Neapolis University

HEPHAESTUS Repository **http://hephaestus.nup.ac.cy**

School of Law and Social Sciences Book chapters

1979

Les pouvoirs de gestion administrative du domaine public en droit Francais et en droit Belge

Manitakis, Antonis

Revue de droit International et de droit comparé

http://hdl.handle.net/11728/6750

Downloaded from HEPHAESTUS Repository, Neapolis University institutional repository

INSTITUT BELGE DE DROIT COMPARÉ

REVUE
DE
DROIT INTERNATIONAL
ET DE
DROIT COMPARÉ

•

EXTRAIT

Année 1979

ÉTABLISSEMENTS ÉMILE BRUYLANT
RUE DE LA RÉGENCE, 67, BRUXELLES

LES POUVOIRS DE GESTION ADMINISTRATIVE DU DOMAINE PUBLIC EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT BELGE

PAR

A. MANITAKIS

Chargé de recherches associé au Centre
interuniversitaire de droit public de Belgique
Maître Assistant à la Faculté de Droit de
l'Université de Thessalonique

INTRODUCTION

1. – La présente étude poursuit deux objectifs principaux : d'une part, déterminer, en fonction de l'évolution jurisprudentielle, la nature de l'étendue des pouvoirs exercés par les autorités administratives sur leur domaine public ; d'autre part, préciser le rôle que peut encore jouer, aujourd'hui, en cas d'occupation privative de ce domaine, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

En termes plus concrets, nous tâcherons, par cette étude, de répondre essentiellement à deux questions.

Premièrement, l'administration peut-elle, lorsqu'elle exerce ses pouvoirs de gestion du domaine public, s'inspirer de considérations d'ordre économique ou financier ? Dans quelle mesure, par exemple, le conseil communal est-il fondé à accorder ou à refuser à un particulier l'autorisation d'user de manière privative d'un bien de ce domaine en raison de motifs qui, au sens strict, ne relèvent pas exclusivement soit de l'ordre public, soit du souci de conserver

l'intégrité du domaine, mais de motifs pris d'un «intérêt communal» teinté d'une coloration financière et économique ?

La deuxième question, qui préoccupe essentiellement les usagers privatifs du domaine, porte sur le point de savoir si le principe de la liberté du commerce et de l'industrie limite effectivement le pouvoir réglementaire dont dispose l'autorité administrative dans la gestion de son domaine public. En ce qui concerne le contrôle de légalité de l'acte domanial, il est d'une importance capitale de déterminer si ce principe est ici d'application.

Il faut souligner que, pour l'essentiel, en l'absence de textes légaux, les réponses que nous pouvons fournir à ces diverses questions, proviennent nécessairement de la jurisprudence : encore faut-il donner à celle-ci, sinon une unité et une structuration théorique qui lui seraient probablement infidèles, du moins une certaine cohérence qui seule permettra d'en dégager une vision compréhensible.

Il convient encore de préciser que le pouvoir réglementaire exercé par l'administration sur son domaine public peut prendre plusieurs formes.

A côté du *pouvoir de police de type classique*, exercé dans un but d'ordre public général, existe un *pouvoir de police de «conservation»*, qui est destiné à assurer la protection, l'entretien et l'intégrité du domaine, et qui relève, comme tel, de la compétence des autorités chargées de la *gestion* de ce domaine. C'est d'ailleurs souvent aux mêmes autorités qu'appartiennent l'une et l'autre de ces compétences en matière de police.

De ce double pouvoir de police, commence à se distinguer un *pouvoir réglementaire de gestion proprement dit*, qui détermine les conditions d'utilisation privative du domaine public sur la base de critères d'ordre financier ou économique. Le domaine public n'est plus alors envisagé comme un objet de police, mais plutôt comme un bien susceptible de jouer un rôle économique, qui appartient au patrimoine de l'administration. Celle-ci est alors fondée, dans cette optique, à agir en vue d'une meilleure *exploitation* de son domaine (1).

Cette évolution correspond à un élargissement incontestable des mobiles d'action de l'administration, qui ne s'inspire plus unique-

(1) Sur cette question voy. surtout l'excellente thèse de J. F. DENOYER, «L'exploitation du domaine public», *L.G.D.J.*, Paris, 1969, p. 55-75.

ment de motifs pris de l'ordre public traditionnel (sécurité, tranquillité, salubrité), mais qui vise, par des mesures positives, à créer et à maintenir un ordre public économique (2).

A. Droit français

2. – La doctrine française affirme, depuis plus d'une décennie déjà, que le régime juridique des utilisations privatives du domaine public a subi une évolution : du régime de police du domaine, on est passé au régime de gestion du domaine (3). L'administration, dit-on, n'agit plus sur son domaine uniquement en tant que puissance publique, mais aussi en tant que gestionnaire. Ainsi l'octroi d'une autorisation d'occupation privative ne peut plus être considéré seulement comme un acte de police ; il est aussi un acte de gestion. A l'heure actuelle, l'idée de gestion occupe une place prépondérante dans la théorie de la domanialité.

L'arrêt Société Nationale d'Editions Cinématographiques

L'adoption définitive de l'idée de gestion du domaine fut consacrée, en France, par l'arrêt *Société Nationale d'éditions cinématographiques* (4). Le Conseil d'Etat était appelé à juger de la légalité d'une décision du préfet, par laquelle celui-ci subordonnait

(2) Voy. P. Bernard, «La notion d'ordre public en droit administratif», *L.G.D.J.*, Paris, 1962, p. 37 et suiv. ; A. De Laubadere, *Droit public économique*, Dalloz, Paris, 1974, p. 27-56 ; R. Henrion, «Le Gouvernement de l'économie», *J.T.*, 1965, p. 685-689 ; A. Manitakis, «Considérations générales sur la notion d'ordre public économique», mémoire de licence spéciale en droit administratif, U.L.B., 1970-1971 ; J. L. Martres, *Les caractères généraux de la police économique*, thèse polyc., Bordeaux, 1964, t. I, p. 14 et t. II, p. 57 et suiv., 105 et suiv., 162 et suiv. . Voy. auuausssi J. M. Auby, «Police générale et ordre public économique», note sous C.E., 25 juillet 1975, Sieur Chaigneau, *R.D.P.*, 1976, p. 342.

(3) Voy. J. M. Auby et R. Ducos-Ader, *Droit administratif*, 2e éd., Dalloz, Paris, 1970, p. 315 et suiv. ; C. Klein, *La police du domaine public*, L.G.D.J., Paris, 1966, p. 128-206.
A. De Laubadere, *Traité élémentaire de droit administratif*, 5e éd., 1970, t. II, p. 176 et suiv. ; J. F. Denoyer, *op. cit.*, p. 55-75 ; J. Le Pennec, *L'exercice des pouvoirs de police sur le domaine public en droit administratif*, thèse polyc., Paris, 1969.

(4) C.E. 20 décembre 1957, Sté Nationale d'Editions cinématographiques, *Leb.* 702 ; *D.*, 1958, Somm. 45 ; *R.D.P.*, 1958, p. 347 ; *J.C.P.*, 1959, II, 10913.

l'autorisation de gérance d'un kiosque, sur la voie publique, à la condition de ne pas y vendre de publications licencieuses. La Haute Assemblée a conclu «qu'il appartient à l'autorité chargée de la gestion du domaine public de fixer, tant dans l'intérêt dudit domaine et de son affectation que dans *l'intérêt général*, les conditions auxquelles elle entend subordonner les permissions d'occupation ; que, *ni le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, ni celui de la liberté de presse*, ni les règles établies pour la surveillance et le contrôle des publications destinées à l'enfance et l'adolescence, ne sauraient faire obstacle à l'exercice de ses pouvoirs de gestion».

L'arrêt précité est intéressant à divers points de vue. Tout d'abord, les autorités administratives, en l'espèce, le préfet, se voient investis à l'égard du domaine, de pouvoirs de «gestion».

L'aspect économique et patrimonial du domaine public étant prédominant dans les décisions de ces autorités administratives, la permission d'occupation privative ne peut plus être considérée uniquement comme un acte de police, mais se transforme en un acte de gestion. Cette nouvelle qualification ne s'applique cependant qu'aux permissions de voirie et non aux permis de stationnement (5).

Mais le paradoxe de l'arrêt consiste à reconnaître à l'administration domaniale des pouvoirs de gestion en matière d'ordre public, lui permettant ainsi de prendre en considération dans la gestion du domaine des motifs tirés de l'ordre public. Les règlements, que le préfet avait édictés en tant qu'autorité chargée de la gestion du domaine, étaient légaux, dès lors qu'ils se basaient sur des motifs de moralité publique, élément de l'ordre public général (6).

Il résulte de cet arrêt que, sous le couvert de ses pouvoirs de gestion, l'autorité prend des mesures qui, d'un point de vue matériel, apparaissent comme des arrêtés de police, s'imposant aux administrés et limitant leur liberté d'action.

(5) Sur la distinction entre permis de stationnement et permission de voirie, voy. plus loin p. 000.

(6) Car, en France, d'après une jurisprudence constante «la moralité publique est un des éléments du bon ordre, au même titre que la salubrité et la tranquillité publique». Voy. P. BERNARD, *op. cit.*, p. 30 ; Ph. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, L.G.D.J., Paris, 1968, p. 423-424 ; J. CASTAGNE, *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative*, L.G.D.J., Paris, 1964, p. 31 et suiv. ; J. MOREAU, «Les polices administratives», *Juris-classeur administratif*, fasc. 200, 1971, n° 110.

Si l'arrêt *Société Nationale d'éditions cinématographiques* du 20 décembre 1957 a admis que l'autorité qui gère son domaine peut prendre en considération des motifs d'ordre public, le Tribunal administratif de Bordeaux a décidé, par le jugement *Froment* (7), de manière en quelque sorte réciproque, que l'autorité de police peut exercer des pouvoirs de gestion, *à côté de ses pouvoirs de police*. L'autorité de police, dès lors qu'*elle est propriétaire* du domaine, est en droit, en vue d'assurer la meilleure utilisation de celui-ci, de prendre un acte de gestion : «... si le Maire est à la fois autorité de police et administrateur du domaine public, il accomplit, lorsqu'il fixe les conditions de *répartition* d'une place publique entre forains, non un acte de police, mais un *acte de gestion du domaine dont la commune est propriétaire* et dont elle est en droit, en conséquence, *d'assurer la meilleure utilisation*» (8).

Le Conseil d'Etat, auquel la décision du Tribunal administratif a été déférée, a cependant annulé ce jugement, parce qu'il a estimé que les critères adoptés par le Maire de Bordeaux pour l'attribution des emplacements dans la foire de cette ville ne justifiaient pas la mesure prise. Par son arrêt Froment du 18 novembre 1966 (9), le Conseil d'Etat a considéré comme illégale la disposition du règlement du Maire de Bordeaux accordant pour l'attribution des emplacements dans les foires et marchés installés sur le domaine public, une majoration d'ancienneté aux marchands dont les parents auraient eux-mêmes exercé la profession de marchand forain sur les mêmes lieux. Une telle disposition, favorisant les commerçants sédentaires au détriment des marchands ambulants, était entachée d'illégalité,

(7) Tribunal administratif de Bordeaux, 17 octobre 1962, Froment, *D.* 1963, 575, note J. CHATELINEAU.

(8) Le Tribunal avait conclu «qu'il appartient à l'autorité *chargée de la gestion du domaine public*, de fixer, tant dans l'intérêt dudit domaine et de son affectation que dans l'*intérêt général*, les conditions auxquelles elle entend subordonner les permissions d'occupation ; que ni le principe de la *liberté du commerce et de l'industrie*, ni celui de l'égalité des citoyens devant la loi et les règlements, ni celui de l'égalité entre les usagers du service public, ne pourraient faire obstacle à l'exercice de ces pouvoirs de gestion ; que, par suite, les moyens tirés de la violation des principes généraux du droit sont *inopérants*».

(9) C.E. 18 novembre 1966, Froment, *Leb.* 607 ; concl. GALABERT, *R.D.P.*, 1967, 987 ; *R.D.P.*, 1967, 543, note M. WALINE, *J.C.P.*, 1967, II, 15063, observations J. MOURGEON, *A.J.D.A.*, 1967, II, 45, note A. DE LAUBADERE.

car les motifs sur lesquels elle était fondée n'étaient pas au nombre de ceux qui justifient l'utilisation du pouvoir de police.

Le Conseil d'Etat a considéré que ni les motifs de police, ni ceux tirés de la meilleure utilisation du domaine ne pouvaient justifier une telle mesure. Il a pourtant admis, sur le plan des principes, la légalité de motifs tirés aussi bien de l'ordre public au sens classique de l'expression que d'une meilleure utilisation du domaine. Il a considéré que «s'il appartient au Maire de déterminer, *par voie réglementaire*, les conditions d'attribution des emplacements situés sur le domaine public communal qui peuvent être occupés par des marchands forains, les jours de foire, il ne peut se fonder, pour définir ces règles que *sur des motifs tirés de l'ordre public*, de l'hygiène et de la fidélité du débit des marchandises *ainsi que de la meilleure utilisation du domaine public* ; qu'aucun de ces motifs ne justifiait que les candidats dont les ascendants auraient eux-mêmes exercé la profession de marchand forain sur les mêmes lieux reçussent une majoration d'ancienneté égale à celle desdits ascendants».

Dans une affaire semblable ([10]), jugée le même jour par le Conseil d'Etat et sur les mêmes conclusions du même commissaire du gouvernement, la haute juridiction, étant également appelée à se prononcer sur la légalité d'un mode d'attribution de places, a admis que le Maire pouvait, en vue d'assurer la meilleure utilisation du domaine, donner priorité à telle ou telle catégorie, alors même que cela pouvait priver d'autres catégories de tout emplacement.

C'est donc en se référant à la notion de *meilleure utilisation du domaine public* que le Conseil d'Etat a apprécié la légalité des critères adoptés par les deux Maires. *Cette notion, si elle ne s'impose pas, est du moins admise et apparaît comme légitime en soi.*

(10) C.E., 18 novembre 1966, Dame veuve Clement, *A.J.D.A.*, 1967, 46, note A. De Laubadere ; *R.D.P.*, 1967, 543, note M. Waline ; *J.C.P.*, 1967, II, 15063, observations J. Mourgeon. «Considérant qu'aux termes des dispositions de l'arrêté municipal du 28 mai 1959, modifié par l'arrêté du 23 mai 1960, les attributions de place ont lieu d'après l'ancienneté et la qualité nouvelle des attractions», et que «pour déterminer l'ancienneté, les métiers exploités sont classés en cinq catégories» ; «que ces dispositions inspirées par le souci d'assurer *la meilleure utilisation du domaine public*, imposaient au maire, pour la répartition des emplacements, de tenir compte de la nature des attractions et de leur intérêt pour le public, puis, à l'intérieur de chaque catégorie, de l'ancienneté des demandeurs d'emplacements».

Les arrêts rapportés ci-dessus touchent également à un autre aspect du problème : celui de la nature juridique de l'autorisation domaniale attribuant un emplacement à un forain. On sait que, s'agissant des occupations privatives du domaine public, la doctrine et la jurisprudence opposent la permission de voirie au permis de stationnement, selon que l'occupation comporte ou non une emprise sur le domaine, avec une modification importante de son assiette. La conséquence pratique de cette distinction se manifeste lorsqu'il faut déterminer l'autorité compétente pour octroyer l'autorisation et percevoir la redevance. Ainsi, pour le permis de stationnement, dont l'octroi ou le refus relèvent, selon la théorie dominante, du pouvoir de police sur la voie publique, l'autorité compétente est l'autorité de police. En revanche, la permission de voirie, dont l'octroi est une manifestation du pouvoir de domanialité, est du ressort de l'autorité gestionnaire du domaine. On en déduisait que la théorie de l'acte de gestion ne concernait que la permission de voirie et non pas le permis de stationnement : les considérations d'ordre économique ne pouvaient justifier l'octroi ou le refus que d'une autorisation du premier type.

Cette thèse est remise en question par les deux arrêts précités car l'acte attribuant un emplacement à un forain dans le périmètre affecté aux attractions d'une fête, a selon les critères traditionnels, le caractère d'un permis de stationnement. Or, d'après les arrêts commentés, la délivrance de ce permis peut être assortie de considérations domaniales d'ordre économique. Il semble donc, que le permis de stationnement ne peut pas échapper à l'emprise de l'idée de gestion. Pour M. Waline (11) l'autorisation en question est un acte mixte, où la gestion et la police se trouvent superposées (12).

L'évolution de la jurisprudence semble ainsi justifier l'affirmation de la doctrine selon laquelle «il n'y a plus guère de différence entre la permission de voirie et la simple autorisation d'occupation temporaire qui constitue le procédé habituel» (13).

(11) M. WALINE, note sous C.E., 18 novembre 1966, Froment, *R.D.P.*, 1967, 549.

(12) Sur la distinction entre acte de police et acte de gestion, voy. note J. CHATELINEAU, *D.*, 1963, 576 ; C. KLEIN, *op. cit.*, p. 199 ; R. KOVAR, «La légalité des concessions exclusives d'affichage sur le domaine public», *J.C.P.*, 1964, I, 1841 et obs. J. MOURGEON, *J.C.P.*, 1967, II, 15063, précité.

(13) M. LAGRANGE, «L'évolution du droit de la domanialité publique», *R.D.P.*, 1974, p. 1-19.

La jurisprudence française tend en tout cas à faire de l'autorisation d'occupation un procédé efficace d'aménagement et d'exploitation du domaine public, en reconnaissant à l'administration le droit de subordonner l'octroi de ces autorisations à des considérations d'intérêt général d'ordre économique ou financier, voire esthétique, comme nous le verrons plus loin.

La légalité des concessions exclusives d'affichage sur les palissades privées implantées sur le domaine public

3. – Nous avons vu que la distinction entre acte de «gestion» et acte de «police» est devenue confuse. Cette constatation va être confirmée par la jurisprudence relative à la publicité par affichage (14) qui nous fournira, en outre, des illustrations concrètes de la non-application du principe de la liberté du commerce et de l'industrie lors de l'exercice de pouvoirs de gestion, voire de pouvoirs de réglementation exercés dans une optique de «gestion».

De nombreuses communes, spécialement des villes importantes, passent, avec une entreprise d'affichage, un contrat réservant à celle-ci, moyennant le versement d'un droit annuel fixe ou proportionnel, l'affichage sur les immeubles bâtis appartenant au domaine public ou au domaine privé communal. L'entreprise «concessionnaire» ou «fermière» se voit ainsi réserver dans ces contrats, conclus normalement par voie d'adjudication, le droit exclusif d'affichage sur les palissades provisoirement édifiées sur la voie publique pour entourer les démolitions ou les constructions d'immeubles.

La double question qui surgit est de savoir, d'une part, si les autorités communales peuvent réserver à un concessionnaire d'affichage l'exclusivité de l'affichage sur des palissades *privées*, implantées dans le domaine public et, d'autre part, si des motifs d'ordre esthétique ou financier peuvent en être la justification alors qu'il s'agit de l'exercice par l'administration de ses pouvoirs réglementaires de gestion.

(14) Pour la bibliographie sur l'affichage voir notamment P. LAVIGNE, «La légalité des concessions exclusives d'affichage sur des palissades privées implantées sur le domaine public», *D.*, 1962, Chr., p. 199 ; R. KOVAR, ibidem ; C. KLEIN, *op. cit.*, p. 280 ; C. KLEIN, note sous C.E., 29 avril, 1966, Sté Affichage Giraudy, *J.C.P.*, 1966, II, 14746 ; A. DE LAUBADERE, obs. sous C.E., 2 mai 1969, Sté Affichage Giraudy, *A.J.D.A.*, 1970, II, 110 ; A. ANGSTHELM, «L'affichage publicitaire en quête d'un droit», , *A.J.D.A.*, 1970, p. 196.

L'évolution récente de la jurisprudence en la matière marque en tout cas un pas vers la reconnaissance de la légalité des concessions exclusives d'affichage, et élargit en même temps les motifs qui peuvent être à la base de l'intervention communale.

Ainsi, dans l'arrêt *Société Affichage Giraudy* (15) *du 29 avril 1966*, le Conseil d'Etat français confirme sa position antérieure, suivant laquelle l'autorité chargée de la gestion du domaine peut fixer, *tant dans l'intérêt dudit domaine et de son affectation que dans l'intérêt général*, les conditions auxquelles elle entend subordonner les permissions d'occupation. La notion d'intérêt général, qui doit être largement entendue, permet de prendre en considération des motifs de toutes sortes.

Voyons les faits de la cause qui a été tranchée par l'arrêt précité. Le Maire de la ville de Valenciennes avait modifié le règlement municipal de voirie en y ajoutant une disposition prévoyant que les permissions de voirie, nécessaires à l'implantation de palissades de clôture pour les chantiers de construction, *seraient subordonnées à la condition que lesdites palissades n'excéderaient pas 2,50 m de hauteur*.

Le Conseil d'Etat a considéré que la mesure était valable et légitime, imputant la limitation de la hauteur des palissades *soit à un motif d'ordre public, soit à un motif d'esthétique* : à savoir, à un motif d'ordre public relevant de la police générale (16).

Si la notion d'intérêt général était déjà conçue très largement, au point d'englober des motifs très différents, il arrivait cependant encore que certaines interprétations fussent ambiguës et fort contestées. Des controverses fréquentes se sont élévées autour du «motif d'intérêt général», et notamment sur la question de savoir si celui-ci comprenait ou non, par exemple, l'intérêt purement financier ou pécuniaire.

(15) C.E. 29 avril 1966, Sté Affichage Giraudy, Leb. 293 ; *J.C.P.*, 1966, II, 14746, note C. KLEIN.

(16) «Considérant, d'une part qu'il appartient à *l'autorité chargée de la gestion du domaine public* de fixer, tant dans l'intérêt dudit domaine et de son affectation que *dans l'intérêt général*, les conditions auxquelles elle entend subordonner les permissions d'occupation ; que *ni le principe de la liberté du commerce et de l'industrie*, ni les règles établies par la loi du 12 avril 1943, qui permettent au préfet d'interdire ou de réglementer la publicité par affiches en tout ou partie du territoire de chaque commune, *ne font obstacle, à l'exercice de ces pouvoirs de gestion*».

L'arrêt du Conseil d'Etat, *Société Affichage Giraudy, du 2 mai 1969* ([17]) vient, à cet égard, éclairer considérablement la question. La décision reconnaît explicitement que l'autorité administrative peut, quant aux motifs susceptibles d'inspirer légitimement son comportement, se fonder aussi bien sur des motifs d'ordre esthétique que sur des motifs d'ordre financier : «Le Conseil municipal peut légalement concéder l'affichage, sur des emplacements, à une société d'affichage, en se fondant sur des intérêts d'ordre esthétique ou financier». La décision déclare que la concession par une commune du droit d'affichage sur les propriétés communales et sur les palissades provisoirement aménagées sur la voie publique, se fait dans le cadre des pouvoirs de gestion de l'autorité compétente et «que la redevance mise à la charge du concessionnaire en vertu du contrat qui le lie à la ville de Toulouse est un produit de la gestion du domaine et constitue, dès lors, *une recette* de la nature de celles prévues par les dispositions du Code de l'Administration communale».

Il apparaît à la lecture de l'arrêt que l'exploitation du domaine public peut être influencée par les motifs les plus variés, pourvu qu'ils ne soient pas «*étrangers à l'intérêt général*».

En fait, la diversité des motifs admis, par la jurisprudence française, pour justifier l'intervention administrative, et plus précisément l'utilisation du domaine public, découle du développement considérable donné à la notion d'intérêt général ([18]).

Les décisions que l'administration est appelée à prendre en matière d'utilisation du domaine, peuvent donc légitimement tenir compte de l'intérêt général ([19]) au-delà de l'intérêt du domaine et de son affectation. Mieux que les autres notions, celle d'intérêt général permet de quitter le domaine classique de la police ([20]).

(17) C.E., 2 mai 1969, Sté Affichage Giraudy, *Leb.* 238 ; *A.J.D.A.*, 1970, 110, obs. A. De Laubadere.

(18) Voy. C. Klein, *op. cit.*, p. 149-151, 218-226 ; J. Denoyer, *op. cit.*, p. 61 et suiv. ; A. De Laubadere, *Traité élémentaire de droit administratif*, op. cit., p. 177.

(19) Pour la jurisprudence relative à la notion d'intérêt général, voy. C.E., 6 mai 1932, Demoiselle Taillandier, *Leb.*, 467 ; C.E., 29 janvier 1932, Sté des Autobus Antibois, *Leb.* 117 ; *D.*, 1932, 3, 60 concl. Latournerie, note Ch. Blaevoet ; voy. aussi C.E., 5 mai 1944, «Compagnie Maritime de l'Afrique Orientale», *Leb.* 129 ; *D.*, 1944, 164 ; *R.D.P.*, 1944, 236, concl. Chenot, note G. Jeze.

(20) C. Klein, *op. cit.*, p. 150.

Un arrêt du Conseil d'Etat [21] relativement récent vient de couronner ces considérations en confrontant les objets traditionnels de la police avec les finalités relevant de l'intérêt général.

Un entrepreneur de bals avait demandé, à la commune, l'octroi d'un emplacement dans l'enclos où devait se dérouler la fête locale. Le Maire a répondu «qu'il ne serait accordé aucun emplacement pour les entrepreneurs de bals et que, comme l'an passé, le comité des fêtes organiserait et réaliserait lui-même le bal». Le Tribunal administratif de Rennes annula les décisions du Maire pour excès de pouvoir. Mais le Conseil d'Etat mit à néant le jugement du Tribunal de première instance en jugeant légitime la décision de l'administration : le Maire, «loin d'*exercer en l'espèce ses pouvoirs de police», a pris la décision dans un but d'intérêt général* ; les décisions et la délibération du conseil décidant de confier au comité des fêtes l'organisation de la fête locale «n'ont porté aucune *atteinte illégitime* au principe de l'égalité des citoyens ou *au principe de la liberté du commerce et de l'industrie*».

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie est écarté une fois de plus, mais cette fois, au nom de l'intérêt général. Ce principe est, en effet, inopérant en ce qui concerne les pouvoirs administratifs de gestion ; en revanche, s'agissant d'une réglementation de police, même teintée de préoccupations domaniales, une méconnaissance injustifiée du principe pourrait être une cause d'illégalité [22].

La gestion s'apparente ici à la notion d'*exploitation du domaine* et exprime *un rapport juridique spécifique entre la chose publique et l'administration. La police* présuppose des activités privées, elle règle le comportement des individus ; *la question* s'exerce surtout directement à l'égard des choses ; elle établit des relations entre pouvoirs publics et propriété collective. *La première intéresse les libertés publiques, la deuxième, les biens publics.*

(21) C.E., 2 octobre 1970, Commune de Change-lès-Laval, *Leb*, 546 ; *A.J.D.A.*, 1971, 167 ; voy. également l'arrêt C.E., 7 mai 1971, Min. écon. et fin. et Ville de Bordeaux c/Sastre, *J.C.P.*, 1971, II, 16769 : «Considérant qu'en vertu des dispositions combinées des articles 75 et 11 à 113 du Code de l'Administration communale et de l'arrêté consulaire du 12 messidor an VIII, il appartient au Maire de Bordeaux de *gérer le domaine public communal... et d'assurer la police à l'intérieur de ce marché.*»...

(22) Voy. C.E., 13 mars 1968, Ministre de l'intérieur c/Leroy, *A.J.D.A.*, 1968, 240 et C.E., 15 octobre 1965, Alcaraz, *A.J.D.A.*, 1965, 662, concl. J. Kahn.

B. Droit belge

4. – Jusqu'à présent, la jurisprudence belge n'a pas suivi la jurisprudence française dans sa démarche qui consiste à opposer à la notion de police, celle de gestion. Elle n'a pas reconnu expressément les pouvoirs de gestion comme une catégorie distincte de pouvoirs exercés par les autorités communales, dont la mise en œuvre pourrait se justifier par des motifs d'ordre économique ou financier.

Doctrine et jurisprudence affirment depuis toujours que l'administration n'exerce sur son domaine que *des pouvoirs de police* (25). Même les autorités chargées de la gestion du domaine – dans le cas où l'Etat agit, par exemple, en tant que gestionnaire de la grande voirie – n'exercent leur pouvoir qu'en vue de l'intégrité et de la conservation du domaine, en d'autres termes, dans un but de police au sens strict.

De même, en matière de publicité par affichage implanté sur la voie publique, les considérations qui justifient l'octroi de concessions exclusives d'affichage relèvent de la pure police. La jurisprudence tend à résoudre les conflits soulevés, en se référant uniquement à la police classique, ayant pour objets la sécurité et la tranquillité publiques (26).

Le collège échevinal de la commune d'Ixelles avait refusé à un particulier l'autorisation d'ancrer un panneau publicitaire sur la façade d'un immeuble, le panneau formant toutefois saillie et

(25) Il en est ainsi quant à la détermination des conditions d'octroi ou de retrait des permissions de voirie (voir l'arrêt du C.E., 30 mars 1971, Van Limberghen, *R.A.A.C.E.*, 374 : un règlement communal qui vise à régler la façon dont, d'après le conseil communal, le service communal de voirie doit fonctionner, est jugé légal en raison de son but qui consiste à promouvoir *la propreté des voies publiques et la santé publique*. Pour la doctrine voy. Cyr. Cambier, *Droit administratif*, Larcier, 1968, p. 339 ; G. Dor et J. Dembour, «Le domaine public, le domaine privé», in les Novelles, *Lois politiques et administratives*, Larcier, 1955, t. IV, n° 77 et suiv. ; J. Dembour, *Droit administratif*, Martinus Nijhoff, 1970, p. 351 et suiv. ; M. A. Flamme, *Le domaine et les contrats administratifs*, cours polyc. P.U.B., 1966-1967 ; A. Louis, «Domaine public et permission de voirie», *R.J.D.A.*, 1959, p. 1.

(26) Consulter M. A. Flamme, *Législation industrielle*, 2e partie, 1e éd., cours polyc., P.U.B., 1967, p. 297-346 ; J. Dembour, *op. cit.*, p. 313, note 2 et p. 299, note 3 ; V. Crabbe, «L'incidence des lois et des règlements généraux sur l'étendue du pouvoir communal», in *L'autonomie communale en droit belge*, Larcier, 1968, p. 65 et suiv. ; A. Louis, *ibidem*.

surplombant la voie publique. Le refus était fondé sur des motifs concernant la sécurité de la circulation. Le Conseil d'Etat [27] jugeant qu'il s'agissait en l'espèce, d'un usage privatif du domaine public, à cause de l'implantation du dispositif du panneau publicitaire sur la voie publique, a estimé que les autorités communales étaient demeurées dans les limites de leur pouvoir de police, en accordant ou en refusant la permission sollicitée. Le motif pris, par le collège, de la sécurité de la circulation était surabondant, mais la commune avait pu valablement, par une ordonnance générale de police, réglementer l'emplacement des affichages.

De même, il a été jugé par la Cour de Cassation [28] que l'autorité communale puise le droit de réglementer la publicité par affichage, quant aux lieux où il peut s'exercer, dans l'obligation légale de faire

(27) C.E., 30 novembre 1961, Monier, *R.A.A.C.E.*, 1016. «Considérant que le requérant soutient que la commune invoque abusivement les conditions de circulation par les mots : «celles-ci étant déjà très difficiles à cet endroit et le panneau en question pouvant distraire les conducteurs d'automobiles» ; qu'il conteste le droit de la commune de faire application dans ce cas du décret du 14 décembre 1789 et de la loi des 16-24 août 1790 ;

«Considérant qu'il suffit qu'un dispositif quelconque surplombe la voie publique et que, par conséquent, il y ait usage privatif de celle-ci, pour que les autorités communales aient qualité pour accorder ou refuser la permission sollicitée ; que cette circonstance se présentant en fait, le collège des bourgmestre et échevins est demeuré dans les limites de son pouvoir d'appréciation en opposant son refus à la demande ; que le motif qui concernait la sécurité de la *circulation* en cet endroit était surabondant ; que le moyen ne peut être retenu».

(28) Cass. 15 mai 1961, *Pas.* 1961, I, 983 ; Cass. 4 mars 1963, *Pas.* 1963, I, 735 et Cass. 11 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, 839. Dans ce dernier arrêt la Cour a jugé une fois de plus «que l'autorité communale puise dans les décrets du 14 décembre 1789 et des 16-24 août 1790 le pouvoir d'édicter des règlements en vue d'assurer la tranquillité publique et la sécurité de la circulation, et que ce pouvoir implique que l'autorité communale a le droit de prendre des mesures réglementaires qu'elle estime nécessaires pour garantir cette tranquillité et cette sécurité ; que, compte tenu du fait que le placement d'objets empiétant sur la voie publique peut compromettre la sécurité de la circulation, l'autorité communale, en subordonnant cet placement à une autorisation préalable, a agi dans les limites de ses pouvoirs ; que ni l'arrêté-loi du 29 décembre 1945 portant interdiction des inscriptions sur la voie publique, ni l'arrêté royal du 14 décembre 1959, portant réglementation de l'affichage et de la publicité, ne limitent le pouvoir de l'autorité communale de *subordonner*, en vue de la tranquillité publique et de la sécurité de la circulation, le placement d'objets, et notamment de panneaux publicitaires, empiétant sur la voie publique, à une autorisation préalable, du collège des bourgmestre et échevins».

jouir les habitants des avantages d'une bonne police et de pourvoir à la sécurité et à la tranquillité de la voie publique. Elle peut soumettre, à cette fin, à une autorisation préalable, le placement d'affiches et de panneaux publicitaires sur ou le long de la voie publique.

La jurisprudence a confirmé à plusieurs reprises la thèse selon laquelle l'arrêté-loi du 29 décembre 1945, portant interdiction des inscriptions sur la voie publique, n'a ni aboli ni restreint le pouvoir de l'administration communale de réglementer l'affichage sur la voie publique. L'arrêté-loi du 29 décembre 1945 ne porte pas atteinte au pouvoir des communes de réglementer l'affichage dans les endroits publics et le long des voies de communication. Il n'empêche pas non plus les autorités communales de déterminer les endroits affectés à l'affichage (29).

Si les règlements communaux ne peuvent être contraires aux lois, «ils peuvent, sans violer l'article 78 de la loi communale («Le conseil fait les règlements communaux d'administration intérieure et les ordonnances de police communale»), s'appliquer à des objets déjà repris par des lois» (30).

Suivant la formule de M. Dembour (31), «le pouvoir réglementaire de la police communale peut, sauf interdiction formelle proclamée par la loi, intervenir à titre complémentaire, dans un domaine dont s'est déjà emparé le pouvoir central, à condition que la réglementation de l'Etat ou celle de la province ne constitue pas un ensemble systématique, complet et détaillé».

(29) Voy. Cass., 15 mai 1961, *Pas.* 1961, I, 983 ; Corr. Bruxelles, 30 octobre 1958, *J.T.*, 1959, p. 354 ; *Rev. Adm.*, 1960, p. 27.

(30) V. Crabbe, *loc. cit.*, p. 101 ; Voy. Cass., 2 décembre 1968, *Pas* 1969, I, 321, *Rev. Adm.*, 1970, p. 184 ; *M.C.*, 1972, p. 189, note P. Schreder. Dans cet arrêt il a été notamment jugé «que les conseils communaux, chargés par les lois des 14 décembre 1789 et 16-24 août 1790 du soin de faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police et de pouvoir à tout ce qui intéresse la sûreté et la commodité de passage dans les rues, quais, places et voies publiques, puisent en principe dans cette fonction le droit de réglementer le colportage, de le soumettre à certaines conditions d'autorisation ou de garanties ;

«qu'en l'espèce on constate que le conseil communal ne s'est pas immiscé dans *les attributions du pouvoir central*, visant l'octroi de l'autorisation elle-même, mais s'est borné à en interdire l'exercice sur une portion limitée de son territoire affectée à certaines manifestations impliquant un concours de foule et *durant le temps nécessaire à leur déroulement*».

(31) J. Dembour, *op. cit.*, p. 312.

Il faudrait préciser encore que la question de la légalité des règlements communaux en matière de publicité est définitivement réglée depuis la loi du 22 décembre 1970, modifiant la loi du 29 mars 1962 organique de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme. En effet, le nouvel article 60 dispose que les règlements communaux en matière de bâtisse peuvent *compléter* les règlements généraux qui, eux-mêmes, en vertu de l'article 59, visent notamment à assurer «la beauté des constructions, des installations et de leurs abords» ainsi que «la beauté de la voirie, de ses accès et de ses abords».

Cet article doit être considéré comme un complément des décrets révolutionnaires de 1789 et 1790, et comme une preuve que l'esthétique fait en Belgique, comme en France, partie intégrante des objets de la police générale.

Quant à la légalité des concessions exclusives ayant comme résultat la création de monopoles d'affichage, la jurisprudence semble être partagée.

La thèse dominante est qu'un tel monopole ne se concilie pas avec les pouvoirs de police et porte atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Ainsi, la désignation par la commune d'un afficheur, *seul habilité* à procéder à tous les affichages sur le territoire de la commune, *est contraire au décret des 2/17 mars 1791 reconnaissant la liberté du commerce et de l'industrie*. Le juge judiciaire estime qu'un tel monopole n'est, en effet, pas nécessaire pour assurer le maintien de la paix publique et la sécurité des habitants. Il estime qu'une telle décision administrative empêche les firmes concurrentes, disposées à se soumettre à la réglementation concernant l'affichage, d'exercer leurs activités (32).

De même, le Conseil d'Etat (33) a jugé que l'octroi d'une exclusivité en matière de publicité horlogère, non compris l'affichage, porte atteinte au principe de la liberté du commerce et cause un préjudice grave aux autres horlogers qui se trouvent ainsi dans l'impossibilité de faire de la publicité pour leur commerce. Pour le Conseil d'Etat, le droit de faire de la publicité fait partie intégrante

(32) Comm. Anvers, 22 février 1967, *R.W.*, 1966, 67, col. 1626 ; *R.A.J.B.*, 1967, p. 17 ; dans le même sens, Gand, 16 mars 1962, *R.W.*, 1962-63, col. 1588.

(33) C.E., 17 décembre 1957, S.A. Ets. A. Kinsbergen, *R.A.A.C.E.*, 691 ; voy. aussi C.E., 26 mars 1963, S.A. L'Affichage National, *R.A.A.C.E.*, 273.

du droit d'exploiter un commerce ou une industrie, garanti par l'article 7 du décret des 2-17 mars 1971. Par ailleurs, aucune loi n'habilite la commune à interdire à toutes les firmes autres que celle avec laquelle elle a conclu un accord, de faire de la réclame sur le territoire de la commune. Ce faisant, l'autorité communale excède ses pouvoirs de police.

La légalité d'un monopole comparable avait pourtant été reconnue par le célèbre arrêt *S. A. Drukkerij en Publiciteit Bernaerts, du 10 janvier 1961* (34). Résumons les faits. Le conseil communal de Malines avait décidé un règlement de police concernant la publicité et l'affichage ; aux termes d'un article dudit règlement, aucune publicité ne pouvait être faite «sur les façades, murs, clôtures ou toutes autres parties d'immeubles, situés en bordure de la voie publique sans l'autorisation préalable du collège des bourgmestre et échevins». Le même conseil, par une délibération du 21 avril 1958, avait désigné la société anonyme «L'affichage national» comme afficheur exclusif de la ville. Ces deux décisions du conseil communal furent attaquées par la Sté Bernaerts, pour excès de pouvoir, en ce que l'autorité communale, d'une part, subordonnait l'affichage par publicité à une autorisation préalable, contraire à la liberté de presse et d'opinion, et d'autre part, en ce que la société concessionnaire se voyait, de la sorte, investie d'un monopole contraire à la liberté du commerce et de l'industrie.

La position du juge fut claire. Il a considéré que le conseil communal ne sort pas des limites de son pouvoir lorsqu'il subordonne l'usage privatif de la voie publique à l'autorisation préalable de l'autorité compétente. L'autorité communale puise le pouvoir de prendre pareilles mesures dans les articles mêmes qui concernent l'exercice du pouvoir de police communale.

Quant à l'atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, le Conseil d'Etat a précisé «que l'autorité communale demeure dans les limites de son pouvoir lorsque les restrictions qu'elle apporte à cette liberté concernant *une profession qui s'exerce sur la voie publique* ; qu'elle n'excède pas davantage son pouvoir lorsque, ayant constaté que, dans l'intérêt de la *tranquillité publique*, l'apposition d'affiches sur la voie publique *serait mieux effectuée* par les soins d'une seule

(34) C.E., 10 janvier 1961, S.A. Drukkerij en Publiciteit Bernaerts, *R.A.A.C.E.*, 27 ; *R.J.D.A.*, 1961, p. 135.

et même personne, *elle en confie le monopole* à une personne déterminée, à charge pour celle-ci de fournir ses prestations chaque fois qu'elle est régulièrement requise à ce faire».

En d'autres termes, l'existence d'un monopole n'est pas en soi illégitime ; il peut très bien se concilier avec l'exercice des pouvoirs de police, lorsque ce monopole est exigé pour le maintien de la tranquillité publique. La légalité de l'octroi du monopole est jugée en fonction des exigences de l'ordre public qu'apprécient souverainement les autorités administratives. Ainsi, la jurisprudence belge en arrive à reconnaître la légalité des concessions d'affichage, *sans pourtant admettre la légitimité des motifs d'ordre financier ou économique.*

5. – Cette position, apparemment prudente, de la jurisprudence belge n'est pas adaptée à l'utilisation qui est souvent faite aujourd'hui du domaine public et nous paraît dès lors criticable. Elle ignore l'évolution économique actuelle et le développement des tâches des communes qui doivent, pour faire face aux besoins collectifs de la société, adopter l'idée d'une utilisation rationnelle du domaine, conforme à la fois à son affectation et à sa destination économique. Bien que, sur ce point, la jurisprudence belge paraisse très attachée à l'interprétation restrictive des notions de police et d'ordre public, un élargissement de l'action réglementaire de la commune ne se heurterait cependant pas nécessairement, à notre avis, aux dispositions du droit positif. Une telle extension de leurs attributions pourrait même trouver quelque appui dans la jurisprudence. Tout le problème consiste à étendre le pouvoir de police des communes en admettant la légitimité de buts autres que la tranquillité, la salubrité, la sécurité publiques ou la conservation du domaine.

Le fondement juridique du pouvoir réglementaire des communes. (Art. 75 et 78 de la loi communale)

A notre avis, la reconnaissance au profit de la commune d'un pouvoir réglementaire de gestion, notamment à l'égard du domaine public, *ne s'oppose pas au contenu de la réglementation de police générale* ; de plus, cette reconnaissance peut trouver son fondement juridique dans la loi communale elle-même.

Parmi les dispositions légales qui justifient l'exercice du pouvoir de police communale, il convient de mentionner l'article 3 du titre XI du décret des 16-24 août 1790 et l'article 78 de la loi communale.

Les objets de police administrative générale sont confiés aux autorités locales à la suite d'une intervention formelle du législateur. Celui-ci a procédé à une véritable délégation de compétences en attribuant aux autorités administratives locales un pouvoir réglementaire général (35). Le conseil «fait les ordonnances de police communale» dit l'article 78 de la loi communale. Ce pouvoir réglementaire lui revient, une fois pour toutes, sans intervention particulière de lois permissives, mais sans pour autant qu'il puisse déroger aux lois ni aux règlements d'administration générale au provinciale (36).

Pour M. Ganshof van der Meersch (37) ce pouvoir est très étendu, aucune loi n'énumérant d'une façon limitative les objets qui relèvent de la police communale : «la notion de l'ordre public en droit administratif comprend des objets très différents et susceptibles de varier avec les époques et les circonstances». Le décret du 14 décembre 1789 range dans la matière de la police, «*notamment*» la propreté, la salubrité, la sûreté et la tranquillité dans les rues, lieux et édifices publics.

Le décret des 16-24 août 1790 donne une énumération plus détaillée et plus complète des «objets» de police confiés à la vigilance et à l'autorité des corps municipaux. L'ordre public selon le même auteur, n'a pas non plus de caractère limitatif (38). Les autorités

(35) Consultez A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif*, Larcier, 1966, n° 483, p. 445, n° 736, p. 668-669 ; J. DEMBOUR, *op. cit.*, p. 304-309 ; W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, note sous Cass., (1e ch.), 24 novembre 1961, *Pas*, 1962, I, p. 367 et suiv. ; A. MAST, «Le contenu spécifique de l'intérêt communal», *L'Autonomie communale en droit belge*, Larcier, 1968, p. 40 et 42 ; *Précis de droit administratif belge*, Story-Scientia, 1966, p. 264-266.

(36) Voy. A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, n° 736, p. 669 : «Par conséquent si une matière a été entièrement réglée, soit par un règlement provincial pris en vertu de la loi, le conseil communal ne peut plus intervenir». V. CRABBE, *op. cit.*, p. 74 et 78-80, et J. DEMBOUR, *op. cit.*, p. 303 et 452.

(37) W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *ibidem* ; voy. aussi M. VAUTHIER, *Précis du droit administratif de la Belgique*, 3e éd., Larcier, 1950, n° 131, p. 196.

(38) Contre cette conception Cyr. CAMBIER, *op. cit.*, p. 389 ; J. DEMBOUR, *op. cit.*, p. 306 et suiv. (aussi bien que la bibliographie qui y est citée) ; A. MAST, *Précis de droit administratif*, précité, p. 266. Selon J. DEMBOUR (*op. cit.*, p. 325), «il convient de ne ranger parmi les attributions de police administrative communale que les objets qui ont été formellement confiés à la vigilance et à l'autorité des administrations et pour lesquels aucune disposition légale nouvelle n'a attribué une compétence exclusive à une autre autorité» ; R. WILKIN, *Commentaire de la loi communale*, Bruylant, 1947, t. I, p. 370, n° 259 et suiv.

communales peuvent alors, en principe, prendre des mesures de police administrative en toutes matières, pourvu que celles-ci ne soient pas exclues de l'action des communes par une déclaration formelle du législateur ou ne relèvent pas, en vertu d'une loi, de la compétence d'une autre autorité.

Mais tout cela ne signifie nullement que le pouvoir de police est illimité. Des limites interviennent, qui sont propres à la notion même de «police» ou à celle d'«ordre public». Les mesures de police doivent être motivées par des circonstances de nature à compromettre l'ordre public et viser au maintien ou au rétablissement de celui-ci (39).

En revanche, la notion d'intérêt communal peut fournir une base beaucoup plus étendue à l'action réglementaire du conseil communal. C'est là la fonction de l'article 75 de la loi communale. En disposant que le conseil «*règle tout* ce qui est d'intérêt communal», cet article couvre des matières qui dépassent celles de la police. *L'article 75 a une application plus générale* que celle de l'article 78 dont la portée se limite à préciser justement l'article 75 alinéa 1e, en distinguant les règlements communaux d'administration intérieure et les ordonnances de police.

Il serait dès lors erroné de croire que l'article 78 est seul à viser l'exercice du pouvoir réglementaire proprement dit. L'article 75 concernant la compétence générale *de gestion et d'administration du conseil communal*, peut fournir le fondement de la mise en œuvre d'un pouvoir réglementaire (40) plus large. La jurisprudence s'est déjà prononcée à ce sujet.

La notion de «pouvoirs d'administration»

6. – Ainsi, dans un arrêt rendu par la Cour de Cassation en 1961 (41), en matière de foires et marchés publics installés sur la

(39) C.E., 2 février 1965, Cools, *R.A.A.C.E.*, 89 ; C.E., 25 novembre 1958, Jeeuwen, *R.A.A.C.E.*, 813 ; C.E., 26 janvier 1971, Van Look, *R.A.A.C.E.*, 94 ; voy. aussi Cass., 13 avril 1963, *Pas.*, 1963, I, 242 ; Cass., 28 avril 1958, *Pas.*, 1958, I, 951, *Rev. Adm.* 1959, 172 ; Trib. Charleroi, 14 juin 1956, *Rev. Adm.*, 1957, 23, obs. G. Viseur.

(40) Conf. V. Crabbe, *op. cit.*, p. 74, V. De Tollenaere, *Loi communale*, t. I, Larcier, 1955, p. 280.

(41) Cass., 24 novembre 1961, *Pas.*, 1962, I, 367, conclusions de M. l'avocat

Les objets de police administrative générale sont confiés aux autorités locales à la suite d'une intervention formelle du législateur. Celui-ci a procédé à une véritable délégation de compétences en attribuant aux autorités administratives locales un pouvoir réglementaire général (35). Le conseil «fait les ordonnances de police communale» dit l'article 78 de la loi communale. Ce pouvoir réglementaire lui revient, une fois pour toutes, sans intervention particulière de lois permissives, mais sans pour autant qu'il puisse déroger aux lois ni aux règlements d'administration générale au provinciale (36).

Pour M. Ganshof van der Meersch (37) ce pouvoir est très étendu, aucune loi n'énumérant d'une façon limitative les objets qui relèvent de la police communale : «la notion de l'ordre public en droit administratif comprend des objets très différents et susceptibles de varier avec les époques et les circonstances». Le décret du 14 décembre 1789 range dans la matière de la police, «*notamment*» la propreté, la salubrité, la sûreté et la tranquillité dans les rues, lieux et édifices publics.

Le décret des 16-24 août 1790 donne une énumération plus détaillée et plus complète des «objets» de police confiés à la vigilance et à l'autorité des corps municipaux. L'ordre public selon le même auteur, n'a pas non plus de caractère limitatif (38). Les autorités

(35) Consultez A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif*, Larcier, 1966, n° 483, p. 445, n° 736, p. 668-669 ; J. DEMBOUR, *op. cit.*, p. 304-309 ; W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, note sous Cass., (1e ch.), 24 novembre 1961, *Pas*, 1962, I, p. 367 et suiv. ; A. MAST, «Le contenu spécifique de l'intérêt communal», *L'Autonomie communale en droit belge*, Larcier, 1968, p. 40 et 42 ; *Précis de droit administratif belge*, Story-Scientia, 1966, p. 264-266.

(36) Voy. A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, n° 736, p. 669 : «Par conséquent si une matière a été entièrement réglée, soit par un règlement provincial pris en vertu de la loi, le conseil communal ne peut plus intervenir». V. CRABBE, *op. cit.*, p. 74 et 78-80, et J. DEMBOUR, *op. cit.*, p. 303 et 452.

(37) W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *ibidem* ; voy. aussi M. VAUTHIER, *Précis du droit administratif de la Belgique*, 3e éd., Larcier, 1950, n° 131, p. 196.

(38) Contre cette conception Cyr. CAMBIER, *op. cit.*, p. 389 ; J. DEMBOUR, *op. cit.*, p. 306 et suiv. (aussi bien que la bibliographie qui y est citée) ; A. MAST, *Précis de droit administratif*, précité, p. 266. Selon J. DEMBOUR (*op. cit.*, p. 325), «il convient de ne ranger parmi les attributions de police administrative communale que les objets qui ont été formellement confiés à la vigilance et à l'autorité des administrations et pour lesquels aucune disposition légale nouvelle n'a attribué une compétence exclusive à une autre autorité» ; R. WILKIN, *Commentaire de la loi communale*, Bruylant, 1947, t. I, p. 370, n° 259 et suiv.

propriété privée, il a été affirmé «que l'autorisation donnée à un particulier d'établir un marché dans sa propriété *relève tantôt du pouvoir d'administration des autorités communales*, tantôt de *leur pouvoir de police*, selon qu'elle est déterminée par des considérations de bonne administration ou spécialement par des considérations de propreté, de salubrité, de sûreté ou de tranquillité dans les lieux publics».

La Cour a, en l'espèce, confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de Gand, en ce que celle-ci avait décidé que la défenderesse (une société anonyme) était «fondée à se prévaloir de l'autorisation accordée le 20 février 1951 par le conseil communal de Saint-Michel à l'effet d'établir un marché privé au bétail sur le territoire de ladite commune». La Cour de cassation a considéré que «l'autorisation d'établir pareil marché dans une propriété privée *peut* n'être qu'une mesure d'administration prise par le conseil communal en vertu de l'article 75 de la loi du 30 mars 1836 ; et qu'une telle autorisation *peut* être subordonnée à des conditions d'organisation et d'exploitation, que le règlement détermine, et qui relèvent du pouvoir de police du conseil communal, fondé sur l'article 78 de la loi précitée ; ...»

Dans ses conclusions, l'avocat général, a justifié cette décision par les considérations suivantes : sur la voie publique, l'établissement d'un marché ou d'une foire ne saurait se faire sans l'autorisation de l'autorité communale, par contre, «l'établissement d'un marché sur ou dans une propriété privée *peut* faire l'objet d'une autorisation du conseil communal, appelé à apprécier l'intérêt et les besoins de la collectivité de la commune» (...)

«Si l'organisation du marché public installé sur une propriété privée est telle qu'elle appelle des mesures de police, le conseil communal a le devoir de les prendre et, comme toute réglementation, ces mesures comporteront des règles de droit».

«Le conseil communal conservera toujours le droit d'interdire l'établissement du marché public établi sur une propriété privée (...) ou d'y mettre fin. Il le fera, ou bien pour des *raisons administratives, appréciant l'intérêt et les besoins de la collectivité communale*, ou bien en vertu de son pouvoir de police».

général W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH. Les passages cités ci-dessous entre guillemets sont repris à la note sous l'arrêt, signée W.G. dans la *Pasicrisie*.

La Cour a pu ainsi juger qu'il existe, à côté du pouvoir de police, un pouvoir autonome, purement administratif, déterminé par les besoins de l'intérêt communal. En Belgique, *la notion d'intérêt communal* pourrait jouer un rôle analogue à celui que la notion d'intérêt général a joué en France. Elle constituerait le *pivot autour* duquel se développeraient des pouvoirs plus larges de la commune en matière économique.

De l'arrêt précité ressort, en tout cas, que le conseil communal dispose de deux sortes de pouvoirs qui se recouvrent mutuellement. D'une part, un pouvoir réglementaire exercé dans un but de police, visant au maintien du bon ordre dans les rues et dans les lieux publics, et d'autre part, un pouvoir réglementaire général, *appelé «pouvoir d'administration»* (42). Ce dernier se meut dans le cadre que tracent les articles 31 et 108 de la Constitution, s'exerce conformément à l'article 75 de la loi communale du 30 mars 1836 et s'étend à tout ce qui est «d'intérêt communal» (43).

L'aspect économique de la notion «d'intérêt communal»

7. – Que faut-il entendre, plus précisément, par «intérêt communal» ?

(42) Il faudrait noter à cet égard que sous l'ancien régime le mot police désignait ce que nous entendons par le terme administration, et qu'il s'appliquait plus particulièrement encore à l'administration des villes. La séparation de ces deux notions s'est opérée au cours du XIXe siècle. Dans une étude publiée dans la *Revue de l'Administration*, en 1900, concernant la notion de police, l'auteur observe pertinemment que la décomposition des deux notions «apparaît notamment dans le texte de la loi communale du 30 mars 1836. L'article 78 déclare que le conseil fait «les règlements d'administration intérieure et les ordonnances de police communale». L'administration s'oppose ici nettement à la police». Il est permis de dire, poursuit le même auteur, que «dans la pensée du législateur, les règlements d'administration intérieure embrassent surtout les questions d'ordre économique, par exemple la gestion des biens et le recouvrement des impôts, tandis que les ordonnances de police tendent à garantir la sûreté, la tranquillité et la salubrité publiques...» Cependant sous l'empire des exigences économiques de notre époque, un rapprochement s'est produit à nouveau entre ces deux notions. De toute manière, *la notion de police ne s'oppose pas à l'Administration*».

(43) W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *ibidem* : «Quelle que soit l'extension donnée à la notion d'ordre public, celle de l'intérêt communal sera toujours plus vaste. Il existe de nombreuses matières attribuées par la loi aux autorités communales qui sont étrangères au pouvoir de police».

M. Mast [44] observe «qu'il n'existe pas d'intérêt communal par nature», qu'il n'est pas de matière qui soit prédestinée à n'être administrée que par la commune. C'est le législateur qui, en déterminant le contenu de l'intéret communal, délimite l'aire de compétence du pouvoir local. Il peut préciser le domaine de compétence de la commune, en lui déférant la charge de certaines matières qui sont ou deviennent ainsi par le fait de la loi, d'intérêt communal, comme il peut également transférer dans le secteur de l'administration centrale telle matière qui appartenait à la compétence de la commune.

Sous réserve de ces obsevations qui reconnaissent très exactement le pouvoir du législateur, l'importance de l'initiative d'action de la commune n'est pas pour autant négligeable. La détermination du contenu de l'intérêt communal, *dans chaque cas déterminé*, appartient à la compétence du conseil communal.

La notion d'intérêt communal est de toute façon une notion de fait qui évolue [45]. La marge d'appréciation laissée à l'autorité communale est large : «La règle selon laquelle les communes peuvent faire tous les actes qui ne leur sont pas interdits, à condition d'agir à des fins d'intérêt communal, est claire : la commune est juge de ce qui est d'intérêt communal. Est d'intérêt communal tout objet que le conseil communal estime être tel. C'est donc une compétence indéfinie, mais non absolue. Elle n'existe que dans la mesure où l'objet n'a pas été réservé par la Constitution ou par la loi à un autre pouvoir ou à une autre autorité» [46].

Si l'on constate que la jurisprudence a reconnu la légalité d'actes de commerce accomplis par une société coopérative intercommunale [47] et que les communes se livrent à des activités à caractère

(44) A. Mast, «Le contenu spécifique de l'intérêt communal», in *L'Autonomie communale en droit belge*, op. cit., p. 40-44 ; A. Mast, obs. sous Cass., 19 novembre 1964, *R.C.J.B.*, 1966, p. 268, 269.

(45) R. Wilkin, *op. cit.*, n° 90 ; sur les notions d'intérêt général et d'intérêt local, voir les pénétrantes considérations de H. Buch, dans son rapport in *L'autonomie communale en droit belge*, *op. cit.*, p. 129-148.

(46) W. J. Ganshof van der Meersch, *ibidem*, p. 371.

(47) Lorsqu'elles agissent dans des vues d'intérêt public communal, les communes peuvent faire tous les actes qui ne leur sont pas interdits, même des actes ayant par eux-mêmes le caractère d'actes de commerce. Cass., 6 avril 1922, *Pas.*, 1922, I, 235. «Doit être considéré comme étant d'intérêt communal, l'acte ou le service public qui intéresse la collectivité des habitants d'une commune».

industriel ou commercial [48], on ne comprend pas pourquoi on ne leur reconnaîtrait pas un *pouvoir réglementaire de gestion* du domaine sur la base de l'article 75 de la loi communale. *La notion d'intérêt communal pourrait, à cet égard englober des intérêts d'ordre économique* [49]. L'octroi ou le refus des utilisations privatives pourraient ainsi dépendre de considérations telles que la bonne exploitation du domaine ou l'intérêt financier de la commune.

Au surplus, ce pouvoir de gestion du domaine trouve un fondement complémentaire, mais décisif, dans la notion de propriété du domaine, comme nous allons le voir maintenant.

La notion de propriété du domaine

8. – *Le fondement juridique des pouvoirs d'exploitation du domaine pourrait, en effet, résider dans la propriété collective du domaine* [50]. L'appropriation publique du bien soustend les pouvoirs que l'administration détient sur le domaine public. Même si l'on accepte la thèse suivant laquelle les droits de l'administration sur son domaine ne résultent pas d'un droit de propriété [51], du moins, ces

(48) Voy. M. A. FLAMME, «Le régime des activités commerciales et industrielles des pouvoirs publics en Belgique», *Revue de l'Institut de Sociologie*, 1966, 1.

(49) Consultez l'arrêt C.E., 2 février 1965, Cools, *R.A.A.C.E.*, 89, où la promotion du tourisme est considérée comme un objet d'intérêt communal.

(50) L'idée de propriété comprend celle de gestion, qui prend une importance particulière dans la conception de la domanialité publique. Toutefois, il faut préciser que la notion de gestion est sans aucun doute un peu différente de celle de propriété, car on peut gérer un bien dont on *n'est pas* propriétaire.

(51) Sur la notion du droit de propriété de l'administration sur son domaine, on consultera l'ouvrage de J. F. DENOYER, *op. cit.*, notamment les pages 7-52, où l'on peut suivre l'évolution de la théorie de la propriété : voy. également A. DE LAUBADERE, *op. cit.*, t. II, p. 185 et suiv. ; également J. DEMBOUR, *op. cit.*, p. 351-358 et M. A. FLAMME, *Le domaine et les contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 7. Sur l'ambiguïté de l'idée de propriété, on consultera la thèse de C. KLEIN, *op. cit.*, notamment les pages 27-33, où l'auteur s'efforce de souligner l'ambiguïté de la notion de propriété du domaine, quitte à reconnaître que cette notion est maintenant communément «reçue» (p. 33) ; voy. Cyr. CAMBIER, *op. cit.*, p. 340-341 : «La domanialité publique n'implique, en effet, pour être définie, le recours à aucun attribut du propriétaire sur la chose. Si le bien est désaffecté, il retombe dans le domaine privé et rentre dans la gestion que le pouvoir en fait comme propriétaire. Mais tant qu'*il conserve sa destination publique, il est administré non comme objet d'une propriété, mais comme objet d'une police administrative*». Voy. aussi A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, p. 373 ; G. DOR et J. DEMBOUR, *op. cit.*, p. 54 et suiv.

droits sont-ils conditionnés par la circonstance que l'administration *possède en fait* les biens du domaine. Les autorisations domaniales, décisions unilatérales de l'administration, expriment la volonté de la puissance publique de créer et de maintenir un ordre public conforme aux intérêts du public et du maître du bien.

Il ne faudrait évidemment pas considérer que le régime du domaine public s'identifie tout simplement à la propriété. *Car la domanialité publique se superpose à la propriété ; elle ne s'y substitue pas* (52). A l'heure actuelle, il est admis que les biens du domaine sont propriété de l'administration, mais sont *grevés d'une affectation particulière qui les frappe d'indisponibilité.*

Dans une étude doctrinale récente (53), il a été fort bien exposé que le régime de la domanialité publique est moins proche du concept de propriété que de celui de «domaine éminent», notion employée par l'ancien droit pour désigner «l'ensemble des droits directs que le prince exerçait sur les terres faisant partie de sa seigneurie». «Le domaine éminent du prince pouvait être défini comme le droit, dont était investie l'autorité souveraine, d'affecter les immeubles à l'usage commun... et enfin de recueillir, sous forme d'impôts, une partie des fruits que produisent ces biens». Dans la conception féodale de l'Etat, «le souverain était propriétaire de sa seigneurie : ses droits souverains découlaient de cette propriété». Le mérite de la notion de domaine *éminent* résiderait dans le fait que celle-ci n'efface pas le droit de propriété, au contraire, elle le suppose. Elle établit un système cohérent par lequel l'exercice du droit de propriété s'intègre dans l'organisation globale de la collectivité publique.

En ce qui concerne la jurisprudence, même si celle-ci a refusé, dans certains de ses arrêts, de réduire le régime du domaine public à un régime de propriété (54), elle a pourtant, dans d'autres cas,

(52) M. A. FLAMME, *Le domaine et les contrats administratifs, op. cit.*, p. 7. «La domanialité publique se «surajoute à la propriété sans le faire disparaître». Voy. aussi J. DENOYER, *op. cit.*, p. 75. «La propriété (du domaine) est une propriété spéciale, une propriété d'affectation ; aussi bien faut-il compléter (cette) idée en précisant que les actes de gestion doivent être compatibles avec la destination du domaine public».

(53) J. HOEFFLER, «Le régime foncier de droit public et le domaine éminent», *Mouvement Communal*, 1973, p. 567.

(54) Cass., 8 novembre 1894, *Pas.*, 1894, I, 321 ; Cass., 19 décembre 1895, Pas., 1896, I, 48.

considéré que la notion de propriété *soustend* le régime du domaine public [55].

De toute manière, l'idée d'un régime spécial de propriété du domaine, admise par la majorité de la doctrine [56], fournit un fondement supplémentaire à l'exercice d'un pouvoir de gestion sur le domaine. On pourrait alors *déduire de ce droit de propriété* spéciale de l'administration sur les biens domaniaux et de l'utilisation économique qui en découle, *l'aspect économique de l'intérêt communal*, et fonder, de cette manière, la compétence du conseil communal de prendre des règlements en fonction de préoccupations d'ordre économique (article 75 de la loi communale). Le conseil communal, en tant que gestionnaire du domaine public, serait en droit d'en retirer toutes les utilités qu'il présente, «c'est-à-dire, non seulement les utilités d'usage et d'utilisation conformes à sa destination, mais lorsqu'elles sont compatibles avec son affectation, toutes autres utilités, spécialement les utilités économiques et financières» [57].

9. – En conclusion, nous ne pensons pas qu'il faille reconnaître, en Belgique, l'existence d'une nouvelle catégorie de pouvoirs exercés sur le domaine public et *opposés* aux pouvoirs de police. *Il s'agit plutôt d'étendre, d'élargir* l'exercice du pouvoir réglementaire actuel dans des matières autres que les matières de police au sens strict : en matière d'intérêt communal par exemple, ou dans l'intérêt du domaine et de son exploitation économique. Peu importe l'appellation de ces pouvoirs. Le fait qu'on les appelle pouvoirs de gestion, en raison du but économique poursuivi, ne change en rien leur nature véritable, *qui se situe toujours au sein de la fonction de régulation administrative* [58]. *Pouvoirs de gestion et pouvoirs de police ne s'opposent pas, ils se recouvrent et parfois ils se confondent dans leur*

(55) Voy. dans ce sens, Cass., 15 janvier 1880, *Pas.*, 1880, I, 55 ; Cass., 15 juin 1882, *Pas.*, 1882, I, 243 ; Cass., 2 octobre 1924, *Pas.*, 1924, I, 530.

(56) En ce qui concerne la doctrine belge voy. G. Dor et J. Dembour, *op. cit.*, n° 84, ainsi que la doctrine citée.

(57) Conf. M. A. Flamme, *Le domaine et les contrats administratifs*, précité, p. 45.

(58) Sur cette notion voy. A. Manitakis, «La régulation administrative de l'économie et la liberté du commerce et de l'industrie», thèse, U.L.B., 1973-1974, polyc., en voie de publication.

exercice par une même autorité administrative (59). C'est le cas notamment des autorités communales lorsqu'elles exercent leurs pouvoirs sur la voie publique. Si ces autorités sont expressément chargées d'assurer la tranquillité et la sécurité publiques en vertu de leur mission de *police générale* – et si elles sont fondées en outre à garantir l'intégrité et la conservation de la petite voirie, en vertu du pouvoir de *police de conservation* qu'elles détiennent – elles sont amenées à tenir compte, *en même temps*, de préoccupations financières ou même patrimoniales. La commune n'agit plus sur son domaine uniquement en tant que puissance publique, elle doit y exercer aussi «les pouvoirs d'administration d'un propriétaire et de son fondé de pouvoirs» (60).

Cette dualité du fondement de la compétence des autorités communales a d'ailleurs été consacrée par la jurisprudence belge qui a récemment affirmé «que l'autorité (communale) (61) puise dans *sa qualité de propriétaire* de la salle de réunion le pouvoir légitime de refuser, à titre préventif, de collaborer à une manifestation dans laquelle elle estime, *en tant qu'autorité de* police, entrevoir avec suffisamment de certitude un danger pour l'ordre et la tranquillité publics».

(59) Conf. J. MOURGEON, note J.C.P., 1967, II, 15063, où on peut lire «l'Administration dispose de deux sortes de pouvoirs : des pouvoirs de police exercés principalement mais non exclusivement *pour le maintien de l'ordre public* et des pouvoirs de *gestion domaniale* à employer pour assurer la meilleure utilisation du domaine. L'administration devra donc, sous le contrôle habituel du juge, chercher à concilier les exigences parfois opposées de ces deux catégories de prérogatives».

(60) M. WALINE, note, *R.D.P.*, 1967, p. 549.

(61) C.E., 25 mars 1975, n° 16943, Van Craen, *R.A.A.C.E.*, 1975, p. 270.