

CK.

DEUTSCHEN - WEGGEVEN
L
- 1 -
1983-09-19
Transmis à M.
Vergemaakt aan de H.

L. 15.330/VR/9.

ROYAUME DE BELGIQUE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, chambres réunies et neuvième chambre, saisi par le Ministre de la Région wallonne pour l'Eau, l'Environnement et la Vie rurale, le 10 février 1983, d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté de l'Exécutif régional wallon "portant interdiction de l'emploi d'herbicides sur le domaine public", a donné le 3 mai 1983 l'avis suivant :

Observations générales.

Sur base de l'article 38 de la loi du 12 juillet 1973 sur la conservation de la nature et de l'article 6, § 1er, III, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, l'Exécutif régional wallon se propose, par l'arrêté en projet, d'interdire l'emploi d'herbicides sur un certain nombre de biens, sinon sur tous les biens non bâtis du domaine public.

I.

L'arrêté en projet précise, chaque fois qu'il utilise l'expression "domaine public", qu'il entend cette expression "au sens de l'article 538 du Code Civil". Cette référence à l'article 538 du Code civil devrait être supprimée. Dans son Traité élémentaire de droit civil belge (t. V, n° 777), Henri DE PAGE constatait déjà que l'article 538 "ne définit, en réalité, rien du tout" et qu'il groupe "sous la dénomination assez insolite de "dépendances du domaine public" : a) Des res publicae authentiques (...), b) Des biens qui relèvent du domaine privé (...) c) Des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous (...) des res communes". Comme le

.../...

remarque Jacques DEMBOUR (Droit administratif, 1978, n° 250), il n'est pas possible de définir le domaine public en se basant sur l'article 538 du Code civil et sur l'article 2 du Code domanial de 1790 "car, au moment de l'entrée en vigueur de ces textes, la terminologie n'était pas fixée" et "les rédacteurs du Code civil ne distinguaient pas entre le domaine de la Nation et le domaine public".

La doctrine moderne définit généralement le domaine public comme comprenant "non seulement les biens qui, étant la propriété des pouvoirs publics, sont nécessaires à un service public, mais encore ceux qui, appartenant à l'administration, sont directement affectés à l'usage du public" (J. DEMBOUR, op. cit., n° 225; voy. dans le même sens : P. WIGNY, Droit administratif, 1962, n° 303; A. BUTTGENBACH, Manuel de Droit administratif, n° 388 bis, qui insiste sur le caractère "nécessaire" de l'affectation à un service public). Pour André MAST (Overzicht van het Belgisch Administratief Recht, 8ème éd., 1981, n° 178), la doctrine belge la plus récente suit l'enseignement de Marcel WALINE selon lequel fait partie du domaine public tout bien qui, soit en raison de sa configuration, soit en raison d'un aménagement spécial, soit en raison de son importance historique ou scientifique, est nécessaire à un service public ou à la satisfaction d'un besoin public et ne saurait être remplacé par aucun autre.

La Cour de cassation paraît n'admettre qu'une définition plus restreinte du domaine public. Elle décide qu'un bien appartient au domaine public lorsque, par une décision expresse ou implicite de l'autorité compétente, il est affecté à l'usage de tous, sans distinction de personnes (Cass., 3 mai 1968, Pas., 1968, 1033, obs., Rev. Adm., 1969, p. 20, Rev.Comm., 1969, p. 15, Rev.Crit. Jur. B., 1969, p. 5, obs. A. MAST; 20 avril 1978, Pas., 1978, I, 937, concl. J. VELU). La Cour estime que relève aussi du domaine public tout bien qui lui est attribué par la loi.

.../...

Mieux vaut donc ne pas définir le domaine public par référence à l'article 538 du Code civil

II.

Quelle que soit la définition qu'on en retienne, le domaine public ne comporte que des biens qui ont été affectés, de manière expresse ou tacite, soit à l'usage de tous, soit à un service public. Cette destination particulière du bien se trouve évidemment en relation avec les compétences de l'autorité qui a décidé, de manière expresse ou tacite, de son affectation à l'utilité publique. Si l'Etat affecte à la circulation publique certaines voies de communications par terre ou par eau, c'est parce qu'il lui appartient de créer et de gérer la grande voirie, afin de répondre à un besoin collectif qu'il estime devoir prendre en compte. Si une commune affecte un terrain à la destination de parc public, c'est qu'elle a considéré que l'intérêt communal, dont elle a la charge, exigeait qu'il en fût ainsi.

Suivant l'article 12, alinéa 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles :

"Les biens meubles et immeubles de l'Etat, tant du domaine public que du domaine privé, indispensables à l'exercice des compétences des Régions et des Communautés, leur sont transférés sans indemnité".

Il résulte de cette disposition que le domaine public de l'Etat s'est trouvé scindé, l'Etat lui-même n'en conservant qu'une partie, d'autres parties étant dévolues aux Communautés et aux Régions.

.../...

Cette répartition du domaine public étatique soulève la question de savoir quelles autorités pourront exercer des pouvoirs de police administrative sur les domaines publics respectifs de l'Etat, des Communautés et des Régions. Dirait-on que seule l'autorité chargée de la gestion du domaine public dont il s'agit, peut exercer de tels pouvoirs à l'égard d'un bien relevant de ce domaine ou bien faut-il admettre que toute autorité de l'Etat, de la Communauté ou de la Région peut exercer, même à l'égard de biens appartenant au domaine public d'une autre personne publique quelle qu'elle soit, les attributions de police administrative dont elle a été régulièrement investie en vertu de la Constitution ou de la loi spéciale de réformes institutionnelles ?

En faveur de cette dernière solution et dans le cas précis de la compétence de police administrative que l'Exécutif régional wallon entend mettre en oeuvre en prenant l'arrêté en projet, on pourrait faire valoir que l'article 6, § 1er, III, 2°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles attribue en termes généraux aux Régions :

"III. En ce qui concerne la rénovation rurale et la conservation de la nature :

...

2. La protection et la conservation de la nature, à l'exception de l'importation, de l'exportation et du transit des espèces végétales non indigènes, ainsi que des espèces animales non indigènes et de leurs dépouilles;

..."

.../...

Selon l'exposé des motifs de la loi spéciale :

"Cette matière comprend entre autres les matières réglées par la loi du 12 juillet 1973 sur la conservation de la nature, à l'exception toutefois de la matière réglée par l'article 5 de cette loi, c'est-à-dire l'importation, l'exportation et le transit des espèces végétales non indigènes ainsi que des espèces animales non indigènes et de leurs dépouilles, parce que telle compétence appartient raisonnablement à l'autorité nationale" (1).

La définition ainsi donnée de la protection et de la conservation de la nature par référence à la loi du 12 juillet 1973 n'a pas été remise en question par la suite.

La loi du 12 juillet 1973 "tend à sauvegarder le caractère, la diversité et l'intégrité de l'environnement naturel par des mesures de protection de la flore et de la faune, de leurs communautés et de leurs habitats, ainsi que du sol, du sous-sol, des eaux et de l'air" (article 1er). Parmi les mesures ainsi annoncées figurent celles que le Roi (lire actuellement : et les Exécutifs des Régions) peut prendre en vertu de l'article 38 et qui consistent à interdire ou à réglementer l'emploi de substances toxiques ou d'autres produits dangereux pour la vie sauvage ou pour l'intégrité biologique du sol et de l'eau.

.../...

(1) Sénat, 1979-1980, doc. n° 434/1, p. 14.

Ainsi conçues, la protection et la conservation de la nature doivent s'étendre en principe à tout le territoire de la Région. La première phrase de l'article 4 de la loi du 12 juillet 1973 tend à le confirmer puisqu'elle permet de limiter à certaines régions, à certains territoires ou à certains biotopes l'application des mesures de protection des espèces végétales et animales. On pourrait être tenté d'en déduire qu'une restriction de portée générale du champ d'application des mesures que l'Exécutif est habilité à prendre, ne saurait être admise à défaut d'une manifestation de volonté du législateur spécial dans ce sens.

Il convient toutefois de se demander si l'attribution d'un pouvoir de police administrative spéciale, d'ailleurs très large, puisqu'il pourrait comporter toutes les mesures jugées utiles à la protection et à la conservation de la nature sur les biens du domaine public, sera toujours compatible avec l'affectation de ces biens à l'usage du public ou, surtout, à un service public.

C'est en raison de leur affectation à l'utilité générale que les biens du domaine public sont soumis à un régime juridique spécial, tendant à garantir qu'aucun obstacle ne pourra être mis à l'utilisation de ces biens dans un but d'intérêt général. Ce régime prévoit l'inaliénabilité, l'imprescriptibilité et l'insaisissabilité de tout ce qui appartient au domaine public. La jurisprudence ajoute que ce qui relève du domaine public ne peut être grevé de servitudes, notamment des servitudes légales qui, comme le dit l'article 649 du Code civil, "ont pour objet ... l'utilité des particuliers" (Cass., 18 mars 1926, Pas., 1926, I, 307; 22 novembre 1928, *ibid.*, 1929, I, 28).

L'arrêté en projet présente cette particularité que tous les biens du domaine public qui ne sont pas bâtis (art. 2, 3°: "les autres terrains du domaine public") et seuls les biens

du domaine public - à l'exclusion des biens du domaine privé des personnes publiques - entrent dans le champ d'application territorial de cet arrêté.

Le rapport à l'Exécutif régional wallon précise d'ailleurs que "l'objectif poursuivi est de favoriser l'équilibre de la faune et de la flore, par l'établissement de bandes refuges dans le domaine public, tel que précisé par l'article 538 du Code civil". Dans l'intention de l'Exécutif, l'arrêté en projet doit donc avoir pour effet de donner une seconde affectation aux terrains du domaine public. Indépendamment de l'affectation qui justifie leur appartenance au domaine public, ces biens seront désormais, selon l'arrêté en projet, destinés à servir d'asile à des espèces animales et végétales que l'on veut protéger. Il est évident que ces deux affectations se révéleront dans certains cas incompatibles entre elles. La protection des hérissons, notamment cités dans le rapport à l'Exécutif, sur les accotements, talus, bermes et autres terrains en bordure des autoroutes, à supposer qu'elle soit réalisable par l'interdiction de l'usage des herbicides, pourrait sans doute être considérée comme créant des risques pour la circulation à vitesse élevée des véhicules, qui constitue pourtant la destination première de ce type de voirie.

En tout état de cause, dans la mesure où l'arrêté en projet interdit l'emploi d'herbicides là où il en est fait usage aujourd'hui pour des biens du domaine public, dans la mesure où il entend substituer obligatoirement la "gestion à base de fauchage" à la gestion "par épandage d'herbicides", il risque de rendre plus onéreux, dans une proportion déraisonnable, l'entretien, nécessaire en raison même de leur affectation, de certains biens du domaine public. Le régime juridique de celui-ci, qui le protège contre toute entrave ou toute charge qui affecteraient tant soit peu son usage par le public ou son usage aux fins d'un service public, se trouverait sensiblement modifié si l'on devait admettre que des réglementations émanant d'autorités distinctes de l'autorité chargée de la gestion d'un bien du domaine public, peuvent s'appliquer à un tel bien. Sous réserve de la police de la circulation, qui relève de la police générale, la police qui s'exerce sur les biens du domaine public, notamment la police de la conservation du domaine, appartient aux autorités de la

collectivité propriétaire (Voir A. DE LAUBADERE, Traité élémentaire de droit administratif, Paris, L.G.D.J., 1968, 4ème éd., t. II, n°s 308 et suiv., spécialement n° 314, p. 171 et 172).

D'une manière plus générale, il est manifeste que, si le pouvoir de police appartenant aux autorités de l'Etat, des Régions et des Communautés peut s'exercer sans réserve sur les biens du domaine public, même sur des biens du domaine public d'une personne publique jouissant, dans la sphère de ses compétences constitutionnelles et légales, d'une autonomie complète excluant toute intervention autoritaire et discrétionnaire d'une autorité relevant d'une autre personne publique, des conflits de normes se présenteront : l'une des autorités, celle de la Région, par exemple, se prévaudra de la compétence que la Constitution ou la loi spéciale de réformes institutionnelles lui attribue dans le domaine d'une police administrative spéciale, pour établir des règles ayant une incidence sur la gestion ou l'utilisation d'un bien du domaine public de l'Etat, une autre autorité, relevant, par exemple, de l'Etat, se fondera sur l'affectation qu'elle a donnée à ce bien de son domaine afin de le faire servir à une fin d'intérêt général qu'elle a le pouvoir et le devoir de poursuivre en vertu des compétences que la Constitution ou la loi spéciale de réformes institutionnelles lui réserve, et refusera de se conformer aux prescriptions régionales qui entravent sa maîtrise sur son domaine public.

Sans doute est-il admis qu'une servitude d'utilité publique puisse s'appliquer à un bien du domaine public. Des lois ont, par des dispositions expresses, créé des servitudes d'utilité publique à charge de la voirie publique (Voir les exemples cités par A. MAST, Overzicht van het Belgisch Administratief Recht, 8ste uitgave, Story, Gent, 1981, n° 234, p. 240, note 2). Mais il faut que l'existence de cette servitude soit compatible avec l'affectation du bien au domaine public et les fins d'intérêt général que cette affectation poursuit. Aucune difficulté ne se présente à cet égard lorsque l'autorité qui établit la servitude est aussi celle qui a la gestion du domaine, car elle peut,

.../...

en vertu de cette double compétence, apprécier la mesure dans laquelle chacun des intérêts en présence mérite d'être satisfait. Par contre, par l'arrêté en projet, la Région créerait une servitude à charge de biens du domaine public dont elle n'a pas la gestion et, plus particulièrement, à charge de biens du domaine public de l'Etat. Or elle n'a point compétence pour déterminer si la servitude qu'elle crée, est ou non de nature à compromettre l'utilisation du bien par le public ou pour un service public conformément à son affectation. Tant qu'un bien demeure affecté au domaine public, son usage conformément à la destination résultant de cette affectation apparaît comme indispensable à l'exercice des compétences en fonction desquelles ladite affectation a pu être régulièrement décidée. L'autorité qui a pour mission d'assurer les communications, ne saurait se passer de routes et de voies de chemin de fer dûment aménagées en conséquence. L'indisponibilité des biens du domaine public est opposable à tous, même aux pouvoirs publics, (J. DEMBOUR, Droit administratif, 3ème éd., 1978, n° 273, p. 396). La Cour de cassation a décidé qu'un bien du domaine public ne peut pas être exproprié pour cause d'utilité publique (Cass., 28 avril 1893, Pas., I, 105). Le Conseil d'Etat a décidé que la décision d'une commune d'affecter à l'usage de cimetière un bien situé sur le territoire d'une autre commune, interdisait à cette dernière commune de prévoir, dans ses plans d'aménagement, une autre destination pour le bien en cause (arrêt n° 18.015 du 23 décembre 1976, Ville de Liège, Rec., p. 1040). Certes, l'expropriation ou l'affectation à un autre usage sont clairement incompatibles avec l'affectation d'un bien au domaine public. Mais on retiendra l'idée que la décision de la personne publique d'affecter un bien à son domaine

.../...

public, s'impose aux autres personnes publiques, même quand elles poursuivent un but d'utilité publique. Il est permis d'en déduire que, dans toute la mesure où une servitude légale d'utilité publique n'est pas compatible avec la destination en vue de laquelle un bien a été affecté au domaine public, la servitude ne pourra pas s'y appliquer. Lorsque la servitude, sans être absolument incompatible avec l'affectation du bien au domaine public, rend néanmoins l'utilisation de ce bien par le public ou pour un service public plus difficile ou plus onéreuse, il conviendra d'appliquer le principe de proportionnalité pour déterminer si ces difficultés ou cette charge doivent être ou non admises par l'autorité qui gère et administre le bien. Cette autorité sera normalement la première à devoir appliquer le principe de proportionnalité. Elle le fera éventuellement sous le contrôle des cours et tribunaux ainsi que des juridictions administratives.

Il en résulte que l'arrêté en projet ne peut être admis que s'il est entendu comme n'ayant d'effet que dans la mesure où ses prescriptions sont compatibles avec l'affectation donnée aux biens du domaine public. C'est dans cette mesure seulement que les autorités gestionnaires du domaine public devront s'y conformer.

.../...

EXAMEN DU TEXTE.
-----Préambule.

Il n'est pas d'usage de viser la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles chaque fois que la Région wallonne exerce une compétence que cette loi lui confère. L'alinéa ler doit donc être omis.

+

Lorsqu'une formalité de consultation est imposée par un texte, il est d'usage de ne viser au préambule que l'accomplissement de cette formalité. La référence à l'article 33 de la loi du 12 juillet 1973 qui impose cette consultation, peut, dès lors, être omise.

D'après le rapport à l'Exécutif, le projet poursuit un double but :

- "le maintien de "l'intégrité biologique du sol et de l'eau";
- "favoriser l'équilibre de la faune et de la flore".

Dans cette double perspective, l'arrêté en projet trouverait son fondement à la fois dans les articles 2 à 4 et dans l'article 38 de la loi du 12 juillet 1973.

.../...

L'alinéa 2 du préambule (devenant l'alinéa premier) gagnerait dès lors, à être rédigé comme suit :

"Vu la loi du 12 juillet 1973 sur la conservation de la nature, notamment les articles 2 à 4 et l'article 38;"

+

Les alinéas 3, 4 et 5 doivent être omis. En effet, il n'est pas d'usage de viser des arrêtés qui concernent l'organisation interne d'un Exécutif.

DISPOSITIF.

Article 2.

Les références à l'article 538 du Code civil devraient être omises pour les raisons exposées dans l'observation générale n° I.

Article 3.

Les mots "sans préjudice de l'application de la loi du 11 juillet 1969 relative aux pesticides et aux matières premières pour l'agriculture, l'horticulture, la sylviculture et l'élevage, et de ses arrêtés d'exécution" sont superflus et devraient être omis. L'article 1er, alinéa 2, de la loi du 12 juillet 1973 prévoit, en effet, expressément que "la présente loi ne vise pas à réglementer l'exploitation agricole et forestière".

.../...

Article 4.

La loi du 12 juillet 1973, invoquée comme fondement légal de l'arrêté en projet, n'a pour objectif ni d'assurer la "préservation de la santé publique" ni de lutter contre "les organismes nuisibles aux végétaux".

En outre, dans la mesure où il poursuit ces objectifs, le projet excède, en partie tout au moins, la compétence de la région wallonne, telle qu'elle est déterminée par la loi spéciale du 8 août 1980.

Afin d'éviter cette critique, il conviendrait de n'autoriser les dérogations que pour des motifs liés directement à la conservation de la nature.

Les chambres réunies étaient composées de

Messieurs : P. TAPIE, président de chambre, président,
G. BAETEMAN, président de chambre,
P. KNAEPEN,
A. VANWELKENHUYZEN, conseillers d'Etat,
J. NIMMEGEERS,
J. BORRET,
R. PIRSON,
F. RIGAUX, assesseurs de la
S. FREDERICQ, section de législation,
J. GIJSSELS,
Mesdames : S. VAN AELST, greffier,
R. DEROY, greffier assumé.

Les rapports ont été présentés par M. J. FORTPIED, premier auditeur, et M. J. HUBREGTSEN, auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRESIDENT,

S. VAN AELST.

P. TAPIE.

La chambre était composée de

Messieurs :	P. TAPIE,	président de chambre,
	P. KNAEPEN,	
	A. VANWELKENHUYZEN,	conseillers d'Etat,
	R. PIRSON,	
	F. RIGAUX,	assesseurs de la section de législation,
Madame :	R. DEROY,	greffier assumé.

Le rapport a été présenté par M. J. FORTPIED, premier auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRESIDENT,

R. DEROY.

P. TAPIE.