec le principe de la liberté économique, comme la promotion économique, mais aussi en matière de politique sociale, d'aménagement du territoire, de politique d'approvisionnement, de politique environnementale, de politique culturelle, de politique de la santé et de politique énergétique. Enfin, les cantons jouissent encore de droits régaliens historiques (art. 94, al. 4, Cst.) et de monopoles non fiscaux. Les cantons ne peuvent en principe plus légiférer en matière de protection des travailleurs, car cette protection a fait l'objet d'une réglementation fédérale exhaustive. Ils ne peuvent plus protéger que des personnes non soumises à la loi sur le travail, comme les propriétaires de magasins<sup>43</sup>.

41 Actuellement, les différences d'heures d'ouverture entre les magasins situés dans les centres de transports publics et ceux se trouvant dans le reste de l'espace urbain créent des problèmes lorsqu'elles entraînent des distorsions de concurrence et par là même sont incompatibles avec le principe de neutralité concurrentielle compris dans la liberté économique. Le Tribunal fédéral a néanmoins tranché en faveur de la réglementation du canton de Zurich sur les heures d'ouverture dominicales des magasins situés dans les centres zurichois de transports publics, arguant que la distorsion de concurrence causée par cet état de fait était compensée par l'intérêt public lié au repos nocturne et dominical: l'atteinte à cet intérêt public serait moindre si l'on ne pouvait faire des achats en dehors des heures d'ouverture habituelles que dans les centres de transports publics<sup>44</sup>. Cette décision s'explique toutefois en grande partie par les dispositions fédérales relatives aux chemins de fer, qui priment les réglementations cantonales sur les heures d'ouverture des magasins<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> Cf. RICHLI (n. 1), n° 587 ss. et 600 ss.

<sup>41</sup> Cf. RICHLI (n. 1), n° 599.

<sup>42</sup> Cf. RICHLI (n. 1), n° 605.

<sup>43</sup> Cf. RICHLI (n. 1), n° 295; ATF 130 I 279 consid. 2.3.1.

<sup>44</sup> ATF 125 I 431.

<sup>45</sup> Cf. RICHLI (n. 1), n° 335.

## 4.2. Réglementations cantonales existantes sur l'exercice d'activités économiques lucratives privées

- 42 Un aperçu sommaire des réglementations cantonales encore existantes sur l'exercice d'activités économiques lucratives privées est présenté ci-après. Son objectif est d'illustrer la marge de manœuvre réglementaire dont disposent encore les cantons. Cet aperçu est important pour effectuer une pesée des intérêts entre la Confédération et les cantons s'agissant des heures d'ouverture des magasins. Il constitue aussi une base de réflexion pour déterminer si les cantons conserveraient des compétences en cas d'adoption d'une réglementation fédérale telle que prévue par la LOMag (voir à ce propos n° 100 ss.).
- 43 Sur les 26 cantons, seuls dix (Appenzell Rhodes-Intérieures<sup>46</sup>, Berne<sup>47</sup>, Fribourg<sup>48</sup>, Glaris<sup>49</sup>, Jura<sup>50</sup>, Lucerne<sup>51</sup>, Neuchâtel<sup>52</sup>, Soleure<sup>53</sup>, Vaud<sup>54</sup>, Valais<sup>55</sup>) disposent d'une législation qui réunit les dispositions sur les activités économiques lucratives privées pour différentes branches (p. ex. le divertissement ou les taxis) ou formes de vente (p. ex. les marchés) en un acte législatif. Le champ d'application matériel varie considérablement d'un canton à l'autre<sup>56</sup>. Les différentes lois cantonales sur la police du commerce régissent les activités suivantes<sup>57</sup>:
- commerce d'armes\* (JU, NE)
  - commerce d'explosifs\* (NE)
  - commerce d'objets pornographiques (FR, VS)
  - commerce d'occasions (NE, VD)
  - commerce de boissons alcooliques (BE, FR, NE, SO, VS)

---

<sup>46</sup> Gesetz vom 30. April 1989 über die Handels- und Gewerbepolizei, 930.000.

<sup>47</sup> Loi du 4 novembre 1992 sur le commerce et l'industrie, RSB 930.1.

<sup>48</sup> Loi du 25 septembre 1997 sur l'exercice du commerce, RSF 940.1.

<sup>49</sup> Gesetz vom 5. Mai 2013 über die Handels- und Gewerbetätigkeiten, GS IX B/25/1.

<sup>50</sup> Loi sur les activités économiques du 26 septembre 2007, RSJU 930.1.

<sup>51</sup> Gewerbepolizeigesetz vom 23. Januar 1995, SRL 955.

<sup>52</sup> Loi sur la police du commerce du 18 février 2014, RSN 941.01.

<sup>53</sup> Wirtschafts- und Arbeitsgesetz vom 27. August 2014 (acceptée en votation populaire le 8 mars 2015; date prévue d'entrée en vigueur: 1<sup>er</sup> janvier 2016).

<sup>54</sup> Loi sur l'exercice des activités économiques du 31 mai 2005, RSV 930.01.

<sup>55</sup> Loi du 8 février 2007 sur la police du commerce, Recueil systématique des lois valaisannes 930.1.

<sup>56</sup> Pour une partie des lois sur la police du commerce, le champ d'application matériel s'étend à certaines branches ou formes de vente énumérées de manière exhaustive. Dans d'autres cantons, le champ d'application matériel comprend en principe l'ensemble des activités économiques; ces cantons disposent cependant d'autres dispositions à caractère de loi spéciale sur l'exercice d'activités économiques lucratives privées.

<sup>57</sup> Pour les activités économiques lucratives privées marquées d'un astérisque, les dispositions cantonales sont des dispositions d'exécution du droit fédéral.

- commerce de détail (NE)
- commerce de métaux précieux\* (NE)
- commerce de tabac (BE, FR, GL, NE, VD, VS)
- commerce itinérant\* (AI, FR, GL, JU, LU, NE, VD, VS)
- courtage matrimonial\* (JU, SO, VD)
- détention et conduite de taxis (BE, NE)
- divertissement (BE, LU, SO)
- emploi de l'hypnose et d'autres formes d'emprise psychique à des fins thérapeutiques (VD).
- exercice d'une activité de détective ou d'agent d'investigation privé (NE)
- exploitation d'appareils à sous servant aux jeux d'adresse ou de hasard\* (BE, JU, LU, NE, SO, VS)
- exploitation d'un institut de beauté (NE)
- exploitation d'un solarium (NE, VD)
- exploitation d'un studio de tatouage et de piercing (NE)
- exploitation d'une piscine publique (NE)
- exploitation de distributeurs de biens et de services (AI, NE, VD, VS)
- exploitation de salon de jeux (VS)
- expositions et manifestations (AI, GL, LU, VD, VS)
- guides de montagne et activités à risque proposées à titre professionnel\* (GL, JU, SO, VD)
- hôtellerie et restauration (NE, SO)
- manifestations cinématographiques publiques (GL, LU, SO)
- marchés (AI, GL, JU, LU, NE, VS)
- octroi et courtage de crédits à la consommation\* (BE, FR, JU, LU, NE, SO, VD)
- organisation de cours de sports de neige pour mineurs (VD)
- organisation de foires et d'expositions (commerciales) (JU, VS)
- organisation de loteries et de paris\* (JU, NE, SO)
- prêt sur gage\* (JU, VD)
- prostitution et mise à disposition de locaux à cet effet (SO)
- recouvrement de créances pour des tiers exercé à titre professionnel (LU)
- vente aux enchères de biens meubles (VD)
- vente et location de supports multimédias tels que des DVD ou cassettes vidéo, revues, livres, jeux ou autres objets (VS).

44 Dans les 16 cantons restants (Appenzell Rhodes-Extérieures, Argovie, Bâle-Campagne, Bâle-Ville, Genève, Grisons, Nidwald, Obwald, Saint-Gall, Schaffhouse, Schwytz, Tessin, Thurgovie, Uri, Zoug et Zurich), les dispositions sur l'exercice d'activités économiques lucratives privées sont édictées dans différentes lois spéciales cantonales (p. ex. lois sur l'hébergement ou sur les taxis) ou relèvent en grande partie de la compétence des communes.

## **5. Eléments d'appréciation de la constitutionnalité de la réglementation fédérale sur les heures d'ouverture des magasins**

### **5.1. Remarques liminaires**

45 Pour apprécier la constitutionnalité de la réglementation fédérale sur les heures d'ouverture des magasins, c'est-à-dire sa compatibilité avec les art. 5a et 43a, al. 1, Cst., il convient de faire ressortir plusieurs éléments et de les mettre en balance.

46 La réflexion doit s'amorcer par la liberté économique inscrite à l'art. 27 Cst. (ch. 5.2). Il s'agit ensuite d'examiner si les possibilités de restriction de ce droit fondamental, prévues à l'art. 36 Cst., sont importantes (ch. 5.3). Il est également intéressant de savoir s'il existe des éléments d'appréciation (ch. 5.5) sous les aspects de la protection des consommateurs, qui est confiée à la Confédération (art. 97, al. 1, Cst.). Il convient ensuite de revenir sur le principe de subsidiarité, déjà évoqué, et d'aller plus loin dans l'analyse de ce point (ch. 5.6). Enfin, il s'agit de soupeser ces éléments (ch. 5.7).

### **5.2. La liberté économique inscrite à l'art. 27 Cst. et sa protection**

47 Il convient d'apprécier les réglementations sur les heures d'ouverture des magasins à la lumière de la liberté économique inscrite à l'art. 27 Cst., une base nécessaire pour bien comprendre la thématique sous l'angle du droit constitutionnel.

48 L'art. 27 Cst. sur la liberté économique est libellé comme suit:

*Art. 27 Liberté économique*

<sup>1</sup> *La liberté économique est garantie.*

<sup>2</sup> *Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice.*

49 La liberté économique (art. 27 Cst.) permet, avec la garantie de la propriété (art. 26 Cst.), la liberté de mouvement et d'action des personnes et des entreprises sur les marchés des biens et des services. Elle est

associée à des notions économiques telles qu'économie de marché ou économie des transports, concurrence, offre, demande, prix, pertes et profits<sup>58</sup>.

- 50 La liberté économique et la garantie de la propriété sont des droits fondamentaux essentiels de la constitution économique. Ces deux droits fondamentaux mis à part, celle-ci comprend notamment les compétences réglementaires et les politiques de la Confédération en matière économique<sup>59</sup>. La liberté économique, le plus important de ces deux droits fondamentaux, est essentielle à la constitution du régime économique<sup>60</sup>.
- 51 Formulée en termes simples et généraux, la liberté économique – la Constitution de 1874 parlait de «liberté du commerce et de l'industrie» – est la liberté garantie par le droit fondamental de choisir librement une formation professionnelle et une activité professionnelle, d'entreprendre et d'exercer librement une activité économique lucrative privée, à titre principal ou accessoire, temporairement ou pour une durée indéterminée<sup>61</sup>. Vouloir réaliser des profits est la règle, mais avoir l'intention d'exercer une activité lucrative suffit<sup>62</sup>.
- 52 La liberté économique remplit plusieurs fonctions. Trois fonctions font aujourd'hui l'unanimité: la fonction de droit individuel, la fonction institutionnelle ou constitutive et la fonction fédérative (qui vise la création d'un marché intérieur intégré)<sup>63</sup>. Il arrive que l'on mette également en avant une fonction démocratique, signifiant que toute dérogation au principe de la liberté économique requiert une base constitutionnelle<sup>64</sup>.
- 53 La Constitution fait la distinction entre la liberté économique en tant que droit fondamental (art. 27 Cst.) et le principe de la liberté économique (art. 94, al. 1, Cst., en particulier). Ce principe va au-delà du droit fondamental en tant que droit individuel. Il assoit la décision constitutionnelle fondamentale pour une économie fondée sur le marché et la concurrence<sup>65</sup>.
- 54 Selon l'interprétation traditionnelle, seule approche retenue dans le contexte qui nous occupe, les droits fondamentaux sont essentiellement les droits individuels qui ont une fonction première de défense contre

---

<sup>58</sup> Cf. RICHLI (n. 1), n° 73.

<sup>59</sup> Cf. RICHLI (n. 1), n° 69 ss.

<sup>60</sup> Cf. RICHLI (n. 1), n° 97.

<sup>61</sup> Cf. KLAUS A. VALLENDER, *Commentaire saint-gallois relatif à l'art. 27 Cst.*, n° 22 ss.; ATF **116** Ia 118 consid. 3; ATF **122** I 130 consid. 3a.

<sup>62</sup> Cf. RICHLI (n. 1), n° 132; ATF **97** I 116 consid. 4; ATF **109** Ia 116 consid. 4b; ATF **116** Ia 118 consid. 3.

<sup>63</sup> V. à ce sujet en général: ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI, MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse, Volume II: Les droits fondamentaux*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2013, n° 897 ss.; en particulier 915 ss.; KLAUS A. VALLENDER, *Commentaire saint-gallois relatif à l'art. 27 Cst.*, n° 4 ss.

<sup>64</sup> Cf. RICHLI (n. 1), n° 133.

<sup>65</sup> Cf. RICHLI (n. 1), n° 134; AUBERT/MAHON (n. 16), art. 94 Cst., n° 5 s.

les atteintes non admises par la Constitution à la liberté individuelle (protection de la liberté contre les atteintes de l'Etat). La portée essentielle des droits liés à la liberté et de la liberté économique réside dans cette fonction individuelle<sup>66</sup>. La composante de droit individuel de la liberté économique protège, sur le plan objectif, de nombreux domaines d'activités, en particulier le libre choix du lieu d'établissement, le libre choix des travailleurs, le libre choix de la forme des relations commerciales avec les fournisseurs et les clients, le libre choix des moyens d'exploitation objectifs ainsi que, particulièrement pertinent ici, la libre organisation des conditions d'exploitation et, par conséquent, des heures d'ouverture des magasins<sup>67</sup>.

- 55 Si l'on se penche sur les résultats de la procédure de consultation, on constate que ce pilier de la liberté économique est dans l'intérêt des magasins. Tant les représentants des commerçants (Union suisse des arts et métiers) que les détaillants et d'autres milieux (en particulier Allianz Detailhandel/Gewerbe/Gemeinden/Tourismus/Konsumenten) sont clairement favorables à la libéralisation visée, selon leurs représentants<sup>68</sup>.
- 56 La fonction fédérative de la liberté économique est capitale dans une perspective historique. Elle figurait également dans l'ancienne Constitution. On parlait alors de la liberté du commerce et de l'industrie, et celle-ci était garantie sur tout le territoire de la Confédération (art. 31, al. 1, aCst.). Dans la nouvelle Constitution, cette composante du droit fondamental se retrouve dans la section consacrée à l'économie et a été formulée en tant que mandat législatif (art. 95, al. 2, Cst.)<sup>69</sup>.
- 57 Cette fonction fédérative est développée dans la loi sur le marché intérieur (LMI)<sup>70</sup>, où il est surtout question, par analogie, du principe «Cassis de Dijon» développé par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Le principe est le suivant: pour la protection des intérêts publics, c'est le droit du canton de provenance (principe de la provenance) qui s'applique. Un niveau de protection plus élevé dans l'Etat de destination requiert une motivation particulière. Appliqué à la Suisse, cela signifie que toutes les entités de droit économique peuvent exercer leur activité sans restriction sur l'ensemble du territoire suisse; en d'autres termes, elles doivent pouvoir jouir de la libre circulation entre les cantons<sup>71</sup>. A titre d'exemple, le canton de Vaud peut édicter une interdiction d'envoyer dans son canton des médicaments par la poste à l'encontre d'une pharmacie du canton de Soleure uniquement s'il peut établir la preuve que les dispositions du canton de provenance ne sont pas suffisantes pour la protection de la santé publique dans le canton de Vaud. Ce dernier n'a pas été en mesure de le démontrer dans le cas d'espèce, raison pour

---

<sup>66</sup> Cf. RICHLI (n. 1), n° 135; KLAUS A. VALLENDER, *Commentaire saint-gallois relatif à l'art. 27 Cst.*, n°7 ss.

<sup>67</sup> Cf. RICHLI (n. 1), n° 188.

<sup>68</sup> V. le rapport sur les résultats de la consultation du 19.2.2014, (n. 2), p. 5 ss.

<sup>69</sup> Cf. RICHLI (n. 1), n° 147; AUBERT/MAHON (n. 16), art. 95 Cst., n° 10.

<sup>70</sup> **RS 943.02**

<sup>71</sup> Cf. RICHLI (n. 1), n° 148; KLAUS A. VALLENDER, *Commentaire saint-gallois relatif à l'art. 27 Cst.*, n° 5.



laquelle le Tribunal fédéral a déclaré que l'interdiction ne répondait pas au principe de la proportionnalité et qu'elle n'était pas admise<sup>72</sup>.

- 58 Dans le contexte qui nous occupe, la discussion ne porte pas sur les barrières économiques intérieures. Il s'agit uniquement des heures d'ouverture des magasins. Ces heures d'ouverture ne sont pas identiques dans tous les cantons, mais ces disparités n'influent nullement sur l'offre des magasins. La fonction fédérative de la liberté économique n'est pas affectée dans ces conditions, contrairement à ce qui est affirmé dans la motion Lombardi et le message sur la LOMag<sup>73</sup>. Dans sa jurisprudence, la CJUE ne voit pas non plus de restriction du marché intérieur européen dans le fait que les heures d'ouverture des magasins soient différentes dans les Etats membres, estimant que les législations nationales relatives aux heures d'ouverture ne limitent pas les échanges entre ceux-ci. Cette position découle de la jurisprudence dite Keck de la CJUE, selon laquelle certaines modalités de vente comme les heures d'ouverture des magasins ne sont pas de nature à limiter les échanges entre les Etats membres<sup>74</sup>. Par contre, des heures d'ouverture différentes peuvent toucher la neutralité concurrentielle, c'est-à-dire entraîner des distorsions de concurrence<sup>75</sup>. Cette question sera abordée plus bas (n° 67 ss.).
- 59 Si l'on examine les réglementations sur les heures d'ouverture des magasins à la lumière de la liberté économique en tant que droit fondamental destiné à protéger le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice, ces réglementations constituent des restrictions aux droits fondamentaux. Les magasins ne peuvent être ouverts comme bon leur semble, mais doivent respecter des heures d'ouverture. En l'occurrence, il convient d'examiner si, dans le contexte qui nous occupe, les conditions pour une restriction d'un droit fondamental sont respectées, comme le prévoit l'art. 36 Cst. d'une manière générale pour tous les droits fondamentaux

### **5.3. Conditions nécessaires à toute restriction de la liberté économique (art. 36 Cst.)**

- 60 L'art. 36 Cst. prévoit comme suit les conditions auxquelles sont soumises les restrictions opposables aux droits fondamentaux:

*Art. 36 Restriction des droits fondamentaux*

*<sup>1</sup> Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés.*

---

<sup>72</sup> ATF 125 I 474

<sup>73</sup> Cf. message (n. 38), p. 713 et 733.

<sup>74</sup> Cf. affaires C-267/91 et 268/91; rec. 1993, I-609; à ce sujet, p. ex. KHAN/EISENHUT, in: Christoph Vedder, Wolff Heintschel von Heinegg (éd.), *Europäisches Unionsrecht, Handkommentar*, Baden-Baden 2012, art. 34 TFUE, n° 28 ss.

<sup>75</sup> Cf. message (n. 38), p. 733.

<sup>2</sup> *Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui.*

<sup>3</sup> *Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.*

<sup>4</sup> *L'essence des droits fondamentaux est inviolable.*

- 61 Dans le contexte qui nous occupe, la base légale (al. 1) ne fait aucun doute. Il faut justement créer une loi fédérale, et cette base légale est suffisamment concrète puisqu'elle définit clairement les heures d'ouverture autorisées, établissant ainsi un cadre réglementaire pour les cantons et les commerces.
- 62 La protection de l'essence de la liberté économique (al. 4) n'est pas touchée. L'essence de ce droit fondamental n'est pas affectée par les heures d'ouverture des magasins. Il y aurait violation dans le cas où, par exemple, l'ensemble de l'économie serait étatisée ou que les prix seraient fixés par l'Etat sur l'ensemble du territoire<sup>76</sup>.
- 63 En conséquence, il reste à examiner si la réglementation proposée dans le projet de LOMag respecte les impératifs liés à l'intérêt public ou à la protection des droits fondamentaux de tiers (al. 2), ou à la proportionnalité (al. 3). La question présuppose une restriction de la liberté économique. Or, dans le contexte qui nous occupe, la réglementation-cadre de la Confédération n'entraîne aucune restriction. Au contraire, la LOMag vise dans une certaine mesure à éliminer les restrictions cantonales. La situation juridique reste inchangée dans les cantons qui ne connaissent actuellement pas de restrictions dans les heures d'ouverture des magasins<sup>77</sup>.
- 64 Par contre, le Conseil fédéral semble y voir une restriction. Il estime en effet que la réglementation fédérale constitue une restriction de la liberté économique compatible avec les droits fondamentaux, jugeant qu'elle est justifiée par un intérêt public, à savoir la tranquillité et le maintien de l'ordre public. Il argue également de la proportionnalité de la réglementation, sans toutefois donner davantage de précision<sup>78</sup>.
- 65 Si l'on fait sienne l'interprétation proposée dans le message du Conseil fédéral, on pourrait et on devrait se poser la question de savoir ce que recouvrent les intérêts publics invoqués. Dire que la réglementation-cadre sur les heures d'ouverture des magasins sert la tranquillité et le maintien de l'ordre public est un constat très général, voire trop général. Certaines réglementations cantonales et communales moins étendues, c'est-à-dire qui limitent les heures d'ouverture des magasins le soir et le samedi, servent tout autant la tranquillité et l'ordre que la réglementation visée par le Conseil fédéral. Cela n'empêche pas des réglementations plus libérales. Il est possible de justifier de façon plus convaincante la réglementation-cadre du Conseil fédéral, selon l'interprétation représentée ici, en invoquant l'amélioration de la neutralité concurrentielle comprise dans la liberté économique (art. 27 Cst.) et dans le principe de la liberté économique

---

<sup>76</sup> Cf. RICHLI (n. 1), n° 324.

<sup>77</sup> Cf. message (n. 38), p. 713 et 733.

<sup>78</sup> Cf. message (n. 38), p. 733.

(art. 94, al. 1, Cst.). Les magasins situés dans les cantons prévoyant des heures d'ouverture des magasins plus restrictives seraient mieux servis par la LOMag vis-à-vis des magasins situés dans les gares, les aéroports et les stations-service ou à l'étranger, qui bénéficient d'un régime plus libéral, pour autant qu'ils desservent le même marché géographique pertinent (cf. ci-après n° 67 ss.).

- 66 En conséquence, dans le contexte qui nous occupe, il s'avère que l'art. 36 Cst. n'est, somme toute, guère important pour apprécier la constitutionnalité de la LOMag. Sous l'angle du droit constitutionnel, l'aspect central réside plutôt dans la question de savoir quel poids attribuer à la protection de la liberté économique et de la neutralité concurrentielle qu'elle implique (art. 27 Cst.) par rapport à la protection du principe de subsidiarité (art. 5a et 43a, al. 1, Cst.).

#### 5.4. Garantie de la neutralité concurrentielle

- 67 Les distorsions de concurrence sont abordées dans le message concernant la loi fédérale sur les heures d'ouverture des magasins: elles découlent, d'une part, de la disparité des heures d'ouverture des magasins dans les cantons et à l'étranger et, d'autre part, des dispositions du droit fédéral concernant les magasins des gares, des aéroports et des stations-service. Selon le message, des magasins dans les cantons et à l'étranger et les magasins dans les gares, les aéroports et les stations-service profitent d'heures d'ouverture plus longues, ce qui entraîne des distorsions de concurrence au détriment des magasins qui doivent respecter des heures d'ouverture limitées<sup>79</sup>. Les heures d'ouverture plus longues des magasins situés de l'autre côté de la frontière favorisent, selon une opinion largement répandue, le tourisme d'achat, ce qui justifierait ou exigerait d'instaurer des conditions similaires en Suisse<sup>80</sup>. La motion Lombardi transmise par les deux Chambres et à laquelle le projet de LOMag donne suite avance les mêmes arguments<sup>81</sup>.
- 68 La protection de la neutralité concurrentielle, ou l'impératif d'égalité de traitement des commerçants, est couvert par le domaine de protection de la liberté économique (art. 27 Cst.), en relation avec les principes encadrant l'ordre économique (art. 94, al. 4, Cst.)<sup>82</sup>. Le Tribunal fédéral reconnaît avec raison depuis longtemps le lien avec la liberté économique (anc. liberté du commerce et de l'industrie) qu'impliquent les réglementations cantonales régissant les heures d'ouverture des magasins<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> Cf. message (n. 38), p. 726 et 733; par analogie également p. 713, 717 et 723, où la notion de compétitivité apparaît partiellement, ensuite p. 714, où il est question de «conditions de concurrence plus équitables», puis p. 728, où l'on dit que la loi «vise à créer un cadre concurrentiel identique» et enfin p. 729, où les conditions de concurrence sont abordées.

<sup>80</sup> Cf. rapport sur les résultats de la consultation (n. 2), p. 10.

<sup>81</sup> Motion 12.3637 – Force du franc. Harmonisation partielle des heures d'ouverture des magasins, BO E 2013 564; BO N 2013 359 ss.

<sup>82</sup> Cf. RICHLI (n. 1), n° 328; KLAUS A. VALLENDER, *Commentaire saint-gallois relatif à l'art. 27 Cst.*, n° 28 s.

<sup>83</sup> Cf. RICHLI (n. 1), n° 328 ss.; p. ex. ATF 91 I 98; et, en particulier, ATF 121 I 129 en rapport avec les taxis.

- 69 Par souci d'exhaustivité, il convient de relever que les magasins qui doivent respecter des heures d'ouverture limitées ne sont pas tous affectés en termes de neutralité concurrentielle. Ils le sont uniquement si, dans un rayon géographique pertinent, d'autres magasins ne sont pas tenus de respecter des heures d'ouverture limitées dans des conditions comparables. Cette relativisation est requise par des considérations relevant du droit des cartels. Il peut y avoir des distorsions de concurrence uniquement si le comportement cartellaire déploie des effets sur le marché géographique pertinent<sup>84</sup>. Dans le cadre d'un contrôle de concentrations d'entreprises effectué en 1997, la Commission de la concurrence a choisi une valeur indicative de 20 minutes de trajet en voiture pour définir le marché géographique pertinent pour les entreprises du commerce de détail. Mais cette valeur indicative augmente si la mobilité est plus grande et si le prix des marchandises est plus élevé<sup>85</sup>. La Commission de la concurrence constate en principe, en précisant son appréciation, que les points de vente de biens de consommation courante présentent des bassins nettement plus petits que les biens de consommation non courante<sup>86</sup>. La Commission de la concurrence a précisé sa pratique par la suite: elle fixe les rayons des marchés locaux à 10 minutes pour les petits supermarchés, à 15 minutes pour les supermarchés et à 20 minutes pour les hypermarchés<sup>87</sup>. En tout état de cause, du point de vue des consommateurs, le marché géographique pertinent dans le commerce de détail ne va pas au-delà du niveau régional, voire local<sup>88</sup>.
- 70 Protéger la neutralité concurrentielle, c'est aussi garantir la liberté économique. Toutefois, la disparité des réglementations cantonales ne va pas forcément à l'encontre du principe de la neutralité concurrentielle. Il s'agit plutôt d'admettre les distorsions de concurrence qu'elle génère comme une conséquence de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons et de l'autonomie réglementaire des cantons. Cette différenciation est reconnue depuis toujours en lien avec le principe général de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.)<sup>89</sup>.
- 71 Dans le contexte qui nous occupe, la neutralité concurrentielle est affectée non seulement par la diversité de réglementations cantonales sur les heures d'ouverture des magasins, mais également, à l'intérieur des cantons, par les réglementations fédérales régissant les magasins dans les gares et les aéroports et dans les stations-service. Ces commerces peuvent aussi servir leur clientèle en dehors des heures d'ouverture cantonales. Mais ils sont toutefois soumis à des restrictions liées à la surface de vente et, surtout, à l'offre<sup>90</sup>.

---

<sup>84</sup> Cf. p. ex. ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Berne, 2005, n<sup>os</sup> 533 ss. et 771 ss.

<sup>85</sup> DPC 1997/3, p. 369, n<sup>o</sup> 25.

<sup>86</sup> DPC 2002/3, p. 512, n<sup>o</sup> 35.

<sup>87</sup> DPC 2008/4, p. 606, n<sup>o</sup> 107.

<sup>88</sup> DPC 2008/1, p. 156, n<sup>o</sup> 237; également DPC 2008/4, p. 606, n<sup>o</sup> 104.

<sup>89</sup> Cf. p. ex. GIOVANNI BIAGGINI, *Kommentar der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich 2007, art. 8 Cst., n<sup>o</sup> 15; ATF 125 I 173 consid. 6d; ATF 122 I 44 consid. 3b/cc; ATF 120 Ia 126 consid. 6c.

<sup>90</sup> Cf. en particulier à ce sujet ATF 123 II 113; ATF 117 Ib 114.

## 5.5. Importance de la protection des consommateurs (art. 97, al. 1, Cst.)

72 A n'en point douter, les heures d'ouverture des magasins sont importantes pour les consommateurs. Il y a tout lieu de penser que ceux-ci sont intéressés par des heures d'ouverture les plus longues possibles, et que leur intérêt en la matière recouvre celui des magasins. Or se pose la question de savoir si la protection de cet intérêt relève de la compétence réglementaire de la Confédération. C'est seulement en répondant par l'affirmative qu'il est possible d'intégrer cet intérêt dans l'appréciation de la constitutionnalité de la réglementation sur les heures d'ouverture des magasins.

73 L'article constitutionnel consacré aux consommateurs, dans l'alinéa qui nous intéresse, est libellé comme suit:

*Art. 97 Protection des consommateurs et des consommatrices*

<sup>1</sup> *La Confédération prend des mesures destinées à protéger les consommateurs et les consommatrices.*

74 Si l'on examine les réglementations fédérales s'appuyant sur l'art. 97, al. 1, Cst., elles se rapportent aujourd'hui, pour ce qui nous intéresse, essentiellement à l'information des consommateurs. La loi fédérale sur l'information des consommatrices et des consommateurs, qui prévoit en particulier des obligations de déclarer la composition des marchandises, en est la pièce maîtresse<sup>91</sup>. Il y a aussi notamment l'ordonnance sur l'indication des prix (OIP)<sup>92</sup>, édictée sur la base de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD)<sup>93</sup>, et ses obligations d'indiquer les prix visant à protéger le consommateur<sup>94</sup>.

75 La délimitation des compétences inscrite à l'art. 97, al. 1, Cst. et le mandat de protection qui y figure sont formulés de manière très générale. Il faut comprendre la notion de «protection» dans un sens très large<sup>95</sup>. Le domaine de protection de l'art. 97, al. 1, Cst. comprend, dans ces conditions, de longues heures d'ouverture des magasins, parce qu'on présume qu'elles répondent à un intérêt des consommateurs. Cependant, cette présomption doit être examinée plus avant:

76 Si l'on se penche sur les résultats de la procédure de consultation relative au projet de LOMag, il apparaît que les représentants des consommateurs soutiennent la réglementation fédérale sur le fond, tout en formulant des réserves et des limites<sup>96</sup>. Etonnamment, la libéralisation des heures d'ouverture des magasins pendant la semaine n'a pas fait l'unanimité dans tous les cantons; elle a été refusée (il y a peu de temps

---

<sup>91</sup> RS 944.0

<sup>92</sup> RS 942.211

<sup>93</sup> RS 241

<sup>94</sup> Cf. PETER HETTICH, *Commentaire saint-gallois relatif à l'art. 97 Cst.*, n° 7.

<sup>95</sup> Cf. PETER HETTICH, *Commentaire saint-gallois relatif à l'art. 97 Cst.*, n° 6.

<sup>96</sup> Cf. rapport sur les résultats de la consultation (n. 2), p. 3, 6 et 12.

encore) par certains d'entre eux<sup>97</sup>, notamment par Soleure. L'ouverture jusqu'à 20 heures les jours ouvrables a été rejetée au profit du maintien de la fermeture de magasins à 18 h 30<sup>98</sup>. Il ne paraît pas exclu que les électeurs appelés à voter dans certains cantons réfléchissent et se prononcent non seulement en tant que consommateurs mais aussi en tant que personnes sensibilisées par la situation du personnel des magasins. Effectivement, les associations de personnel sont opposées par principe aux libéralisations.

77 Dans le contexte qui nous occupe, eu égard aux résultats de la procédure de consultation et malgré l'aboutissement d'un référendum dans plusieurs cantons, il convient d'admettre, dans la perspective de l'appréciation qui doit être faite, que les intérêts des consommateurs vont dans le sens de la libéralisation des heures d'ouverture des magasins visée par la Confédération. Ce constat rejoint les explications du message concernant la LOMag, qui se fondent sur une étude commandée par le SECO<sup>99</sup>.

### **5.6. Le principe de subsidiarité inscrit aux art. 5a et 43a, al. 1, Cst.**

78 Les considérations émises jusqu'ici dans le chap. 5 sont propres à fonder la constitutionnalité des dispositions fédérales sur les heures d'ouverture des magasins formulées dans le cadre du projet de LOMag. Notre proposition est maintenant d'analyser la force du principe de subsidiarité au sens des art. 5a et 43a, al. 1, Cst., pour la défense de l'autonomie réglementaire des cantons.

79 L'aperçu brossé au point 3.2 montre que l'art. 42, al. 2, Cst. puis les art. 5a et 43a, al. 1, Cst. n'ont laissé que peu de traces dans la pratique des autorités fédérales depuis l'an 2000. Ils n'ont guère suscité de débats. Il devait y avoir apparemment des arguments de poids en faveur d'une réglementation au niveau fédéral. Dans la plupart des cas, il n'y a pas, selon l'interprétation défendue ici, d'objections de fond aux réglementations fédérales, nouvelles ou révisées. Cependant, il est discutable de ne pas aborder du tout, ou pas assez avant, la compatibilité d'un projet avec lesdits articles de la Constitution en raison de la possibilité apparemment évidente de justifier une réglementation de droit fédéral.

80 Point qui pourrait revêtir de l'importance dans le contexte qui nous occupe, le principe de subsidiarité inscrit à l'art. 42, al. 2, de la Constitution de 1999 a été complété dans le cadre de la nouvelle répartition des tâches entre la Confédération et les cantons et de la péréquation financière.

81 Le législateur a introduit une restriction par la négation infirmée «n'assume que». Aux termes de l'art. 43a, al. 1, Cst., la Confédération n'assume que les tâches qui excèdent les possibilités des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme par la Confédération. Cette restriction a été introduite par

---

<sup>97</sup> Cf. message (n. 38), p. 724.

<sup>98</sup> Cf. article du 9.3.2015 de la *Solothurner Zeitung*: *Das Solothurner Stimmvolk will nicht länger einkaufen und auch die Prämienverbilligung nicht senken. Das freut die Linken – und enttäuscht besonders die FDP.*

<sup>99</sup> Cf. message (n. 38), p. 724.

le Parlement lors des délibérations concernant le projet du Conseil fédéral, sur proposition de la commission spéciale du Conseil des Etats<sup>100</sup>. Les avis émis dans le cadre de la consultation ne mentionnent pas les éléments qui ont amené la commission spéciale à procéder à ce complément<sup>101</sup>. Les considérations déterminantes ne ressortent pas non plus clairement des débats au Conseil des Etats. Monsieur Hansheiri Inderkum, le rapporteur de la commission spéciale du Conseil des Etats, ne s'est pas prononcé à ce sujet et s'est borné à souligner l'expression qui complète l'alinéa («qui excèdent les possibilités des cantons»)<sup>102</sup>. Le débat s'est aussi limité à cet aspect au Conseil national<sup>103</sup>. Dans les commentaires relatifs à l'art. 43a Cst., l'introduction du «ne... que» est interprétée comme une adaptation rédactionnelle plutôt que matérielle destinée à éviter d'éventuels conflits avec la collaboration intercantonale<sup>104</sup>. La Confédération ne doit donc édicter elle-même des règles que lorsqu'une réglementation uniforme est nécessaire<sup>105</sup>. On ne peut dès lors admettre, contrairement à la nouvelle teneur, qu'il faille veiller à un renforcement substantiel du principe de subsidiarité dans la problématique qui nous occupe.

- 82 Ensuite, il faut relever qu'il conviendrait de rechercher d'abord, dans la mesure du possible, des associations horizontales à but déterminé avant de prévoir une réglementation fédérale<sup>106</sup>. Songeons en particulier à des concordats intercantonaux. Certes, la préférence est donnée à des associations horizontales à but déterminé pour l'exécution de prestations publiques<sup>107</sup>, mais elle peut aussi être appliquée en vue d'uniformiser des réglementations cantonales.
- 83 Un autre élément lié à la mise en œuvre du principe de subsidiarité est l'exigence de confier l'exécution d'une tâche publique au niveau, cantonal ou fédéral, qui est le mieux à même de s'en acquitter<sup>108</sup>.
- 84 La question de savoir s'il est possible d'uniformiser les heures d'ouverture des magasins par voie de concordat et de confier ainsi la libéralisation des heures d'ouverture des magasins aux cantons suscite de sérieux doutes. L'issue négative des votations intervenues dans plusieurs cantons à ce sujet, dont Soleure

---

<sup>100</sup> Cf. BO E 2002 857.

<sup>101</sup> V. le rapport sur les résultats de la consultation concernant le rapport final présenté le 31 mars 1999 par l'organisation de projet instituée conjointement par le Département fédéral des finances (DFF) et par la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC), Berne et Soleure 2000, p. 24 ss.

<sup>102</sup> Cf. intervention Inderkum, BO E 2002 857.

<sup>103</sup> Cf. BO N 2003 952 ss.

<sup>104</sup> Cf. BIAGGINI (n. 89), art. 43a Cst., n° 1.

<sup>105</sup> P. ex. RAINER J. SCHWEIZER, LUCIEN MÜLLER, *Commentaire saint-gallois relatif à l'art. 43a Cst.*, n° 2.

<sup>106</sup> Cf. message (n. 4), p. 2168.

<sup>107</sup> Cf. message (n. 4), p. 2168.

<sup>108</sup> Cf. message (n. 4), p. 2320.

dernièrement, semble les confirmer<sup>109</sup>. Eu égard au résultat de ces scrutins populaires, tenter de conclure un concordat paraît peu prometteur.

- 85 Il est déterminant, dans ces conditions, de mettre en regard, d'évaluer et de soupeser (ci-après «pesée») le principe de subsidiarité, d'une part, et de mieux concrétiser la neutralité concurrentielle et l'intérêt des consommateurs à bénéficier d'heures d'ouverture des magasins plus longues régies par une réglementation fédérale, d'autre part. Cette pesée sera le propos des lignes qui suivent.

### 5.7. Pesée des éléments d'appréciation

- 86 Tous les éléments d'appréciation à peser ont un caractère constitutionnel, car fondés sur la Constitution. Aussi le principe suivant, reconnu par la doctrine et la jurisprudence du Tribunal fédéral, s'applique-t-il: lorsqu'il y a concurrence de dispositions et d'intérêts constitutionnels, on ne peut faire fi ni d'une disposition ni d'un intérêt, mais il convient d'envisager leur concordance pratique. Ce principe s'applique également aux dispositions légales édictées sur la base de dispositions constitutionnelles<sup>110</sup>.
- 87 La loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) est un bon exemple de respect de ce principe<sup>111</sup>. Cette loi contient à l'art. 2, al. 1, un principe général libellé comme suit:

*Toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement.*

- 88 Toutefois, l'art. 3 LMI vient relativiser ce principe général au profit des réglementations cantonales:
- <sup>1</sup> *La liberté d'accès au marché ne peut être refusée à des offreurs externes. Les restrictions doivent prendre la forme de charges ou de conditions et ne sont autorisées que si elles:*
- a. s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux;*
  - b. sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants; et*
  - c. répondent au principe de la proportionnalité.*

<sup>2</sup> *Les restrictions ne répondent pas au principe de la proportionnalité lorsque:*

---

<sup>109</sup> Cf. site internet de la Chancellerie d'Etat du canton de Soleure: [www.so.ch/staatskanzlei/politische-rechte/archiv-wahlen-abstimmungen/2015/](http://www.so.ch/staatskanzlei/politische-rechte/archiv-wahlen-abstimmungen/2015/).

<sup>110</sup> Cf. en particulier HALLER, *Commentaire saint-gallois relatif à l'art. 189 Cst.*, n° 60; HANGARTNER, *Commentaire saint-gallois relatif à l'art. 5 Cst.*, n° 21; RENÉ RHINOW, MARKUS SCHEFER, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2009, n° 66; ATF 140 II 394 consid. 3.3.5; ATF 139 I 16 consid. 4.2.2; ATF 129 I 173 consid. 5.1; ATF 126 III 129 consid. 8a.

<sup>111</sup> RS 943.02



- a. une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être obtenue au moyen des dispositions applicables au lieu de provenance;*
- b. les attestations de sécurité ou certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance sont suffisants;*
- c. le siège ou l'établissement au lieu de destination est exigé comme préalable à l'autorisation d'exercer une activité lucrative;*
- d. une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être garantie par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance.*

- 89 Autrement dit, un canton peut adopter des exigences plus élevées lorsqu'il peut faire valoir des motifs qualifiés d'intérêt public et de proportionnalité. Le souci de créer un marché intérieur suisse ne prévaut donc pas sans réserve sur le principe de subsidiarité.
- 90 Au vu de ces considérations, on peut émettre les réflexions suivantes dans le contexte qui nous occupe:
- 91 L'intérêt (au niveau national) des consommateurs fondé sur l'art. 97, al. 1, Cst. à disposer d'une réglementation fédérale uniforme n'est certes pas manifeste si l'on fait cas du refus de certains cantons de libéraliser l'ouverture des magasins. Tout électeur est en même temps un consommateur. Néanmoins, les résultats de la consultation incitent à penser que l'intérêt des consommateurs est porté vers une réglementation fédérale. A lui seul, cet intérêt ne pourrait toutefois guère contrebalancer l'intérêt à la protection du principe de subsidiarité.
- 92 Plus importante est la pesée entre, d'une part, le principe de la neutralité concurrentielle compris dans la liberté économique inscrite à l'art. 27 Cst. et dans le principe de la liberté économique prévu à l'art. 94, al. 1, Cst. et, d'autre part, le principe de subsidiarité visé aux art. 5a et 43a, al. 1, Cst. La question est donc de savoir si l'harmonisation des heures d'ouverture des magasins prévue à l'art. 3 du projet de LOMag est d'une importance propre à exiger impérativement une réglementation fédérale.
- 93 Pour y répondre, il convient d'examiner préalablement si, dans le contexte qui nous occupe, la suppression de toute atteinte à la neutralité concurrentielle découlant du concours des dispositions cantonales, fédérales et étrangères est en soi suffisante pour contrebalancer la protection du principe de subsidiarité au sens des art. 5a et 43a, al. 1, Cst., ou s'il faut une atteinte d'une certaine importance à la neutralité concurrentielle. On peut certes se demander si les mesures étatiques ne devraient pas toujours être exercées dans le strict respect de la neutralité concurrentielle. Cette exigence aurait pour effet de limiter notablement les réglementations de l'Etat. Bon nombre de réglementations qui visent à régler les activités économiques provoquent certaines distorsions de concurrence. C'est notamment le cas des mesures d'encouragement qui revêtent la forme d'aides financières. La personne qui n'obtient pas d'aides financières est

placée dans une position concurrentielle défavorable et affectée dans son droit à la neutralité concurrentielle<sup>112</sup>.

- 94 Au vu de la jurisprudence du Tribunal fédéral, toute atteinte à la neutralité concurrentielle n'est en soi pas problématique sur le plan du droit constitutionnel, ni interdite. L'atteinte doit être sensible pour qu'elle affecte la liberté économique<sup>113</sup>. Mais la signification du terme «sensible» n'est pas claire. Le Tribunal fédéral n'a pas encore développé de critères pour mieux définir ce qualificatif, et la doctrine ne semble pas non plus s'être penchée sur la question.
- 95 Il est dès lors logique de se demander si l'on ne pourrait pas s'inspirer du droit des cartels pour apprécier les atteintes «sensibles» à la neutralité concurrentielle. Toute atteinte à la concurrence n'est pas forcément abusive du point de vue du droit des cartels. Il faut une restriction notable de la concurrence pour pouvoir conclure à une pratique cartellaire. La disposition déterminante en la matière est l'art. 5, al. 1, de la loi sur les cartels (LCart)<sup>114</sup>.
- 96 Le libellé de cette disposition est le suivant:
- Art. 5 Accords illicites*
- Les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites.*
- 97 A y regarder de plus près, cette disposition ne fournit cependant pas d'éléments permettant de cerner le caractère «sensible» des mesures de nature à compromettre la neutralité concurrentielle. Bien sûr, un magasin pourrait être frappé d'interdiction d'achat ou de livraison s'il ne respectait pas des heures d'ouverture limitées par un cartel. Mais aucune affaire de ce genre ne figure dans la jurisprudence. Et si l'on voulait examiner, sur la base des critères du droit des cartels, si les heures d'ouverture plus longues prévues actuellement pour les magasins des gares, des aéroports et des stations-service et pour les commerces à l'étranger peuvent entraîner d'importantes distorsions de concurrence, cela nécessiterait des analyses de marché approfondies, qu'on ne pourrait en l'état pas exiger du législateur. Dans ces conditions, force est de conclure que l'art. 5, al. 1, LCart n'offre pas d'élément permettant d'apprécier le caractère «sensible» des atteintes à la neutralité concurrentielle portées par l'Etat.
- 98 Même si les critères qui permettraient d'apprécier le caractère «sensible» des atteintes à la neutralité concurrentielle portées par l'Etat ne sont pas formulés, on peut et on doit admettre que les différentes réglementations des heures d'ouverture des magasins peuvent donner lieu à des distorsions de concurrence «sensibles» sur le marché géographique pertinent des magasins. En tout état de cause, prolonger les

---

<sup>112</sup> Cf. p. ex. RICHLI (n. 1), n° 665 ss.; ATF 100 Ib 421 consid. 2c.

<sup>113</sup> Cf. ATF 130 I 26 consid. 6.3.3.1; ATF 125 I 431 consid. 4b; 125 II 129 consid. 10b.

<sup>114</sup> RS 251

heures d'ouverture offre des opportunités de vente supplémentaires, ce qui plaide en faveur d'une réglementation fédérale, propre à améliorer la neutralité concurrentielle.

- 99 Il convient en outre de se demander si l'on ne pourrait pas envisager qu'un canton puisse adapter la réglementation sur les heures d'ouverture des magasins à celle appliquée dans des cantons voisins et, si le marché géographique pertinent l'exige, à celle appliquée à l'étranger, et qu'il pourrait être habilité à le faire lorsqu'une telle démarche s'avère cruciale pour ses magasins. Si l'on considère que les citoyens de plusieurs cantons ont refusé la libéralisation des heures d'ouverture des magasins, il apparaît que la libéralisation cantonale que requiert la garantie de la neutralité concurrentielle n'est pas garantie. Cette incertitude plaide, elle aussi, en faveur d'une amélioration de la neutralité concurrentielle dans le droit fédéral.
- 100 Au vu de ce qui précède, il n'existe aucun critère juridiquement contraignant pour mettre en balance l'intérêt des cantons au maintien de l'autonomie cantonale en matière de réglementation des heures d'ouverture des magasins avec celui de la Confédération à l'amélioration de la neutralité concurrentielle des magasins. Dans ces conditions, le législateur fédéral dispose d'une marge d'appréciation politique. En tout état de cause, une réglementation fédérale comme le projet de LOMag ne paraît visiblement pas contraire à la Constitution. Autrement dit, une telle réglementation ne viole pas, de toute évidence, le principe de subsidiarité inscrit aux art. 5a et 43a, al. 1, Cst.
- 101 Afin de rendre cette conclusion plausible, il convient encore de se demander, comme envisagé précédemment (n° 42), s'il serait possible de faire valoir, pour d'autres activités économiques lucratives privées réglées au niveau cantonal, des arguments comparables à ceux avancés en faveur d'une réglementation fédérale des heures d'ouverture des magasins. Pour ce faire, nous nous concentrons sur les lois cantonales évoquées plus haut qui régissent l'exercice d'une activité commerciale (n° 43 ss.). S'il devait exister des intérêts tout à fait comparables en faveur de la libéralisation des réglementations concernées au niveau fédéral, il y aurait tout lieu de douter que l'objectif visant à obtenir une meilleure garantie de la neutralité concurrentielle par la libéralisation des heures d'ouverture des magasins grâce à la LOMag soit à ce point important qu'il puisse prévaloir sur le principe de subsidiarité.
- 102 Disposer d'une réglementation fédérale comparable applicable à l'ensemble du territoire suisse et aux magasins au sens défini à l'art. 3 du projet de LOMag («locaux commerciaux physiques dont l'activité commerciale consiste essentiellement à vendre des marchandises à des consommateurs») est-il nécessaire? La réponse est en tout cas négative pour les activités économiques lucratives privées énumérées ci-dessous qui, aujourd'hui, ne sont réglées qu'au niveau cantonal (cf. plus haut, n° 43 ss.):
- détention et conduite de taxis (BE, NE)
  - divertissement (BE, LU, SO)
  - emploi de l'hypnose et d'autres formes d'emprise psychique à des fins thérapeutiques (VD)
  - exercice d'une activité de détective ou d'agent d'investigation privé (NE)

- exercice du tatouage et du perçage (NE)
- exploitation d'un institut de beauté (NE)
- exploitation d'un solarium (NE, VD)
- exploitation de distributeurs de biens et de services (AI, NE, VD, VS)
- expositions et manifestations (AI, GL, LU, VD, VS)
- hôtellerie et restauration (NE, SO)
- manifestations cinématographiques publiques (GL, LU, SO)
- marchés (AI, GL, JU, LU, NE, VS)
- organisation de cours de sports de neige pour mineurs (VD)
- organisation de foires et d'expositions (commerciales) (JU, VS)
- prostitution et mise à disposition de locaux à cet effet (SO)

- 103 Dans tous ces domaines d'activités économiques lucratives privées, la neutralité concurrentielle ne devrait pas être atteinte dans une mesure «sensible» par des heures d'ouverture différentes des magasins.
- 104 Les considérations qui suivent peuvent également servir la conclusion et l'objectif de rendre celle-ci plausible:
- 105 Le contexte qui nous occupe ne porte que sur les heures d'ouverture des magasins, qu'il s'agit d'apprécier uniquement sous certains aspects de la neutralité concurrentielle (cf. plus haut, n° 67 ss.). Il n'est pas question de fixer, au niveau fédéral, d'autres exigences à l'activité des magasins au sens défini à l'art. 3 du projet de LOMag. Les cantons gardent toute latitude pour définir par exemple des exigences concernant l'ouverture et l'exploitation des magasins, telles que des qualifications professionnelles ou des garanties financières. Des réglementations de ce genre seraient pertinentes non seulement sous plusieurs aspects de la neutralité concurrentielle, mais aussi, par exemple, sous des aspects touchant à des restrictions de la liberté économique en matière de police du commerce. La Confédération serait certes également habilitée à légiférer en la matière en vertu de l'art. 95, al. 1, Cst., mais il s'agirait à nouveau d'examiner si le principe de subsidiarité s'y oppose.
- 106 Au vu de ce qui précède, adopter le projet de LOMag n'amputerait pas de sa substance le principe de subsidiarité inscrit aux art. 5a et 43a, al. 1, Cst. Les cantons garderaient des compétences importantes leur permettant de régler d'autres aspects de l'activité des magasins et bon nombre d'autres activités économiques privées. La Confédération ne pourrait pas y opposer d'arguments d'un même poids en faveur de la protection de la neutralité concurrentielle.

## 6. Conclusion

- 107 Au vu de ce qui précède, on peut conclure ce qui suit:
- 108 Le principe de subsidiarité, qui figurait auparavant à l'art. 42, al. 2, Cst., est désormais inscrit aux art. 5a et 43a, al. 1, Cst. Cette modification visait à renforcer le principe de subsidiarité dans le cadre de la réglementation relative à la nouvelle répartition des tâches entre la Confédération et les cantons et de la péréquation financière. L'objectif minimum consistait à défendre, dans les messages du Conseil fédéral, ces nouvelles réglementations fédérales en tenant compte du principe de subsidiarité et à susciter le débat au Parlement. Il s'agirait également d'examiner s'il ne conviendrait pas d'envisager une uniformisation du droit, jugée nécessaire, par l'intermédiaire d'un concordat intercantonal. Or cet objectif du principe de subsidiarité n'est réalisé que partiellement à ce jour. Le message du Conseil fédéral concernant la loi sur les heures d'ouverture des magasins (LOMag) est le premier qui s'attache expressément à en donner une justification, quoique de manière (trop) sommaire.
- 109 L'art. 95, al. 1, Cst. confère à la Confédération la compétence de légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées. Dotée d'un effet dérogatoire subséquent, cette compétence fédérale autorise également la Confédération à édicter en principe des dispositions sur les heures d'ouverture des magasins. Il peut s'agir d'une réglementation exhaustive ou limitée à un cadre. A ce jour, ces réglementations, pour autant qu'elles existent, se situent au niveau cantonal, et leur teneur peut varier fortement de l'une à l'autre. Un survol des lois cantonales régissant l'exercice d'une activité commerciale montre que les réglementations cantonales sur l'exercice d'activités économiques lucratives privées sont encore nombreuses.
- 110 Une série d'éléments sont déterminants pour apprécier la constitutionnalité de la LOMag, à commencer par la liberté économique inscrite à l'art. 27 Cst. et sa protection. Aux termes de l'art. 36 Cst., toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale (formelle); elle doit répondre à un intérêt public et respecter le principe de la proportionnalité.
- 111 Selon notre analyse, la LOMag ne restreint pas la liberté économique. Il s'agit plutôt d'une libéralisation, c'est-à-dire d'une limitation des restrictions cantonales. La LOMag n'affecte pas la situation juridique des cantons ne connaissant pas de restrictions dans les heures d'ouverture des magasins.
- 112 La question de l'importance de la neutralité concurrentielle, qui est associée à la protection de la liberté économique inscrite à l'art. 27 Cst., s'avère primordiale. La disparité des heures d'ouverture de magasins porte atteinte à la neutralité concurrentielle sur le marché géographique pertinent d'un magasin. Une réglementation fédérale visant la libéralisation de ces heures d'ouverture améliore la neutralité concurrentielle et contribue à la protection de la liberté économique. Mais toute restriction de la neutralité concurrentielle par une réglementation cantonale n'est pas forcément pertinente sur le plan du droit constitutionnel. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la restriction doit être «sensible». Nous ne disposons pas aujourd'hui de critères fiables pour définir ce caractère «sensible». Néanmoins, dans le contexte qui nous

occupe, on peut à tout le moins avancer que les différentes réglementations cantonales ont entraîné, pour une part des magasins, des distorsions de concurrence sensibles et, partant, une atteinte sensible à la neutralité concurrentielle.

- 113 Une réglementation fédérale au sens de la LOMag affecte également les intérêts des consommateurs. Le point gênant réside certes dans le rejet par plusieurs cantons de la prolongation, le soir, des heures d'ouverture des magasins. Pourtant, tout électeur est aussi consommateur. Si l'on se fonde sur la consultation, les principaux représentants des consommateurs sont en principe favorables à la LOMag, raison pour laquelle il y a tout lieu de penser que la réglementation sert également les intérêts des consommateurs, qui sont protégés par l'art. 97, al. 1, Cst.
- 114 Si l'on se penche à nouveau sur le principe de subsidiarité inscrit aux art. 5a et 43a, al. 1, Cst., il convient de se demander s'il serait possible d'envisager un concordat en lieu et place d'une réglementation fédérale et si une réglementation établie à ce niveau serait effectivement plus appropriée qu'une collaboration entre cantons. Il faut songer à ce sujet que plusieurs libéralisations cantonales comparables à la LOMag ont échoué devant le peuple et que, de ce fait, rechercher une meilleure protection de la neutralité concurrentielle par voie de concordat ne serait pas une solution garantie. La réglementation fédérale semble donc offrir une voie plus prometteuse pour la protection visée.
- 115 En conclusion, il s'agit donc de procéder à une pesée des intérêts entre la garantie du principe de subsidiarité inscrit aux art. 5a et 43a, al. 1, Cst. et une meilleure protection de la neutralité concurrentielle des magasins (et donc une meilleure protection de leur liberté économique), et des heures d'ouverture plus longues des magasins en faveur des consommateurs (et donc le renforcement de la protection des consommateurs). Cette pesée d'intérêts n'est pas soumise à des critères juridiquement contraignants. Une marge d'appréciation est ainsi accordée aux autorités politiques, qui peuvent l'utiliser en faveur d'une réglementation fédérale. En tout état de cause, la LOMag ne viole manifestement pas les dispositions de la Constitution ni, en particulier, le principe de subsidiarité inscrit aux art. 5a et 43a, al. 1, Cst.
- 116 Afin de rendre cette conclusion plausible, il s'agit de vérifier si, en dépit de la réglementation fédérale visant à libéraliser les heures d'ouverture des magasins, les cantons disposent encore d'une grande marge de manœuvre réglementaire dans d'autres domaines d'activités commerciales des magasins et d'autres activités économiques lucratives privées, marge de manœuvre qui ne pourrait pas être remise en cause par des arguments similaires au profit de la Confédération. On peut conclure à cet égard que la Confédération ne pourrait invoquer ni une meilleure protection de la neutralité concurrentielle en se fondant sur l'art. 95, al. 1, Cst. ni une meilleure protection des consommateurs en s'appuyant sur l'art. 97, al. 1, Cst. pour justifier une suppression partielle de la marge de manœuvre cantonale sous la forme d'une réglementation-cadre, voire une suppression totale sous la forme d'une réglementation exhaustive. Songeons par exemple à des exigences professionnelles ou financières concernant l'autorisation et l'exercice d'activités commerciales. La Confédération ne pourrait pas faire tout bonnement fi de ces réglementations cantonales sans bafouer le principe de subsidiarité inscrit aux art. 5a et 43a, al. 1, Cst.

Prof. em. Dr iur. Paul Richli