

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Droits réels et personnels sur le domaine public

Vandeburie, Aurélien; Vuye, Hendrik

*Published in:*

Revue Générale de Droit Civil Belge = Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht

*Publication date:*

2010

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Vandeburie, A & Vuye, H 2010, 'Droits réels et personnels sur le domaine public: vers la fin des (in)certitudes ...(?)', *Revue Générale de Droit Civil Belge = Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht*, pp. 114-129.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## Droits réels et personnels sur le domaine public: vers la fin des (in) certitudes... (?)

Hendrik VUYE  
Professeur ordinaire  
FUNDP de Namur (Académie universitaire Louvain)

Aurélien VANDEBURIE  
Assistant chargé de recherches  
Universiteit Hasselt

### RÉSUMÉ

Par un arrêt du 18 mai 2007, la Cour de cassation tranche la question de la validité d'un droit de superficie sur un bien relevant du domaine public. La Cour décide que si un bien constitue une dépendance du domaine public il est ainsi destiné à l'usage de tous; nul ne peut, dès lors, acquérir un droit privé pouvant constituer un obstacle à cet usage et porter atteinte au droit des pouvoirs publics de le réglementer à tout moment, eu égard à cet usage. Toutefois, dans la mesure où un droit privé de superficie ne fait pas obstacle à la destination précitée, il peut être établi sur un bien du domaine public.

Dans un arrêt du 25 septembre 2000, cette même Cour avait décidé que les biens du domaine public, étant affectés à l'usage de tous, sont hors commerce et nul ne peut acquérir sur eux, par convention ou par usucapion, un droit privé qui puisse faire obstacle à cet usage et porter atteinte au droit de la puissance publique de le régler et de le modifier en tout temps selon les besoins et l'intérêt de l'ensemble des citoyens. Lesdits biens ne peuvent dès lors être donnés en location ni, partant, faire l'objet d'un bail commercial.

Dans leur contribution, les auteurs tentent de préciser le champ d'utilisation privative du domaine public à la lumière des arrêts précités.

### SAMENVATTING

Het arrest van 18 mei 2007 van het Hof van Cassatie beslecht het vraagstuk over de mogelijkheid om een recht van erfpacht te vestigen op het openbare domein. Het Hof beslist dat wanneer een goed tot het openbare domein behoort, het zodoende bestemd is tot het gebruik van allen; dan kan niemand een privaatsrecht verwerven dat het bedoelde gebruik zou kunnen belemmeren en dat afbreuk zou kunnen doen aan het recht van de overheid om het te allen tijde, gelet op dat gebruik, te regelen. Voor zover evenwel een privaatsrecht van opstal voormelde bestemming niet verhindert, kan het worden gevestigd op een goed van het openbare domein.

In een arrest van 25 september 2000 had hetzelfde Hof echter beslist dat goederen van het openbare domein, aangezien ze tot eenieders gebruik bestemd zijn, buiten de handel vallen en niemand, bij overeenkomst of door usucapio op die goederen een privaatsrecht kan verwerven dat genoemd gebruik zou kunnen belemmeren en afbreuk doen aan het recht van de openbare overheid om het te allen tijde volgens de behoeften en het belang van alle burgers te regelen

en te wijzigen. Deze goederen kunnen niet in huur worden gegeven of in aanmerking komen voor handelshuur.

In hun bijdrage bespreken de auteurs de mogelijkheid tot privaat gebruik van het openbare domein, in het licht van beide arresten.

1 Par un arrêt du 18 mai 2007, la Cour de cassation a tranché la question de la validité de la constitution d'un droit réel – plus précisément, d'un droit de superficie – sur un bien relevant du domaine public<sup>1</sup>.

S'appuyant sur une opinion défendue traditionnellement en doctrine<sup>2</sup>, le juge du fond – la cour d'appel d'Anvers – avait décidé à ce propos qu'aucun droit de superficie ne pouvait être établi sur les biens immobiliers appartenant au domaine public<sup>3</sup>.

1. Cass., 18 mai 2007, C060086N, *cette revue*, 2008, p. 550, *Rev.not.b.* 2007, p. 631, note de D. LAGASSE, *NjW* 2007, p. 652, note W.R., *JLMB* 2007, p. 1727, *RW* 2007-08, p. 736, note de V. SAGAERT, *T.Gem.* 2008, p. 71, note de L. DE BOEL, *CDPK* 2008, p. 219, note de J. DE STAERCKE, *TBO* 2008, p. 9, note de D. VAN HEUVEN. Voy. également: K. VAN HOVE, "Het private gebruik van overheidsgoederen" in *Themis Goederenrecht 2008-09*, pp. 18 et s.
2. Outre les références rappelées dans l'arrêt de la cour d'appel, lequel est reproduit pour partie dans la décision commentée, voy. not., L. WODON, *Traité des choses publiques en général et des droits qui en dérivent*, Bruxelles, Bruylant, 1870, p. 268, *Pand.*, v° *Domaine public*, col. 1129, n° 167; L. DERIDDER et T. VERMEIR, *Leidings voor nutsvoorzieningen*, Bruges, die Keure, 2000, p. 15, n° 17; V. SAGAERT, "Het zakenrechtelijk statuut van nutsleidingen in het Belgisch recht", *TPR* 2004, p. 1365; A.W. VRANCKX, H. COREMANS et J. DUJARDIN, *Beheer over de onroerende goederen van openbare rechtspersonen*, Bruges, die Keure, 2005, 9<sup>ème</sup> éd., p. 28; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Malines, Kluwer, 2006, 17<sup>ème</sup> éd., p. 289. À l'inverse, l'on admet depuis un certain temps déjà que le titulaire d'une concession domaniale dispose sur les installations qu'il a pu ériger sur le domaine public en vertu de son titre d'occupation d'un droit de propriété qui s'analyse en un droit de superficie (conséquence) (J. FALYS, "Du droit de superficie des concessionnaires et permissionnaires élevés par eux sur le domaine public", *Ann.dr.Louvain* 1960, pp. 59-90, spéc. pp. 85-89; N. VERHEYDEN-JEANMART, Ph. COPPENS et C. MOSTIN, "Les biens. Examen de jurisprudence (1989-1998)", *RCJB* 2000, pp. 90-91, n° 20; S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Bruges, die Keure, 2007, p. 279, n° 523; D. LAGASSE, "Les utilisations collectives et privatives du domaine public" in *Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics*, *Rép. not.*, T. XIV, Livre VII, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 234-235. Civ. Bruges, 20 décembre 1993, *Act. dr.* 1996, p. 807; *F.J.F.* 1994, p. 276; *Rec.gén.enr.not* 1995, p. 59. Comp: L. DERIDDER et T. VERMEIR, *Leidings voor nutsvoorzieningen*, Bruges, die Keure, 2000, pp. 15-21). De la même manière, les canalisations d'utilité publiques établies sur ou sous le domaine public ne cessent pas d'appartenir à leurs propriétaires, dès lors que ceux-ci disposent d'un droit de superficie accessoire à la servitude légale d'utilité publique qui permet d'établir ces canalisations (V. SAGAERT, "Het zakenrechtelijk statuut van nutsleidingen in het Belgisch recht", *TPR* 2004, p. 1365).
3. Pour un exposé succinct des faits de cette affaire, voy. le rapport annuel de la Cour de cassation, 2007, p. 45.

La Cour suprême casse cet arrêt, au motif que: “Si un bien constitue une dépendance du domaine public il est ainsi destiné à l’usage de tous; nul ne peut, dès lors, acquérir un droit privé pouvant constituer un obstacle à cet usage et porter atteinte au droit des pouvoirs publics de le réglementer à tout moment, eu égard à cet usage. Toutefois, dans la mesure où un droit privé de superficie ne fait pas obstacle à la destination précitée, il peut être établi sur un bien du domaine public.”

2 La doctrine a, en général, favorablement accueilli cette décision. Celle-ci l’a été d’autant plus que depuis un temps certain déjà, de nombreux auteurs s’étaient prononcés en faveur d’une application plus souple de la règle d’indisponibilité des biens du domaine public, qui permettrait, à certains conditions, de constituer des droits réels, sans distinction, sur un bien relevant du domaine public<sup>4</sup>. L’arrêt du 18 mai 2007 ne fait que leur emboîter le pas, après que le législateur lui-même se soit engagé dans la même voie<sup>5</sup>. La

règle d’indisponibilité du domaine public ne viserait plus alors, selon certains, que “l’interdiction de grever les biens du domaine public d’un droit qui, soit serait en soi et dès le départ incompatible avec son affectation publique (c’est-à-dire qui fasse obstacle à son usage public ou à son usage par le service public auquel il est affecté), soit le deviendrait en raison de son absence de précarité, laquelle s’opposerait à ‘la loi du changement’ qui régit l’ensemble du droit administratif, c’est-à-dire en l’espèce au droit du gestionnaire domanial de régler et modifier en tout temps l’usage du bien d’après les besoins et l’intérêt de la collectivité”<sup>6</sup>.

3 Bien qu’il ne soit pas à l’abri de critiques que nous ne pouvons qu’esquisser ici<sup>7</sup>, l’arrêt du 18 mai 2007 peut être ap-

4. Ph. FLAMME, “Crise ou cure de jouvence de la domanialité publique: un obstacle au financement privé des équipements collectifs?”, *JT* 1991, p. 454; H. VUYE, *Bezit en bezitsbescherming van onroerende goederen en onroerende rechten*, Bruges, die Keure, 1995, p. 461, n° 440, note 206, et p. 464, note 214; P. GOFFAUX, *L’inexistence des privilèges de l’administration et le pouvoir d’exécution forcée*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 173, note 119; D. LAGASSE, “La gestion active du domaine public”, *APT* 2003, pp. 91, 93 et 108; P. BOUCQUEY et V. OST, “La domanialité publique à l’épreuve des partenariats publics-privés” in *Les partenariats publics-privés (P.P.P.): un défi pour le droit des services publics?*, Bruxelles, la Charte, 2005, p. 272; P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 93-94; S. DE KEYSER et B. LOMBAERT, “Droit public/parteneriat privé/public” in *Les 25 marchés émergents du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 567. Plus généralement, l’on a également soutenu que la règle d’indisponibilité n’interdirait pas, sous certaines conditions, la constitution de droits privatifs sur le domaine public: B. PEETERS, *De continuïteit van het overheidsondernemen*, Anvers, Maklu, 1989, p. 189, note 46; J. KOKELENBERG, T. VAN SINAY et H. VUYE, “Overzicht van rechtspraak. Zakenrecht (1994-2000)”, *TPR* 2001, pp. 861-862, n° 16; S. STIJNS et H. VUYE, “Zakenrecht: tweehonderd jaar oud of tweehonderd jaar jong?” in *Un héritage Napoléonien. Bicentenaire du Code civil en Belgique*, Malines, Kluwer, 2005, p. 193. Rapp. F. VAN NESTE, *Zakenrecht*, I, Bruxelles, E.Story-Scientia, 1990, p. 182. *Contra*: J. PUTZEYS, “L’évolution de la domanialité publique” in *Liber Amicorum Léon Raucant*, Bruxelles, Academia-Bruylant, 1993, p. 334; L. DERIDDER et T. VERMEIR, *Leidingen voor nutsvoorzieningen*, Bruges, die Keure, 2000, p. 15, n° 17; V. SAGAERT, “Het zakenrechtelijk statuut van nutsleidingen in het Belgisch recht”, *TPR* 2004, p. 1378, n° 27; A.W. VRANCKX, H. COREMANS et J. DUJARDIN, *Beheer over de onroerende goederen van openbare rechtspossonen*, Bruges, die Keure, 2005, 9<sup>ème</sup> éd., p. 28. Comp. J. DE STAERCKE, *Domeingoeederenrecht*, Anvers, Intersentia, 2006, p. 99, n° 107.

5. Voy., en Flandre: les art. 10, 11, 13, 14, 15 et 16 du décret du 18 juillet 2003 relatif au partenariat public-privé (les art. 15 et 16 qui modifiaient la nouvelle loi communale et la nouvelle loi provinciale ont toutefois été, depuis lors, abrogés et remplacés respectivement par l’art. 191 du décret communal flamand du 15 juillet 2005 et par l’art. 185 du décret provincial flamand du 9 décembre 2005). Ces dispositions autorisent, moyennant motivation spéciale et détaillée, la constitution de droits réels sur le domaine public sans désaffectation pour autant que ces droits ne soient pas manifestement incompatibles avec la destination de ces biens. Consult. aussi les art. 9 et 13 du décret du 2 mars 1999 portant sur la politique et la gestion des ports maritimes; l’art. 7 § 2 du décret du 13 décembre 2002 portant création de la société anonyme de droit public “Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel (B.A.M.)”, ainsi que les art. 7 et 8 du décret flamand du 2 avril 2004 portant transformation de l’Office flamand de la navigation, dénommé “Dienst voor de Scheepvaart”, en agence autonomisée externe de droit public. En Région wallonne, voy. l’art. 4bis du décret wallon du 23 juin 1994 relatif à la création et à l’exploitation des aéroports et aérodromes relevant de la Région wallonne, inséré par l’art. 38 du décret de relance économique et de simplification administrative du 3 février 2005; les art. 8 et 8bis du décret wallon du 10 mars 1994 relatif à la création de la Société wallonne de financement complémentaire des infrastructures, tels que modifiés par l’art. 2 du décret du 8 février 1996 et l’art. 6 du décret du 4 février 1999.

6. D. LAGASSE, “La promotion immobilière et les exigences de la domanialité publique”, *Rev.prat.imm.* 2008, p. 43, n° 4. Déjà en ce sens, D. LAGASSE, “La gestion active du domaine public”, *APT* 2003, p. 91.

7. L’on peut ainsi se demander si l’enseignement qui se dégage de la décision commentée permet de résoudre efficacement les difficultés que pose le régime de domanialité publique aux opérations de valorisation économique des biens relevant du domaine public. Sans doute, l’arrêt, qui s’inscrit à ce propos dans une dynamique récente, partagée, on l’a déjà dit, également par le législateur et la doctrine, qui tente de concilier adéquatement la protection de l’affectation des biens du domaine public et la recherche de leur rentabilisation par une interprétation souple du principe d’indisponibilité, ravira de prime abord les investisseurs, puisqu’il permet à un partenaire privé de disposer de droits réels hypothécables sur ce domaine. À bien y regarder, toutefois, les droits qui peuvent être accordés sur un bien du domaine public diffèrent largement des droits privés correspondants et se voient, ce faisant, amputés des garanties essentielles à la bonne réalisation des opérations projetées sur ce domaine. Le mécanisme qui admet l’octroi de droits réels sur un bien du domaine public à la condition que ces droits soient compatibles avec sa destination et révoquables à tout moment risque fort, s’il est appliqué sans modération, de s’avérer insuffisant en pratique pour satisfaire les impératifs de stabilité et de sécurité économique sans lesquels un engagement financier important d’un partenaire privé n’est pas envisageable. Certes, en cas de résiliation anticipée ou de modification des droits consentis, les investisseurs verront, en règle, leurs garanties et privilèges se reporter sur le montant des indemnités versées au titulaire du droit privé octroyé sur le domaine public, laquelle pourra être modalisée contractuellement, voire forfaitisée. Le degré d’aléa supplémentaire qui s’attache aux opérations qui prennent place sur un bien du domaine public n’est toutefois pas vraiment de nature à favoriser les investissements. Même après l’arrêt commenté, un certain décalage demeure par conséquent entre la volonté, partagée par l’administration, de valorisation du domaine et le système de protection des biens publics à qui certains reprochent son inadaptation aux préoccupations administratives contemporaines. Nul n’est besoin de retracer ici l’histoire du domaine public pour comprendre que cette inadéquation était prévisible. La domanialité n’a, en effet, pas été pensée ni conçue pour opérer un équilibre, une conciliation entre la protection de l’affectation domaniale et la gestion patrimoniale optimale des biens publics. Cet outil du droit administratif a été élaboré en faisant abstraction de sa ‘dimension économique’ propre ainsi, de même que de toute logique de valorisation économique du patrimoine public. À s’en tenir à une application stricte des principes en présence, la désaffectation du bien en cause pourrait alors encore apparaître, lorsqu’elle est possible, comme une solution plus satisfaisante du point de vue du partenaire privé. Aussi, la jurisprudence de la Cour de cassation ne rend-t-elle pas caduques les dispositions qui exigent que les biens sur lesquels sera cédé un droit de superficie ou d’emphytéose à l’entrepreneur de travaux d’utilité publique fassent l’objet d’une désaffectation préalable (voy. les art. 12 (marché de promotion de travaux) et 31 (concession de travaux) de l’arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d’exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics. Voy. aussi l’art. 9 de la loi du 30 avril 2007 portant dispositions urgentes concernant le chemin de fer). L’on a toutefois fait justement remarquer qu’il y a une certaine contradiction à adopter une mesure de désaffectation et, dans le même temps, de décider de passer un marché dont la caractéristique première réside dans ce qu’il porte sur la construction d’un ouvrage qui, une fois achevé, pourra servir

prouvé. Cette décision repose en effet parfaitement sur les éléments caractéristiques de la domanialité publique. Elle s'inscrit également dans la jurisprudence récente de la Cour, aux termes de laquelle l'indisponibilité et la mise à l'écart du commerce juridique des biens du domaine public n'en interdisent pas une utilisation privative compatible avec leur destination (I). La portée exacte de ce principe doit toutefois être correctement cernée. Même relative, l'indisponibilité ne permet pas la constitution de tout droit privé sur le domaine public. Un traitement différencié peut à cet égard être réservé au bail, au droit de superficie, voire au droit d'emphytéose (II). Ce sont ces quelques considérations que nous nous proposons d'approfondir dans les lignes qui vont suivre, dans l'objectif de préciser le champ d'utilisation privative du domaine public.

### *I. L'utilisation privative du domaine public: limites et fondement*

4 Étant affectés à l'usage de tous, les biens du domaine public seraient 'hors commerce'<sup>8</sup>. Cette règle, qui fut déjà exprimée par la Cour de cassation dès le début du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>9</sup>,

à l'usage de tous ou dont l'exploitation s'identifie avec l'exercice d'un service public, alors qu'on sait que la majorité de la doctrine range également ces biens parmi ceux relevant du domaine public (P. LEJEUNE, "Interférence de normes ou principes 'extérieurs' avec les solutions contenues dans la réglementation sur les marchés publics" in *La nouvelle réglementation des marchés publics*, Liège, C.D.V.A., 1997, pp. 241-253. Rapp. B. KHOL et R. VERMEERSCH, "Marchés publics de promotion – Avec ou sans l'octroi de droits réels à l'adjudicataire?" in *Jaarboek overheidsopdrachten/Chronique des marchés publics*, 2007-08, Bruxelles, E.B.P., 2008, pp. 511, n° 23). Si l'arrêt commenté permet d'éviter cet écueil en autorisant la constitution de droits réels sur le domaine public, il ne saurait toutefois justifier, pour l'heure, la méconnaissance de ces législations. Le problème reste donc entier avant une éventuelle modification de ces dispositions. À ce propos, une réforme qui permettrait, ni plus ni moins, que ces opérations puissent se réaliser sans désaffectation n'apparaîtrait pas la solution la plus adéquate pour les investisseurs privés, puisque ceux-ci verraient alors resurgir le risque d'une révocation du titre leur octroyant les droits sans lesquels ils ne peuvent obtenir les garanties financières nécessaires à la bonne réalisation du projet.

8. A. KLUYSKENS, *Zakenrecht*, Anvers, Standaard, 1940, p. 44, n° 38; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 1975, 2<sup>ème</sup> éd., T. V, p. 666, n° 744; G. DOR et J. DEMBOUR, *Le domaine public. Le domaine privé. Les servitudes légales d'utilité publique* in *Les Nouvelles. Lois politiques et administratives*, IV, Bruxelles, Larcier, 1955, p. 32, n° 8; C. RENARD et J. HANSENNE, *Les biens, Rép.not.*, Bruxelles, Larcier, 1988, p. 109, n° 120; J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, Liège, Ed. de la Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales, 1996, p. 141, n° 123; A.W. VRANCKX, H. COREMANS et J. DUJARDIN, *Beheer over de onroerende goederen van openbare rechtspersonen*, Bruges, die Keure, 2005, 9<sup>ème</sup> éd., p. 27, n° 22; D. DÉOM, "Les opérations immobilières des personnes de droit public" in *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 268; R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, Deel II, Anvers, Intersentia, 2005, 3<sup>ème</sup> éd., par E. DIRIX, p. 32, n° 77; J.-F. ROMAIN (dir.), *Droits réels. Chronique de jurisprudence (1998-2005)*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 23, n° 12; M. PÂQUES, "Présentation, champ d'application, nature et composition du domaine" in *Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics, Rép. not.*, T. XIV, Livre VII, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 74, n° 16.
9. Cass., 9 décembre 1847, *Pas.* 1848, I, p. 134; conclusions du procureur général M. Leclercq, précédant Cass., 6 mai 1848, *Pas.* 1848, I, p. 342; Cass., 3 février 1860, *Pas.* 1860, I, p. 121; Cass., 27 février 1864, *Pas.* 1864, I, p. 117; Cass., 23 avril 1868, *Pas.* 1869, I, p. 244; Cass., 17 février 1871, *Pas.* 1871, I, p. 91; Cass., 11 janvier 1877, *Pas.* 1877, I, p. 74; Cass., 28 mars 1878, *Pas.* 1878, I, p. 149; Cass., 12 juillet 1878, *Pas.* 1878, I, p. 348; Cass., 26 avril 1888, *Pas.* 1888, I, p. 210; Cass., 27 décembre 1888, *Pas.* 1889, I, p. 77; Cass., 26 décembre 1890, *Pas.* 1891, I, p. 31; Cass., 31 mars 1898, *Pas.* 1898, I, p. 140; *Adde*: Cass., 17 mars 1924, *Pas.* 1924, I, p. 256; Cass., 17 novembre 1927, *Pas.* 1928, I, p. 17.

demeure, encore aujourd'hui, invariable dans son principe<sup>10</sup>. Sans doute, l'arrêt commenté n'en fait-il pas expressément mention. La formule a toutefois été rappelée sans ambages par un arrêt du 25 septembre 2000. L'extra-commercialité des biens du domaine public repose, par ailleurs, dans le système de la Cour, sur leur affectation à l'usage de tous<sup>11</sup>, élément constitutif du domaine public qu'a rappelé à juste titre la décision commentée. La mise hors du commerce d'un bien peut en effet résulter, selon la Cour de cassation, de son affectation d'utilité publique<sup>12</sup>, avec cette conséquence que dès le moment où cette affectation vient à prendre régulièrement fin, cette chose regagne le commerce juridique<sup>13</sup>.

L'extra-commercialité des biens du domaine public ne se traduit pas, cependant, par leur indisponibilité complète. Il est en effet aujourd'hui unanimement admis, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que le 'principe d'indisponibilité'<sup>14</sup> des biens du domaine public ne revête qu'une portée relative<sup>15</sup>. Si ces biens sont, en règle, indisponibles, ils ne se présentent comme tels qu'en tant qu'ils ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'opérations qui seraient incompatibles avec leur asservissement à l'usage public<sup>16</sup>. Tout acte juridique, mise à part, dit-on, l'aliénation définitive du bien en cause, qui ne porte pas atteinte à cette soumission reste donc autorisé, conformément aux caractéristiques de la domanialité publique (§ 1<sup>er</sup>), dont la mesure de l'indisponibilité ne peut être détachée. Produit de l'affectation (§ 2), l'indisponibilité ne pouvait donc être que relative. L'on doit constater, cependant, que bien que cette conception plus nuancée de l'indisponibilité se profile au fil des arrêts de la Cour suprême, celle-ci ne s'est pas imposée sans difficulté dans sa propre jurisprudence, que du contraire, preuve s'il en est qu'un long chemin a été parcouru depuis l'émergence des premières théories domaniales (§ 3).

### **§ 1. La domanialité publique: contours d'une notion difficile à cerner**

5 La domanialité publique constitue un régime administratif de protection destiné à garantir l'affectation à l'usage de tous

10. Cass., 25 septembre 2000, *Pas.* 2000, p. 1399. *Adde*: projet de loi programme, *Doc.parl.* Chambre, 50-2343/1, p. 70.
11. Très clairement en ce sens: Cass., 11 janvier 1877, *Pas.* 1877, I, p. 74.
12. Cass., 8 mars 1926, *Pas.* 1926, I, p. 283. Rapp. Cass., 3 février 1860, *Pas.* 1860, I, p. 121.
13. Cass., 27 février 1864, *Pas.* 1864, I, p. 117. Rapp. conclusions du procureur général M. Leclercq, précédant Cass., 6 mai 1848, *Pas.* 1848, I, p. 342.
14. Cass., 13 février 1908, *Pas.* 1908, I, p. 112.
15. P. WIGNY, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1962, 4<sup>ème</sup> éd., p. 231; G. DOR et J. DEMBOUR, *Le domaine public. Le domaine privé. Les servitudes légales d'utilité publique* in *Les Nouvelles. Lois politiques et administratives*, IV, Bruxelles, Larcier, 1955, p. 59; J. DEMBOUR, *Droit administratif*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales, 1978, 3<sup>ème</sup> éd., pp. 395-396, n° 273; F. WASTIELS, *Administratief goederenrecht*, Bruxelles, E.Story-Scientia, 1983, p. 198, n° 280; M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1989, T. 2, p. 1041. Rapp. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 1975, 2<sup>ème</sup> éd., T. V, p. 713.
16. Rapp. conclusions du procureur général P. Leclercq, alors avocat général, sous Cass., 5 novembre 1920, *Pas.* 1920, I, p. 210, note.

des biens qu'elle concerne. Ce régime est entièrement commandé par les exigences de cette affectation, dans laquelle il trouve tout à la fois son fondement<sup>17</sup> mais aussi ses limites<sup>18</sup>.

Les notions de 'domaine public' et de 'domaine privé' constituent donc, ceci est parfois perdu de vue, avant tout une technique de classement, produit de la science juridique<sup>19</sup>, ayant à l'origine pour objectif de déterminer dans quelle mesure certains biens parmi ceux de la Nation, et, par la suite, de toute personne morale de droit public, doivent se voir appliquer un régime particulier de protection dérogeant aux règles du droit commun permettant de garantir l'usage public auquel l'autorité les destine<sup>20</sup>. Il s'agit donc de catégories qui renvoient chacune à un corps de règles bien défini, à un régime juridique propre<sup>21</sup>. Le régime juridique de la 'domanialité publique'<sup>22</sup>, lié à la chose sur laquelle il s'exerce par l'affectation à l'usage de tous qui lui en est donnée, doit toutefois être nettement distingué de celle-ci. De même, les notions de propriété (publique) et de domanialité publique ne sauraient se confondre<sup>23</sup>. Un bien affecté à l'usage de tous et faisant pas de faire l'objet d'un droit de propriété<sup>24</sup>.

Soumis au régime de la domanialité, ce bien se voit toutefois en quelque sorte drapé d'un voile<sup>25</sup> qui, sans se confon-

dre avec le régime juridique de la propriété<sup>26</sup>, le recouvre<sup>27</sup>, s'y superpose<sup>28</sup>. Cette couche<sup>29</sup> impalpable, véritable pellicule<sup>30</sup> juridique immatérielle, qui se 'surajoute' à la propriété sans la faire disparaître<sup>31</sup>, peut alors s'analyser comme une forme de 'charge réelle'<sup>32</sup> qui grève le bien qui la supporte en raison de son affectation à l'usage de tous.

6 Cette distinction cardinale entre le régime juridique du domaine et le bien sur lequel il s'exerce, se retrouve déjà sous la plume du procureur général Paul Leclercq, dans une remarquable note publiée sous un arrêt de la Cour de cassation du 20 février 1936<sup>33</sup>. Ce dernier observait alors, à juste titre, que la voirie, qui relève du domaine public, devait être distinguée de son support. Ce support, qui peut être de terre, d'eau ou d'air, est l'objet d'un droit civil de propriété, tandis que la voirie elle-même est un objet sur lequel s'exerce la puissance publique. Si le droit de propriété qui s'exerce sur l'assiette de la voirie est maintenu, il est toutefois limité par la nécessité de respecter l'usage public auquel le sol et son tréfonds sont affectés. Dans cette mesure, le sol et son tréfonds sont, dit-il, inaliénables et imprescriptibles. Toutefois, comme l'éminent magistrat le soulignait, pourvu que le support soit maintenu de telle sorte que la voirie reste intacte, que le service que rend cette terre comme support soit conservé, le propriétaire du bloc de terre qui soutient la voie publique peut en disposer et le mettre à profit, car il en est propriétaire.

17. Rappr. A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Malines, Kluwer, 2006, 17<sup>ème</sup> éd., p. 289.
18. D. LAGASSE, "Les utilisations collectives et privatives du domaine public" in *Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics*, Rép. not., T. XIV, Livre VII, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 203, n° 141. Dans ce sens, voy. également Y. GAUDEMET, "L'avenir du droit des propriétés publiques" in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 569.
19. Une 'création juridique', pour reprendre l'expression de C. LAVIALLE, "Du domaine public comme fiction juridique", *JCP* 1994, Doctrine, n° 3766, p. 259. Dans ce sens: M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, Paris, LGDJ, 2006, p. 48, n° 54.
20. Rappr. P. Leclercq, conclusions précédant Cass., 14 juin 1915, *Pas.* 1915, I, pp. 333-334. Comp. avec J. HOFFLER, "Le régime foncier de droit public et le domaine éminent", *Mouv.comm.* 1973, p. 585.
21. C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 332.
22. Par l'expression "domanialité publique", l'on entend généralement le régime exorbitant applicable aux biens publics, peu importe qu'il s'agisse du régime des biens du domaine privé ou de celui des biens du domaine public (J.-M. AUBY, "Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration", *Études et documents*, Paris, Imprimerie nationale, 1958, p. 57). Cette formule a, sans doute, le mérite de distinguer ce régime de protection de la propriété publique, avec laquelle il ne peut être confondu. Il nous semble toutefois que, dans un souci didactique élémentaire, tant le régime des biens du domaine public que celui des biens du domaine privé doivent recevoir un qualificatif permettant de les identifier immédiatement. Aussi, préférera-t-on, dans la suite de cet exposé, désigner par l'expression 'domanialité publique' le régime juridique applicable aux biens du domaine public et par 'domanialité privée', le régime juridique des biens du domaine privé (voy., également en ce sens, Y. GAUDEMET, "L'avenir du droit des propriétés publiques" in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, pp. 572-573).
23. CE, 8 février 2000, n° 85.175, *Ville de Beauraing*; J. PUTZEYS, "L'évolution de la domanialité publique" in *Liber Amicorum Léon Raucant*, Bruxelles, Academia-Bruylant, 1993, p. 334.
24. M. SOMERHAUSEN, "Le domaine public et le domaine privé en droit belge", *Rev.jur.pol.* 1970, p. 871.
25. H. HUBRECHT, "Faut-il définir le domaine public et comment?", *AJDA* 2005, p. 603; Y. GAUDEMET, "L'avenir du droit des propriétés publiques" in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 572.

26. M. PÂQUES, "Présentation, champ d'application, nature et composition du domaine" in *Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics*, Rép. not., T. XIV, Livre VII, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 110, n° 55.
27. Comp. Y. GAUDEMET, "Du domaine de la couronne au domaine public. Étude d'histoire des doctrines" in *Le droit administratif. Permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, p. 534: "s'agissant des biens du domaine public, certains attributs de la propriété, touchant principalement à la faculté d'aliéner, sont temporairement recouverts et 'corrigés', pour les besoins de leur affectation, par un régime spécifique de la domanialité".
28. P. ORIANNE, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Bruxelles, Larcier, 1961, pp. 41-42; J. HOFFLER, "Le régime foncier de droit public et le domaine éminent", *Mouv.comm.* 1973, p. 569; P. NIHOUL et S. ADAM, "Les infrastructures publiques. Intervention et valorisation" in *Le sport dopé par l'État. Vers un droit public du sport?*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 92, n° 26; F. MELLERAY, "L'échelle de la domanialité" in *Mouvements du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 298.
29. F. VAN NESTE, *Zakenrecht*, I, Bruxelles, E.Story-Scientia, 1990, p. 168, n° 88; H. VUYE, *Bezit en bezitsbescherming van onroerende goederen en onroerende rechten*, Bruges, die Keure, 1995, p. 440, n° 416; S. STIJNS et H. VUYE, *o.c.*, pp. 191-192.
30. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 1975, 2<sup>ème</sup> éd., T. V, p. 693, n° 785.
31. A. MAST, *Précis de droit administratif belge*, Bruxelles-Gand, E.Story-Scientia, 1966, p. 135, n° 178; M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1989, T. 2, p. 1034.
32. Comp. avec Cass., 29 juin 1876, *Pas.* 1876, I, p. 318: la domanialité y est qualifiée de *droit réel* pesant sur un bien qui ne permet ni d'en changer la destination, ni d'en opérer le démembrement.
33. Note du procureur général P. Leclercq sous Cass., 20 février 1936, *Pas.* 1936, I, pp. 155-159.

7 Un bien appartenant au domaine public présente donc, au minimum<sup>34</sup>, une structure dualiste<sup>35</sup>. Ce bien est régi par les règles classiques du droit commun, comme par exemple celles du droit de propriété. À ce titre, l'administration peut bénéficier des mêmes prérogatives que n'importe quel autre propriétaire et exercer ainsi, par exemple, l'action en revendication ou l'action possessoire<sup>36</sup>, ou se prévaloir de servitudes instituées au bénéfice de ses propres fonds. Toutefois, l'affectation à l'usage de tous "entrave le droit civil de libre disposition reconnu au propriétaire"<sup>37</sup>; elle peut ainsi aboutir à paralyser<sup>38,39</sup> certains droits privés de l'administration<sup>40</sup>, notamment lorsque leur exercice s'avère incompatible avec cette destination publique. À l'inverse, lorsque pareil droit ne constitue pas un obstacle à la destination publique du bien en cause, son titulaire peut librement l'exercer. Ainsi, pour reprendre l'exemple employé par le procureur général Leclercq, le propriétaire du sol et du tréfonds qui servent de support à une route pourra exploiter les minéraux que son sol contient, à la condition de ne pas entraver l'utilisation de la voirie.

Autrement dit, le propriétaire d'un bien du domaine public peut exercer tous les droits qui en dérivent, sous cette seule réserve qu'ils ne soient pas incompatibles avec l'affectation du bien qui le grève, auquel cas ils s'effacent, sommeillent, aussi longtemps que dure l'affectation, leur exercice se trouvant en quelque sorte suspendu<sup>41</sup>. C'est dans cette mesure, mais dans cette mesure seulement, que ces deux concepts pourtant indépendants l'un de l'autre – la propriété et la domanialité publique – trouvent à s'opposer et que leur affrontement se résout en faveur du second.

## § 2. L'affectation: objet, mesure et limite du régime de protection des biens du domaine public

8 Le régime de la domanialité étant tout entier dominé par le concept d'affectation<sup>42</sup>, l'indisponibilité des biens du domaine public n'en constitue qu'une conséquence au regard de laquelle elle doit être jugée. L'affectation apparaît alors comme la mesure de ce régime de protection et fixe, en conséquence, les limites à la disponibilité des biens affectés, mais aussi aux mesures de protection qu'il génère. En d'autres termes, et comme l'indiquait déjà le professeur Cambier, "l'indisponibilité (...) n'est que le corollaire d'une affectation. Elle ne frappe pas le bien comme tel, mais comme destiné à l'utilité publique. (...) Ce n'est (...) que dans la mesure où elle n'est pas compatible avec l'affectation procurée, que la jouissance à titre privatif d'un bien sous domanialité publique, est exclue"<sup>43</sup>. Et d'ajouter qu'"une jouissance privée, conciliable avec la destination conservée du bien, est donc possible"<sup>44</sup>.

Ce que la nature du domaine public interdit, ce sont donc tous les actes matériels ou juridiques qui menacent ou heurtent<sup>45</sup> l'affectation du bien à l'usage de tous; en somme, ceux qui seraient incompatibles avec sa destination publique<sup>46</sup>, mais ceux-là seulement. Dès lors que cette affectation peut être conservée, tout reste alors possible<sup>47</sup>. C'est

34. En réalité, une pluralité de régimes juridiques différents peut trouver à s'exercer sur un même bien public. L'on doit ainsi constater, par exemple, qu'à côté du régime de domanialité publique et de propriété de droit commun, certaines règles particulières s'appliquent aux biens du domaine public en raison de la qualité de leur propriétaire. Il en est ainsi, entre autres, du principe d'insaisissabilité de ces biens inscrit à l'art. 1412bis du Code judiciaire.
35. Rappr. H. VUYE, *Bezit en bezitsbescherming van onroerende goederen en onroerende rechten*, Bruges, die Keure, 1995, p. 443, n° 420; S. STIJNS et H. VUYE, *o.c.*, p. 192.
36. *Pand.*, v° *Domaine public*, col. 1092, n° 18.
37. M. PÂQUES, "Présentation, champ d'application, nature et composition du domaine" in *Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics*, *Rép. not.*, T. XIV, Livre VII, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 119, n° 63.
38. M. PÂQUES, "Le mirmillon et le rétiaire ou comment concilier la domanialité publique et l'urbanisme?", *Rev.dr.ULg* 2006, p. 273.
39. Comp. avec Cass., 27 février 1864, *Pas.* 1864, I, p. 117, où la Cour indique que bien que les cimetières sont hors du commerce aussi longtemps qu'ils conservent leur destination et qu'ils doivent, sous ce rapport, être considérés comme choses du domaine public, leur propriété reste intacte, "que seulement elle est vinculée, dans l'exercice des droits privés qui en dérivent, par son affectation au service public des inhumations" (comp. avec les conclusions de l'avocat général Cloquette précédant Cass., 14 février 1862, *Pas.* 1862, I, p. 109; conclusions du procureur général M. Leclercq, précédant Cass., 10 janvier 1867, *Pas.* 1867, I, p. 130). De la même manière, la Cour a estimé que la destination d'utilité publique d'une ruelle "vincule et prime les droits privés avec lesquels elle serait incompatible" (Cass., 16 novembre 1906, *Pas.* 1907, I, p. 45).
40. P. WIGNY, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1962, 4<sup>ème</sup> éd., p. 229.
41. A. GIRON, *Le droit administratif de la Belgique*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Marescq, 1885, 2<sup>ème</sup> éd., T. I, p. 356; P. ERRERA, *Traité de droit public belge*, Paris, Giard & Brière, 1918, 2<sup>ème</sup> éd., p. 353.

42. Rappr. G. DOR et J. DEMBOUR, *Le domaine public. Le domaine privé. Les servitudes légales d'utilité publique* in *Les Nouvelles. Lois politiques et administratives*, IV, Bruxelles, Larcier, 1955, p. 58, n° 91.
43. Comp. avec V. DUFAU, *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 338: "en réalité, ce n'est pas tant le bien lui-même qui est inaliénable mais sa substance, son utilité qui n'est pas disponible pour une autre affectation".
44. C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 342.
45. B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Panthéon-Assas, 2003, p. 578, n° 631.
46. D. LAGASSE, "Les utilisations collectives et privées du domaine public" in *Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics*, *Rép. not.*, T. XIV, Livre VII, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 203, n° 141.
47. L'aliénation définitive d'un bien du domaine public reste, cependant dans l'état actuel du droit, impossible (D. LAGASSE, "La gestion active du domaine public", *APT* 2003, p. 93). Cette appropriation privée ne serait pas, dit-on, de nature à garantir la pérennité de l'affectation, ainsi que les changements que la protection du bien rend nécessaire. L'on peut cependant se demander si le postulat sur lequel repose cette affirmation ne doit pas aujourd'hui être revu. L'on a en effet admis, tant en France qu'en Belgique, que des biens relevant du domaine public pouvaient être cédés à des personnes privées, pour autant que leur affectation, et la garantie de pouvoir éventuellement la modifier à l'avenir, soient maintenues. Le Conseil constitutionnel français a ainsi considéré que le législateur pouvait déclasser des biens du domaine public toujours affectés, permettant par la suite à leurs propriétaires de les céder, pour autant que le législateur mette en place des régimes de substitution ayant pour but de garantir l'affectation des biens en cause (décision 2005-513 DC du 14 avril 2005). Le législateur belge n'a, quant à lui, autorisé la vente, l'apport ou la constitution d'un droit d'emphytéose sur les immeubles occupés par les juridictions et spécialement aménagés en vue de l'exercice du service public de la justice, que moyennant la conclusion au profit de l'État d'un contrat de bail présentant certaines clauses particulières destinées à garantir la continuité du service public, au motif que certains de ces biens pouvaient faire partie du domaine public (voy. l'art. 2bis de la loi du 31 mai 1923 relative à l'aliénation d'immeubles domaniaux, inséré par l'art. 28 de la loi-programme du 20 juillet 2006, tel que modifié par l'art. 93 de la loi-programme I du 27 décembre 2006). Sans doute, même Outre-Quévrain, maintient-on que le principe d'inaliénabilité continuerait de revêtir une portée propre au droit administratif, laquelle interdirait qu'un bien du domaine public puisse être aliéné

que, comme l'écrivent De Page et Dekkers, "*les droits du public n'excluent pas ceux des particuliers; mais ils les dominant, de telle sorte qu'ils étouffent les prétentions des particuliers qui seraient incompatibles avec celles du public. Elles laissent le champ libre aux autres.*"<sup>48</sup>.

9 La question essentielle pour déterminer si un droit privé peut être valablement constitué sur un bien qui relève du domaine public consiste donc à se demander dans quelle mesure le régime de domanialité publique est susceptible d'affecter l'exercice de ce droit<sup>49</sup>. La destination publique du bien n'empêche en effet que l'exercice de droits privés incompatibles avec son usage par tous. Dès lors, chaque fois que la constitution de droits privés entrave durablement cette utilisation par le public, la domanialité l'emportera sur l'exercice de ces droits. Le professeur Gaudemet ne dit rien d'autre lorsqu'il rappelle qu'à proprement parler l'on ne constitue jamais de droits réels sur le domaine public, mais des droits réels sur une propriété publique, des droits démembrés de cette propriété, "avec cette caractéristique particulière que ladite propriété, en raison de son affectation, relève d'un régime de domanialité publique lequel emporte certaines contraintes dans l'exercice des attributs de la propriété"<sup>50</sup>.

10 Instrument de protection de l'affectation, l'indisponibilité des biens publics doit ainsi être mesurée à l'aune de celle-ci. Dans la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, l'affectation à l'usage de tous apparaît alors comme l'étalon de disponibilité du bien en cause, en ce sens que cette affectation a pour conséquence d'interdire les actes qui sont incompatibles avec elle ou qui empêcheraient de régler les droits ainsi concédés sur des biens du domaine public dans l'intérêt du domaine.

De ce que le régime de domanialité paralyse seulement les droits privés qui lui sont contraires, l'on ne pourrait tou-

tefois déduire que les conventions octroyant de tels droits sont valables, mais que seuls leurs effets sont suspendus en cas d'incompatibilité avec l'affectation donnée au bien en cause. Un tel contrat a en effet un objet illicite<sup>51</sup>, puisqu'il méconnaîtrait l'indisponibilité de l'affectation domaniale<sup>52</sup> qui touche à l'ordre public<sup>53</sup> en ce qu'elle tend à la sauvegarde des intérêts de la généralité des citoyens.

C'est donc à raison que la Cour de cassation évalue, depuis un temps certain déjà, la validité de la constitution de droits privés sur un bien qui relève du domaine public à la lumière de son affectation à l'usage de tous, et donc au regard des critères de compatibilité et de précarité.

### § 3. L'indisponibilité des biens du domaine public dans la jurisprudence de la Cour de cassation: chronique d'une jurisprudence mouvementée

11 Appliquant les principes précités, la jurisprudence de la Cour de cassation est aujourd'hui nettement fixée en faveur de l'indisponibilité relative des biens du domaine public. Il n'en a toutefois pas toujours été ainsi. Si, très tôt, la Cour décida que l'appartenance d'un bien au domaine public ne constituait pas un obstacle à ce qu'un particulier acquiert sur lui des droits compatibles avec sa destination publique, cette jurisprudence ne s'est pas imposée sans mal, ni réticence, loin s'en faut.

C'est ainsi que dans un des premiers arrêts qu'elle eut à rendre en matière d'utilisation privative du domaine public, la Cour de cassation indiqua que "les dépendances du domaine public ne sont susceptibles d'aucun droit privé", et qu'"en ce qui concerne la vue, comme pour la circulation et les autres utilités qu'il comporte, l'usage des terrains affectés à la voie publique ne peut donc subir aucune restriction, de quelque nature que ce soit, au profit d'un intérêt particulier quelque considérable qu'il puisse être, car alors il perdrait son essence d'être commun à tous"<sup>54</sup>.

Cependant, après avoir déjà indiqué dans un arrêt du 31 janvier 1881 que le caractère de domaine public d'un chemin vicinal "ne fait pas obstacle à ce qu'un particulier ait acquis sur ces chemins des droits compatibles avec leur destination

sans autorisation législative ou sans avoir été au préalable désaffecté. Ces différentes interventions législatives démontrent néanmoins que l'appropriation publique n'est plus indispensable dorénavant à la protection de l'affectation domaniale (comp. avec G. DOR et J. DEMBOUR, *Le domaine public. Le domaine privé. Les servitudes légales d'utilité publique* in *Les Nouvelles. Lois politiques et administratives*, IV, Bruxelles, Larcier, 1955, p. 134, n° 327). Dans ces conditions ne peut-on pas considérer que la destination publique d'un bien interdit seulement qu'il soit aliéné sans que cette destination ne soit maintenue, s'il n'a pas fait l'objet d'une désaffectation préalable? Ceci n'implique pas qu'un bien du domaine public puisse être cédé sans condition. Si l'aliénation d'un bien du domaine public semble admissible (voy., déjà: P. WIGNY, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1962, 4<sup>ème</sup> éd., p. 231: "Les aliénations qui sont inconciliables avec l'affectation sont seules prohibées", lequel précise toutefois que "d'ordinaire, une vente empêche le fonctionnement du service ou le maintien de l'usage". Rapp. J. PATRIARCHE et V. ESQUELIN, *Traité du domaine de l'Etat*, La Louvière, Imp. J. Hainaut, 1906, p. 37, n° 88), elle ne l'est que pour autant qu'elle soit accompagnée des garanties légales ou contractuelles qui permettent d'en conserver la destination, ce qui exclut qu'il puisse être acquis par prescription.

48. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 1975, 2<sup>ème</sup> éd., T. V, p. 714, n° 808.

49. Rapp. H. VUYE, *Bezit en bezitsbescherming van onroerende goederen en onroerende rechten*, Bruges, die Keure, 1995, pp. 439 et s., n°s 415 et s.; S. STIJNS et H. VUYE, *o.c.*, p. 192.

50. Y. GAUDEMET, "Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit public", *RDI* 2009, pp. 9-10.

51. Comp., à propos de la vente d'un bien appartenant au domaine public, laquelle serait contraire à l'art. 1598 du Code civil: *Pand.*, v° *Domaine public*, col. 1122, n° 143, *RPDB*, v° *Domaine*, p. 29, n° 253; A. BUTTGEBACH, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1966, 3<sup>ème</sup> éd., p. 375, n° 391; M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1989, T. 2, p. 1041. *Adde*: D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1991, p. 209, n° 280.

52. Rapp. Ph. FLAMME, "Crise ou cure de jouvence de la domanialité publique: un obstacle au financement privé des équipements collectifs?", *JT* 1991, p. 445, n° 15; M. PÂQUES, "Présentation, champ d'application, nature et composition du domaine" in *Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics*, Rép. not., T. XIV, Livre VII, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 121, n° 64.

53. D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1991, p. 207.

54. Cass., 8 juillet 1864, *Pas.* 1864, I, p. 401. Dans ce sens également: Cass., 23 avril 1868, *Pas.* 1869, I, p. 244; Cass., 17 juillet 1884, *Pas.* 1884, I, p. 275.

publique<sup>55</sup>, la Cour s'est orientée, par un arrêt du 26 décembre 1890, vers une portée plus souple du principe d'indisponibilité du domaine public. Elle a ainsi décidé, dans des termes qui préfigurent ceux qu'elle emploiera dans ses arrêts du 25 septembre 2000 et du 18 mai 2007, "qu'en tant qu'il sont affectés à l'usage public, les chemins et les routes sont hors du commerce; que nul ne peut acquérir sur eux, ni par convention ni par prescription, un droit privé qui puisse faire obstacle à cet usage et porter atteinte au droit de l'administration, de le régler et de le modifier en tout temps, d'après les besoins et l'intérêt de la généralité des citoyens"<sup>56</sup>. Dans ces conditions, le statut domanial d'un bien ne peut s'opposer à ce qu'un tiers puisse bénéficier sur celui-ci d'un droit de plantation<sup>57</sup>, ou qu'il fasse l'objet d'un affichage<sup>58</sup>.

Par un arrêt du 27 octobre 1902, la Cour décida toutefois qu'un bien faisant partie du domaine public ne pouvait être grevé d'aucune espèce de servitude, de sorte que le propriétaire d'un terrain enclavé ne pouvait acquérir 'aucun droit privatif' sur le domaine public<sup>59</sup>. Un arrêt du 5 février 1914 pris le contre-pied de cette décision, en rappelant que le régime essentiellement précaire de la concession n'a pour effet que d'empêcher la constitution sur ce domaine de droits incompatibles avec sa nature même de bien non susceptible de propriété privée ou, en d'autres termes, "de charges qui en vinculeraient la libre disposition dans le chef de l'autorité publique investie de son administration absolument autonome"<sup>60</sup>.

Si les partisans d'un principe d'indisponibilité absolue du domaine public perdaient du terrain, ceux-ci ne s'avouaient guère vaincus, rappelant, dans un arrêt du 10 mai 1929, qu'aucun droit réel, tel un droit de jouissance<sup>61</sup>, ne pouvait, 'en principe', être accordé sur le domaine public<sup>62</sup>.

Dans un arrêt du 6 décembre 1957, la Cour de cassation accepta néanmoins que l'on puisse acquérir une servitude sur un bien du domaine public<sup>63</sup>, à la triple condition qu'elle ne

soit pas incompatible avec la destination publique de ce domaine, ne fasse pas obstacle à son usage public et ne porte pas atteinte au droit de l'administration de régler cet usage d'après les besoins et l'intérêt de la collectivité<sup>64</sup>. En l'espèce, il s'agissait d'une servitude de jours et de lumières sur un chemin de fer. La Cour suivit le même raisonnement dans une affaire qui concernait un droit de passage pour cause d'enclave sur le domaine des chemins de fer<sup>65</sup>. Elle estima que pareille servitude à l'endroit déterminé par le juge du fond n'était pas incompatible avec la destination de cette partie du domaine. Cette jurisprudence trouva un nouvel écho favorable dans un arrêt du 27 septembre 1990<sup>66</sup>.

12 Dans ses arrêts des 25 septembre 2000 et 18 mai 2007, la Cour de cassation a, dans la droite ligne des principes applicables en cette matière, et d'une manière qui ne laisse plus dorénavant subsister aucun doute, pleinement confirmé le caractère relatif du principe d'indisponibilité des biens du domaine public, allant jusqu'à l'étendre à la constitution de droits réels sur un bien relevant de ce domaine. Il s'en déduit que le statut domanial d'un bien ne peut constituer, malgré son extra-commercialité, un obstacle à l'octroi sur celui-ci d'un droit privé, à la condition que ce droit ne soit pas incompatible avec la destination publique de ce domaine, c'est-à-dire ne constitue pas une entrave à l'usage public auquel ce bien est destiné, et ne porte pas atteinte au droit de l'administration de régler et de modifier à tout moment le droit concédé d'après les besoins et l'intérêt de la collectivité.

## II. Droits réels et personnels sur les biens qui relèvent du domaine public: de la théorie à la pratique

13 Il ressort des lignes qui précèdent que des droits privés, qu'il s'agisse de droits réels ou personnels, peuvent être concédés sur un bien du domaine public, pour autant qu'ils n'entravent pas la destination publique de ce bien et qu'ils ne portent pas atteinte au droit de l'autorité de réglementer, à tout moment, ces droits, en fonction de cet usage. Si ces critères paraissent aujourd'hui bien établis, leur mise en œuvre n'est pas toujours aisée<sup>67</sup>. Si l'application des principes de compatibilité et de précarité permet éventuellement d'écarter la constitution d'un droit de bail sur le domaine public (§ 1<sup>er</sup>), l'octroi d'un droit d'emphytéose reste discuté (§ 2). L'établissement d'autres droits réels ou personnels peut, en principe, être également envisagé. Dans l'état actuel de la jurisprudence, l'on ne peut livrer que quelques directives sommaires permettant de vérifier si les conditions précitées sont bien réunies, tant une réponse tranchée demande en définitive un examen minutieux de chaque situation (§ 3).

55. Cass., 31 janvier 1881, *Pas.* 1881, I, p. 69. Voy., dans ce sens, Cass., 25 janvier 1894, *Pas.* 1894, I, p. 99, ce dernier arrêt à propos du droit de déverser le trop-plein d'une mare sur une grand-route, lequel serait jugé incompatible avec la destination même de la voie publique si ce droit entraîne des actes qui sont de nature à dégrader la route ou à incommoder les passants. Rapp. Cass., 18 juin 1891, *Pas.* 1891, I, p. 179.

56. Cass., 26 décembre 1890, *Pas.* 1891, I, p. 31. Dans ce sens, Cass., 30 janvier 1868, *Pas.* 1868, I, p. 277.

57. Cass., 9 juillet 1868, *Pas.* 1869, I, p. 173; Cass., 31 mars 1898, *Pas.* 1898, I, p. 140. Par conséquent, le gestionnaire domanial demeure recevable à établir que le maintien de plantations est en fait incompatible avec la destination d'utilité publique d'un chemin vicinal en bordure duquel ont été faites les plantations et à demander en conséquence que le défendeur soit condamné à les supprimer, malgré l'expiration du délai de prescription de l'action publique ou de l'action en réparation du dommage causé par l'infraction (Cass., 29 mars 1957, *Pas.* 1957, I, p. 930; dans le même sens: Cass., 6 mars 1953, *Pas.* 1953, I, p. 524). Voy. aussi Cass., 11 janvier 1877, *Pas.* 1877, I, p. 74.

58. Cass., 12 décembre 1910, *Pas.* 1911, I, p. 37.

59. Cass., 27 octobre 1902, *Pas.* 1903, I, p. 22. Dans ce sens également: Cass., 18 mars 1926, *Pas.* 1926, I, p. 307.

60. Cass., 5 février 1914, *Pas.* 1914, I, p. 91.

61. Conclusions du procureur général E. Janssens, précédant Cass., 29 janvier 1907, *Pas.* 1907, I, p. 97.

62. Cass., 10 mai 1929, *Pas.* 1929, I, p. 182. *Adde: RPDB*, v° *Domaine*, p. 29, n° 261.

63. *Contra: Cass.*, 23 avril 1868, *Pas.* 1869, I, p. 244; Cass., 18 mars 1926, *Pas.* 1926, I, p. 307.

64. Cass., 6 décembre 1957, *Pas.* 1958, I, p. 366. Comp. avec Cass., 3 juin 1843, *Pas.* 1843, I, p. 198. Rapp. A. KLUYSKENS, *Zakenrecht*, Anvers, Standaard, 1940, p. 44, n° 38.

65. Cass., 11 septembre 1964, *Pas.* 1965, I, p. 29, *RW* 1965-66, p. 494, *JT* 1965, p. 213, *Res Jur.Imm.* 1965, n° 4.137.

66. Cass., 27 septembre 1990, *Pas.* 1991, I, p. 78, *Rev.not.b.* 1991, p. 49, *RW* 1990-91, p. 852.

67. K. VAN HOVE, "Het private gebruik van overheidsgoederen" in *Themis Goederenrecht 2008-09*, pp. 18 et s.

### § 1<sup>er</sup>. L'arrêt du 25 septembre 2000 vs. l'arrêt du 18 mai 2007: une ambiguïté de façade?

14 La Cour de cassation a considéré qu'un droit de superficie pouvait, dans les conditions qu'elle a énoncées dans son arrêt du 18 mai 2007, être octroyé sur un bien qui relève du domaine public. L'application des principes que la Cour rappelle dans cette décision l'a, à l'inverse, toujours conduite à refuser la constitution d'un droit de bail sur un bien du domaine public. Si, dans de nombreux arrêts<sup>68</sup>, la Cour suprême a indiqué que les biens du domaine public sont susceptibles d'une concession temporaire, elle n'a jamais accepté qu'ils puissent faire l'objet d'un contrat de location. La doctrine, comme la jurisprudence, ont largement relayé cet enseignement, et, dans leur grande majorité<sup>69,70</sup>, ne l'ont jamais remis en cause<sup>71</sup>. Cette solution, la Cour l'a rappelée récemment dans un arrêt du 25 septembre 2000, s'agissant, cette fois-ci, d'un bail commercial<sup>72</sup>. Après avoir indiqué, dans des termes proches de ceux de son arrêt du 18 mai 2007, que "les biens du domaine public étant affectés à l'usage de tous, ils sont hors du commerce et nul ne peut acquérir sur eux, par convention ou par usucapion,

un droit privé qui puisse faire obstacle à cet usage et porter atteinte au droit de la puissance publique de le régler et de le modifier en tout temps selon les besoins et l'intérêt de l'ensemble des citoyens", elle en déduit que "ces biens ne peuvent être donnés en location ni, partant, faire l'objet d'un bail commercial".

La confrontation des arrêts du 25 septembre 2000 et du 18 mai 2007 laisse, de prime abord, perplexe<sup>73</sup>. Le bail ne confère en effet au locataire qu'un droit personnel de jouissance limité par l'affectation que les parties ont convenu de donner au bien. De son côté, le superficiaire dispose sur les constructions qu'il a érigées d'un véritable droit de propriété lui conférant des prérogatives matérielles et juridiques quasiment illimitées tant que dure le droit de superficie. Il peut en effet en user et en jouir comme bon lui semble, ainsi qu'en choisir librement l'affectation<sup>74</sup>. Les différences entre le bail et le droit de superficie amènent donc, à première vue, à une solution inverse à celle qu'a consacré la Cour jusqu'à présent.

Une évaluation concrète et circonstanciée de chacune de ces situations permet néanmoins de révéler que la distinction opérée par la Cour entre le droit de bail (a) et le droit de superficie (b) peut, en pratique, se justifier, bien que l'arrêt du 25 septembre 2000 semble formulé de manière trop absolue.

#### a) Droit de bail et domaine public: un antagonisme pratiquement insurmontable

15 Si le droit personnel du locataire est limité par l'affectation que les parties entendent donner au bien, le bail confère néanmoins au profit de son titulaire un droit exclusif de jouissance sur la chose<sup>75</sup>. Cette occupation privative n'est pas nécessairement incompatible avec l'affectation à l'usage de tous des biens du domaine public. Le titulaire d'une concession domaniale bénéficiaire, lui aussi, d'un droit semblable<sup>76</sup>. À la différence du bail, une concession – c'est la raison pour laquelle elle est permise – a cependant un caractère essentiellement précaire<sup>77</sup>. Or, c'est cette précarité qui fait, en principe, défaut dans les baux réglementés, tels que le bail commercial, le bail à ferme ou le bail de résidence principale, qui se caractérisent par une certaine stabilité et une plus ou moins grande pérennité.

Chacune des législations qui s'y appliquent assure en effet notamment au preneur, par le biais de dispositions impératives auxquelles les parties ne peuvent convenir de renoncer *ab initio*, une durée minimale du contrat, ainsi que le respect de procédu-

68. Cass., 12 janvier 1893, *Pas.* 1893, I, p. 79; Cass., 5 mars 1896, *Pas.* 1896, I, p. 104; Cass., 9 mars 1950, *Pas.* 1950, I, p. 485; Cass., 4 janvier 1974, *Pas.* 1974, I, p. 455; Cass., 2 septembre 1982, *Pas.* 1983, I, p. 1, *Rev.not.b.* 1982, p. 536. *Adde*: conclusions du procureur général Mesdach de ter Kiele, précédant Cass., 23 décembre 1886, *Pas.* 1887, I, p. 31.
69. M. SOMERHAUSEN, "Le domaine public et le domaine privé en droit belge", *Rev.jur.pol.* 1970, p. 872; A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1966, 3<sup>ème</sup> éd., p. 373, note 26; J. DEMBOUR, *Droit administratif*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales, 1978, 3<sup>ème</sup> éd., p. 397; F. WASTIELS, *Administratief goederenrecht*, Bruxelles, E.Story-Scientia, 1983, p. 199, n° 281; C. RENARD et J. HANSENNE, *Les biens, Rép.not.*, Bruxelles, Larcier, 1988, pp. 110, n° 121; M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1989, T. 2, p. 1043; D. DÉOM, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Bruxelles, E.Story-Scientia, 1990, p. 348, n° 225; L. DERIDDER et T. VERMEIR, *Leidingen voor nutsvoorzieningen*, Bruges, die Keure, 2000, p. 5; N. VERHEYDEN-JEANMART, Ph. COPPENS et C. MOSTIN, "Les biens. Examen de jurisprudence (1989-1998)", *RCJB* 2000, p. 91, n° 21; Ph. BOUVIER, *Éléments de droit administratif*, Bruxelles, De Boeck, 2002, p. 162; R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, Deel II, Anvers, Intersentia, 2005, 3<sup>ème</sup> éd., p. 43, n° 102; P. BOUCQUEY et V. OST, "La domanialité publique à l'épreuve des partenariats publics-privés" in *Les partenariats publics-privés (P.P.P.): un défi pour le droit des services publics?*, Bruxelles, la Charte, 2005, p. 279; A.W. VRANCKX, H. COREMANS et J. DUJARDIN, *Beheer over de onroerende goederen van openbare rechtspersonen*, Bruges, die Keure, 2005, 9<sup>ème</sup> éd., p. 29, n° 23; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Malines, Kluwer, 2006, 17<sup>ème</sup> éd., pp. 289-290; B. HUBEAU, "Partijen bij de huurovereenkomst" in *Handboek algemeen huurrecht*, Bruges, die Keure, 2006, pp. 24-25, n° 58.
70. Mons, 24 mars 1987, *APT* 1988, p. 169; Com. Liège, 6 octobre 1994, *RDC* 1995, p. 978; Anvers, 26 février 2007, *JPA* 2008, p. 39.
71. Voy. toutefois P. WIGNY, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1962, 4<sup>ème</sup> éd., pp. 232-233, n° 316. Voy. aussi, concernant l'arrêt du 25 septembre 2000, l'analyse critique de cette décision par J. KOKELENBERG, T. VAN SINAY et H. VUYE, "Overzicht van rechtspraak. Zakenrecht (1994-2000)", *TPR* 2001, pp. 862-863, n° 16; également J. DE STAERCKE, "Het Hof van Cassatie over het openbaar domein: vliegen op automatische piloot?", *TBO* 2003, pp. 101-106; F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen*, Bruges, die Keure, 2004, p. 441.
72. Cass., 25 septembre 2000, *Pas.* 2000, p. 1399, *Rev.not.b.* 2001, p. 50, note de J. SACE, *RW* 2002-03, p. 775, *TBO* 2003, p. 95, note de J. DE STAERCKE.

73. Voy. K. VAN HOVE, "Het private gebruik van overheidsgoederen" in *Themis Goederenrecht 2008-09*, pp. 18 et s.
74. A. GOSSELIN et L. HERVE, "De quelques questions d'actualité au sujet de la superficie, une institution bientôt bicentenaire aux reliefs et contours encore incertains", *Rev.dr.ULg* 2007, p. 20.
75. Cass., 9 mars 1950, *Pas.* 1950, I, p. 485.
76. Cass., 13 décembre 1880, *Pas.* 1881, I, p. 21.
77. Cass., 17 juillet 1884, *Pas.* 1884, I, p. 275; Cass., 5 février 1914, *Pas.* 1914, I, p. 91; Cass., 10 mai 1929, *Pas.* 1929, I, p. 182; Cass., 27 mai 1983, *Pas.* 1983, I, p. 1080.

res de préavis en cas de résiliation du bail avant terme, autant d'obstacles qui apparaissent comme des garanties essentielles de ces différents régimes, mais empêcheraient l'administration de pouvoir disposer immédiatement et personnellement de son bien si les nécessités du domaine le commandaient<sup>78</sup>.

Si l'administration peut donc mettre à disposition d'un commerçant un emplacement situé sur le domaine public pour qu'il y exerce ses activités, le régime de domanialité l'autorise – voire la contraint – à se préserver la possibilité de régler en tout temps l'exercice du droit de jouissance ainsi concédé. Il ne pourra donc s'agir d'un bail commercial, les garanties inhérentes à cette institution faisant défaut.

La situation des baux de droit commun appelle une réponse plus nuancée. Lorsqu'ils sont conclus pour une durée indéterminée, le bailleur peut en principe toujours y mettre fin moyennant un délai de préavis raisonnable<sup>79</sup>. Les modalités du congé pourraient à ce propos être compatibles avec les exigences déduites de l'affectation à l'usage de tous du bien en cause qui justifieraient la résiliation du contrat.

Encore faudrait-il, dans cette hypothèse, que l'autorité publique puisse à tout moment modifier unilatéralement le droit de jouissance ainsi consenti sur le domaine public quand les nécessités du domaine le requièrent. Cela ne paraît pas impossible. Sans doute, les articles 1719 et 1722 du Code civil prévoient-ils que le bail tend à la jouissance *paisible* d'une chose clairement identifiée dont le bailleur ne peut, durant le bail, changer la forme. La Cour de cassation a toutefois indiqué que ces dispositions, qui ne sont que supplétives<sup>80</sup>, si elles relèvent de la nature du contrat de bail, n'appartiennent pas à son essence<sup>81</sup>. Dès lors, même si l'administration, à la différence de n'importe quelle autre personne, ne peut garantir, en raison des considérations d'intérêt général qui l'animent, la paisible jouissance du preneur, ce droit d'occupation stable et exclusif<sup>82</sup>, cela ne l'interdit pas de conclure un bail sur un bien du domaine public.

L'arrêt du 25 septembre 2000 semble donc formulé de manière trop absolue puisqu'il paraît possible d'octroyer un 'bail' sur un bien qui relève du domaine public, dans une mesure compatible avec les exigences de la domanialité publique et les critères dégagés par la Cour de cassation<sup>83</sup>. L'on peut tou-

tefois se demander si l'on peut encore parler dans cette hypothèse de 'louage de choses', tant le contrat ainsi aménagé aura été amputé des caractéristiques propres au bail. Cette manière d'agir permettrait néanmoins de ne plus exclure les titulaires de concessions accordées sur le domaine public du bénéfice des règles du droit commun du bail qui ne mettent pas en péril l'affectation à l'usage de tous et n'empêchent pas l'autorité compétente de réglementer le droit concédé à tout moment. L'on peut, en effet, se demander si cette exclusion n'est pas excessive et contraire aux principes d'égalité et de non-discrimination<sup>84</sup>, dès lors que cette mesure dépasse celles qui sont rendues nécessaires par l'appartenance au domaine public des biens en cause<sup>85</sup>.

#### b) Droit de superficie et domaine public

16 Le superficiaire dispose, lui aussi, d'un droit de jouissance exclusif sur les constructions, ouvrages ou plantations qui s'élèvent sur le fond objet du droit de superficie. Cette occupation privative, on l'a déjà dit, n'est pas nécessairement incompatible avec l'affectation à l'usage de tous des biens du domaine public. Dans certaines hypothèses, néanmoins, le respect de l'impératif de compatibilité avec l'usage de tous que le régime de la domanialité publique impose, rendra impossible, sinon en droit alors en fait, la constitution de droits réels sur un bien relevant du domaine public. Ce sera le cas toutes les fois où l'utilisation projetée d'un bien du domaine public se fera sans que puisse être maintenue son affectation publique. Ainsi, la constitution d'un droit de superficie sur une infrastructure sportive (telle une patinoire, un hall omnisport,...) encore accessible avant sa reconversion s'avèrera impraticable lorsque la destination projetée du bien est de nature à entraîner la fermeture de cette installation<sup>86</sup>.

Mis à part ce cas particulier, les droits accordés au titulaire d'un droit de superficie pourraient être jugés compatibles avec

78. Rapp. J. DEMBOUR, *Droit administratif*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales, 1978, 3<sup>ème</sup> éd., p. 397.

79. En principe, un mois, suivant l'art. 1736 du Code civil.

80. M. DAMBRE, B. HUBEAU et S. STIJNS, *Handboek algemeen huurrecht*, Bruges, die Keure, 2006, n° 806.

81. Cass., 18 juin 1941, *Pas.* 1941, I, p. 244.

82. P. ORIANNE, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Bruxelles, Larcier, 1961, p. 51. Rapp. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 1975, 2<sup>ème</sup> éd., T. V, p. 720, n° 814; B. HUBEAU, "Partijen bij de huurovereenkomst" in *Handboek algemeen huurrecht*, Bruges, die Keure, 2006, pp. 26-27, n° 63.

83. Dans son examen de jurisprudence publié en 1969, Raymond Derine exprimait déjà une idée semblable en estimant que les biens du domaine public peuvent être donnés en location "... op voorwaarde dat de overeenkomst niet in strijd is met de openbare bestemming en het openbaar gebruik van het domein" (R. DERINE, "Overzicht van rechtspraak. Zakenrecht (1965-68)", *TPR* 1969, p. 688, n° 6).

Voy. également O. ORBAN, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, Dewit, 1909, 2<sup>ème</sup> éd., p. 364; P. WIGNY, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1962, pp. 232-233, n° 316; H. VUYE, *Bezit en bezitsbescherming van onroerende goederen en onroerende rechten*, Bruges, die Keure, 1995, p. 465, n° 444, note 219; E. VAN HOOYDONK, *Beginselen van havenbestuursrecht*, Bruges, die Keure, 1996, pp. 299-304, n° 137. Rapp. F. VAN NESTE, *Zakenrecht*, I, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, p. 182; J. KOKELENBERG, T. VAN SINAY et H. VUYE, "Overzicht van rechtspraak. Zakenrecht (1994-2000)", *TPR* 2001, pp. 862-863, n° 16; D. LAGASSE, "La gestion active du domaine public", *APT* 2003, pp. 92-93, note 31 et p. 108.

84. Est sans conséquence à cet égard la circonstance que la Cour constitutionnelle a estimé dans un arrêt du 5 mars 1996 (n° 17/96) qu'il n'est pas manifestement déraisonnable d'appliquer aux personnes morales de droit public, en raison de leur nature, des règles différentes de celles qui sont destinées aux personnes de droit privé, notamment en ce qui concerne le régime de leurs biens (B.3). La proportionnalité de l'inégalité révélée doit en effet s'apprécier *in concreto*.

85. L'argument a été soulevé devant la Cour de cassation dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 25 septembre 2000 (partie non reproduite à la *Pasicrisie*). La Cour n'a pas eu à y répondre estimant que le moyen qui en était tiré manquait en fait.

86. Pareille convention ne pourrait pas même être conclue sous la condition suspensive de la fermeture de l'infrastructure, dès lors que celle-ci implique une décision de désaffectation de la part de l'autorité. Si tel était le cas, cette condition devrait être qualifiée de condition purement potestative, ce qui entraînerait sa nullité, et par voie de conséquence, l'illégalité de la convention ainsi conclue.

l'affectation du bien du domaine public sur lequel ils sont octroyés. Certes, l'article 5 de la loi du 10 janvier 1824 prévoit que pendant la durée du droit de superficie, le propriétaire du fonds ne peut empêcher celui qui dispose de ce droit, de démolir les bâtiments et autres ouvrages, ni d'arracher les plantations et de les enlever, pourvu que ce dernier en ait payé la valeur lors de son acquisition, ou que les bâtiments, ouvrages et plantations aient été construits ou faits par lui, et pourvu que le fonds soit remis dans l'état où il se trouvait avant la construction ou la plantation. Cette disposition n'est toutefois que supplétive. Les parties peuvent donc y déroger.

17 La loi du 10 janvier 1824 ne fait pas non plus obstacle à ce que le gestionnaire domanial puisse bénéficier d'une clause lui permettant de mettre fin unilatéralement au droit de superficie ou d'en modifier de par sa seule volonté les conditions d'utilisation. Si l'article 6 de la loi pourrait créer quelques difficultés au gestionnaire domanial qui aura anticipativement mis un terme au droit de superficie, dès lors que cette disposition permet au superficiaire de retenir les bâtiments, ouvrages ou plantations, jusqu'au remboursement de leur valeur actuelle par le propriétaire du fonds, cette disposition n'a également qu'une valeur supplétive<sup>87</sup>.

Le professeur Déom a toutefois fait justement remarquer que, dans son arrêt du 18 mai 2007, la Cour de cassation n'a pas expressément conditionné l'octroi d'un droit de superficie sur le domaine public à l'épreuve du critère de précarité, dès lors qu'elle s'est limitée à indiquer que tel droit pouvait être établi sur ce domaine "pour autant qu'il ne fasse pas obstacle à l'affectation à l'usage de tous" du bien relevant du domaine public<sup>88</sup>. Pour cet auteur, l'arrêt ne permettrait donc pas de savoir si la Cour tolère l'établissement d'un droit de superficie sur ce domaine, quelles que soient les clauses qui en règlent la durée.

Pour notre part, nous sommes d'avis que la Cour suprême, en ne mentionnant pas expressément à cet endroit la condition de précarité des droits accordés sur le domaine public qu'elle rappelait pourtant précédemment en indiquant qu'un droit privé ne peut être constitué sur un bien relevant de ce domaine que s'il ne porte pas atteinte au droit des pouvoirs public de le réglementer à tout moment, n'a pas voulu ré-

server un sort particulier sur ce point à la constitution d'un droit de superficie. Un premier argument d'ordre logique s'y oppose. La Cour ne peut ériger en conditions de validité de l'octroi de droits privés sur le domaine public les critères de précarité et de compatibilité avec l'affectation domaniale et refuser, ensuite, de les appliquer dans une hypothèse particulière, sans justifier cette exception. Le raisonnement de la Cour de cassation apparaît d'ailleurs comme un syllogisme dont ne se dévoilent, à première vue, que la majeure – si un droit privé n'entrave pas l'usage de tous d'un bien du domaine public (*critère de compatibilité*) et s'il ne porte pas atteinte au droit de l'autorité de le régler en tout temps, en fonction de cet usage (*critère de précarité*), il peut être accordé sur ce bien –, et la conclusion. Or, si un droit de superficie peut être établi sur un bien du domaine public, c'est qu'il doit nécessairement remplir les deux conditions que la Cour a énoncées préalablement dans cette majeure.

L'on doit, dès lors, considérer qu'en décidant qu'un droit de superficie "ne fait pas obstacle à l'affectation à l'usage de tous d'un bien du domaine public", la Cour entendait indiquer que ce droit satisfait au critère de compatibilité mais aussi au critère de précarité évoqué plus haut.

Cette conclusion peut, de prime abord, paraître troublante, dès lors que les mots 'constituer un obstacle' ou 'faire obstacle' employés dans l'énoncé des critères suivant lesquels un droit privé peut être accordé sur un bien du domaine public, ne renvoient, tant dans l'arrêt du 18 mai 2007 que dans celui du 25 septembre 2000, qu'au critère de compatibilité.

En réalité, et c'est le deuxième argument que l'on peut objecter à la thèse du professeur Déom, dès lors que le régime de domanialité publique est entièrement guidé et déterminé par l'affectation du bien à l'usage de tous, l'on doit considérer que le critère de compatibilité englobe celui de la précarité<sup>89</sup>. L'exigence de conformité des droits privés accordés sur le domaine public aux nécessités de l'affectation domaniale implique en effet que leur adéquation à l'intérêt que sert le domaine soit appréciée et vérifiée en permanence<sup>90</sup>. Cette conformité perpétuelle implique qu'un contrôle de tous les instants puisse être exercé quant à la compatibilité des droits octroyés sur le domaine public avec les exigences de l'affectation domaniale<sup>91</sup>, contrôle qui peut aller jusqu'à la remise en cause définitive des droits concédés<sup>92</sup>.

87. L'administration devrait, tout d'abord, pouvoir se réserver le choix de décider au terme du contrat si elle conserve, moyennant rachat, les constructions érigées sur le domaine public ou si elle préfère que son cocontractant les enlève, voire qu'il les lui cède sans indemnité. La convention pourrait également prévoir que le cocontractant ne pourra opposer son droit de rétention à l'administration, si celle-ci décidait d'acquiescer les constructions ainsi érigées sur le domaine public. L'exercice de ce droit pourrait en effet entraver sérieusement les activités du gestionnaire domanial et, par voie de conséquences, menacer l'intérêt domanial (P. BOUCQUEY et V. OST, "La domanialité publique à l'épreuve des partenariats publics-privés" in *Les partenariats publics-privés (P.P.P.): un défi pour le droit des services publics?*, Bruxelles, la Charte, 2005, p. 278. Comp. M. VON KUEGELGEN, "L'évolution de la domanialité publique à la lumière des divisions horizontales et verticales de la propriété – Constats et perspectives", *Rev.prat.imm.* 2008/3, p. 82, n° 14).

88. D. DÉOM, "Le régime juridique du domaine public et du domaine privé" in *Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics*, *Rép. not.*, T. XIV, Livre VII, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 200.

89. Dans ce sens, semble-t-il: D. LAGASSE, "La gestion active du domaine public", *APT* 2003, p. 92, note 30: "(...) un droit conféré sur le domaine public ne devient-il pas 'incompatible' avec ce domaine et son affectation dès le moment où il n'est plus précaire?".

90. Comp. J. DE STAERCKE, *Domeingoederenrecht*, Anvers, Intersentia, 2006, p. 87, n° 93.

91. Rapp. G. DOR et J. DEMBOUR, *Le domaine public. Le domaine privé. Les servitudes légales d'utilité publique* in *Les Nouvelles. Lois politiques et administratives*, IV, Bruxelles, Larcier, 1955, p. 136.

92. Comp. avec P. BOUCQUEY et V. OST, "La domanialité publique à l'épreuve des partenariats publics-privés" in *Les partenariats publics-privés (P.P.P.): un défi pour le droit des services publics?*, Bruxelles, la Charte, 2005, p. 272: "(...) la constitution d'un droit, réel ou personnel, au profit d'un particulier, ne sera incompatible avec le régime de la domanialité publique que s'il a pour effet d'empêcher l'autorité de reprendre le bien ou d'adapter sa destination, et ce, à tout moment".

Ce recentrage autour du seul critère de compatibilité n'a pas lieu d'étonner. D'anciens arrêts de la Cour de cassation n'évaluent, on l'a déjà constaté<sup>93</sup>, la possibilité d'établir des droits privés sur un bien du domaine public qu'à l'aune de ce seul critère. Sans doute la Cour a-t-elle affiné cette condition en la précisant, notamment quand il s'est agi d'admettre la constitution de servitudes sur le domaine public<sup>94</sup>. Ce mouvement de la jurisprudence, qui s'est légèrement rétracté avec l'arrêt de la Cour du 25 septembre 2000<sup>95</sup>, ne saurait faire perdre de vue qu'en cette matière, seule importe la finalité du régime protecteur ainsi dégagé, de sorte que le critère de compatibilité ou de précarité doivent être regardés comme des instruments servant à garantir le maintien permanent de cette affectation. En d'autres termes, en indiquant qu'un droit de superficie peut être constitué sur un bien du domaine public pour autant qu'il ne fasse pas obstacle à l'affectation à l'usage de tous de ce bien, la Cour de cassation rappelle seulement, à juste titre, que le critère central au regard duquel l'octroi de droits privés sur un bien du domaine public doit être apprécié n'est autre que son affectation.

18 En définitive, la constitution d'un droit de superficie sur le domaine public nous semble donc, le cas échéant sous réserve des aménagements conventionnels précités<sup>96</sup>, parfaitement envisageable<sup>97</sup>. La question se pose cependant de

savoir si l'absence de dérogation formelle dans le contrat aux dispositions supplétives de la loi du 10 janvier 1824 empêche, lorsque celles-ci sont pertinentes, c'est-à-dire réellement susceptibles d'avoir des répercussions sur le maintien de l'affectation domaniale, la constitution d'un droit de superficie sur un bien relevant du domaine public. Autrement dit, le silence du contrat quant à la garantie de pouvoir disposer d'un pouvoir de modification et de résiliation unilatérale affecte-t-il la validité de la constitution d'un droit de superficie sur un bien relevant du domaine public?

Le Conseil d'État semble s'être prononcé en ce sens. Dans un arrêt du 9 janvier 1990, la Haute juridiction administrative a en effet considéré que des terrains faisant partie du domaine public ne pouvaient faire l'objet d'un droit de superficie non révocable accordé à un particulier<sup>98</sup>. Ce qui était critiqué, en l'espèce, c'était l'absence de clause dérogatoire au régime légal du contrat de superficie permettant à l'administration de modifier les conditions du contrat à tout moment<sup>99</sup>.

L'on peut toutefois se demander si les parties ne peuvent pas dans cette matière déroger implicitement aux dispositions supplétives de la loi<sup>100</sup>. L'administration ne peut, on l'a déjà dit, sauf à procéder à la désaffectation du bien, s'écarter du régime de domanialité qui est d'ordre public. Dès lors que ce dernier doit permettre de conserver l'affectation des biens du domaine public en toutes circonstances, un pouvoir de modification et de résiliation unilatérale doit lui être reconnu et garanti d'emblée, sans qu'une clause particulière du contrat n'ait à le rappeler. L'on peut donc estimer que ne pouvant en règle échapper au partenaire privé de l'administration en raison même du statut du bien sur lesquels les droits sont concédés, statut que ce partenaire ne peut normalement ignorer, ceci d'autant plus que lorsque l'administration l'en informe expressément, ces exigences de précarité et de mutabilité font partie intégrante du champ contractuel. Elles devraient, de ce fait, pouvoir écarter les dispositions contraires du régime supplétif de la loi du 10 janvier 1824.

93. *Supra* n° 11. Voy. également CE, 2 février 1993, n° 41.878, *SA Seaport Terminals*; CE, 21 juin 1994, n° 48.082, *SA Seaport Terminals*; CE, 22 novembre 2004, n° 137.417, *Singule & Koekelbergh*.

94. Dans ses arrêts du 6 décembre 1957, 11 septembre 1964 et 27 septembre 1990, la Cour a en effet indiqué qu'une servitude ne peut être établie sur un bien appartenant au domaine public, qu'à la triple condition 1° qu'elle ne soit pas incompatible avec la destination publique de ce domaine, 2° ne fasse pas obstacle à son usage public et, 3° ne porte pas atteinte au droit de l'administration de régler cet usage d'après les besoins et l'intérêt de la collectivité.

95. La Cour n'y soumet plus en effet la validité de la constitution de droits privatifs sur le domaine public qu'à deux conditions, étant qu'ils ne fassent pas obstacle à cet usage et ne portent pas atteinte au droit de la puissance publique de les régler et de les modifier en tout temps selon les besoins et l'intérêt de l'ensemble des citoyens.

96. La possibilité de céder le droit de superficie à un tiers devrait également être strictement encadrée afin que le gestionnaire domanial puisse vérifier la compatibilité de toute nouvelle activité projetée avec la destination publique du bien.

97. En ce sens, déjà avant l'arrêt du 18 mai 2007: E. VAN HOOYDONK, *Beginselen van havenbestuursrecht*, Bruges, die Keure, 1996, p. 307, n° 139; A. CULOT, B. GOFFAUX, C. MOSTIN et H. VANGINDERTAEL, "Emphytéose et superficie", *Rép.not.*, tome II, Livre VI, 2004, p. 75, n° 7; J. DE STAERCKE, "De valorisatie van het openbaar domein", *TBO* 2005, pp. 194-195; N. VERHEYDEN-JEANMART et P.-P. RENSON, "La propriété et les enjeux urbanistiques du troisième millénaire. La propriété des volumes" in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 355, pour autant que ce droit soit constitué pour une durée indéterminée; P. BOUCQUEY et V. OST, "La domanialité publique à l'épreuve des partenariats publics-privés" in *Les partenariats publics-privés (P.P.P.): un défi pour le droit des services publics?*, Bruxelles, la Chartre, 2005, p. 274; J. DE STAERCKE, *Domeingoederenrecht*, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 103-104, n° 114. *Contra*: J.-M. CHANDELLE, *RPDB*, Complément VII, v° *Superficie*, p. 1155, n° 202; L. DERIDDER et T. VERMEIR, *Leidingen voor nutsvoorzieningen*, Bruges, die Keure, 2000, p. 15, n° 17; V. SAGAERT, "Het zakenrechtelijk statuut van nutsleidingen in het Belgisch recht", *TPR* 2004, p. 1365, au motif, pour cet auteur, que si la constitution d'un bail est interdite sur le domaine public, doit-il en être ainsi aussi *a fortiori* de l'octroi d'un droit de superficie; A.W. VRANCKX, H. COREMANS et J. DUJARDIN, *Beheer over de onroerende goederen van openbare rechtspersonen*, Bruges, die Keure, 2005, 9<sup>me</sup> éd., p. 28.

98. CE, 9 janvier 1990, n° 33.732, *Loos, Pas*, 1992, IV, p. 167. L'arrêt souligne que dans le texte de la convention conclue avec l'investisseur britannique n'ont pas été stipulées les garanties qui eussent assuré d'une manière convenable l'exercice par l'administration du droit qu'elle a de pouvoir modifier sans obstacle et à tout moment les règles relatives à l'utilisation du domaine public.

99. Dans ce sens, D. LAGASSE, "Remise en cause par la Cour de cassation de l'indisponibilité du domaine public?", *Rev.not.b.* 2007, p. 642; P. BOUCQUEY et V. OST, "La domanialité publique à l'épreuve des partenariats publics-privés" in *Les partenariats publics-privés (P.P.P.): un défi pour le droit des services publics?*, Bruxelles, la Chartre, 2005, p. 274.

100. Comp. avec J. FALYS, "Du droit de superficie des concessionnaires et permissionnaires élevés par eux sur le domaine public", *Ann.dr.Louvain* 1960, p. 86, pour qui les principes généraux du droit administratif écarteraient d'office les dispositions supplétives de la loi du 10 janvier 1824, de sorte qu'il n'y aurait pas besoin de prévoir de dérogation expresse dans le contrat aux dispositions contraires au régime de la domanialité.

## § 2. Droit d'emphytéose et domaine public

19 Contrairement à l'établissement d'un droit de superficie, la constitution d'un droit d'emphytéose sur un bien domanial demeure, aujourd'hui encore, controversée<sup>101</sup>.

Un obstacle de taille surgit à ce propos. Suivant l'article 2 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose, un bail emphytéotique ne peut être conclu pour une durée inférieure à 27 ans. Cette règle impérative entre en conflit avec l'exigence de précarité des droits accordés sur les biens du domaine public<sup>102</sup>.

Pour le contourner, certains ont proposé de rédiger une convention qui, sans se présenter comme un véritable bail emphytéotique, s'en inspirerait fortement. Ce contrat serait alors conclu pour une durée comprise dans la fourchette prévue par la loi (27-99 ans), mais prévoirait, moyennant indemnité, la possibilité d'une révocation unilatérale si l'intérêt général l'exige<sup>103</sup>. D'autres<sup>104</sup> considèrent que cette possibilité de résiliation unilatérale ne s'oppose pas à la constitution d'un droit d'emphytéose, dès lors que la Cour de cassation<sup>105</sup> aurait admis dans un arrêt du 30 mars 2006

que la circonstance qu'un droit d'emphytéose soit affecté d'une clause de dissolution unilatérale ne suffit pas pour considérer qu'il viole la durée minimum prévue par la loi.

Sans préjuger pour l'instant du bien-fondé de cette dernière opinion, l'on soulignera d'emblée que l'arrêt du 30 mars 2006 sur lequel elle s'appuie se limite à admettre, dans un cas bien déterminé, la validité d'une clause de dissolution anticipée d'un contrat d'emphytéose. En l'absence de pareille stipulation contractuelle, l'article 2 de la loi du 10 janvier 1824 devrait continuer à empêcher l'établissement d'un droit d'emphytéose sur un bien du domaine public dès lors que cette disposition s'oppose à ce que l'administration puisse résilier à tout moment ce droit dans l'intérêt domanial. Autrement dit, dans le silence du contrat, l'administration propriétaire ne pourrait pas mettre fin unilatéralement au bail emphytéotique, sans violer l'article 2 de la loi du 10 janvier 1824, disposition que les parties ne peuvent écarter *ab initio*, même implicitement. En effet, dès lors que dans le silence du contrat, la loi empêche l'administration d'user des prérogatives essentielles qu'elle tire du régime de la domanialité publique, l'octroi d'un droit d'emphytéose sur un bien du domaine public doit être exclu dans ce cas de figure, sauf à disqualifier la convention en un contrat de concession producteur de droits réels précaires.

101. S'opposent à la constitution d'un droit d'emphytéose: Mons, 24 mars 1987, *APT* 1988, p. 169; J.-M. CHANDELLE, *RPDB*, Complément VII, v° *Superficie*, p. 1155, n° 202; Ph. FLAMME, "Crise ou cure de jouvence de la domanialité publique: un obstacle au financement privé des équipements collectifs?", *JT* 1991, p. 446; J. KOKELENBERG, T. VAN SINAY et H. VUYE, "Overzicht van rechtspraak. Zakenrecht (1989-1994)", *TPR* 1995, p. 540; N. VERHEYDEN-JEANMART, Ph. COPPENS et C. MOSTIN, "Examen de jurisprudence. Les biens (1989-1998)", *RCJB* 2000, p. 90, n° 20 et p. 478, n° 216; A. CULOT, B. GOFFAUX, C. MOSTIN et H. VANGINDERTAELE, "Emphytéose et superficie", *Rép. not.*, T. II, Livre VI, 2004, p. 75, n° 7; A.W. VRANCKX, H. COREMANS et J. DUJARDIN, *Beheer over de onroerende goederen van openbare rechtspersonen*, Bruges, die Keure, 2005, 9<sup>ème</sup> éd., p. 28. Pour une critique de cette position: E. VAN HOYDONK, *Beginselen van havenbestuursrecht*, Bruges, die Keure, 1996, pp. 304-306, n° 138. Voy. aussi CE fr., 6 mai 1985, n° 41589, *Assoc. Eurolat et Crédit Foncier de France*, *AJDA* 1985, p. 620, note de J. MOREAU et E. FATOME, *RFDA* 1986, p. 21, concl. Genevois. Dans cet arrêt, la Haute juridiction administrative considère que la clause suivant laquelle un bail emphytéotique est constitué sur un bien du domaine public est incompatible avec les principes de la domanialité publique.
102. N. VERHEYDEN-JEANMART et P.-P. RENSON, "La propriété et les enjeux urbanistiques du troisième millénaire. La propriété des volumes" in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 354.
103. P. BOUCQUEY et V. OST, "La domanialité publique à l'épreuve des partenariats publics-privés" in *Les partenariats publics-privés (P.P.P.): un défi pour le droit des services publics?*, Bruxelles, la Charte, 2005, p. 274, n° 53; D. DÉOM, "Les opérations immobilières des personnes de droit public" in *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 271.
104. D. LAGASSE, "Investissements sur le domaine public: quelles contraintes en pratique? Comment les sécuriser?", Séminaire I.F.E. des 30 et 31 janvier 2008, p. 16, note 24bis. *Contra*: M. VON KUEGELGEN, "L'évolution de la domanialité publique à la lumière des divisions horizontales et verticales de la propriété – Constats et perspectives", *Rev.prat.imm.* 2008/3, p. 85, n° 16, qui considère que l'arrêt du 30 mars 2006 se situe dans la perspective d'une clause de sanction et ne devrait pas être étendu indistinctement aux facultés de résiliation unilatérale que le contrat ou la nature du bien qui en fait l'objet peuvent réserver à l'un des cocontractants.
105. Cass., 30 mars 2006, *Pas.* 2006, p. 720, *RW* 2006-07, p. 678, note de K. VANHOVE, *RGDC* 2008, note de V. WATERKEYN. Comp. avec Cass. fr. (3<sup>ème</sup> ch. civ.), 15 mai 1991, *Bull.civ.*, III, n° 140, p. 82, suivant lequel le caractère emphytéotique d'un bail est exclu lorsque les propriétaires se sont réservés la faculté de résilier le contrat afin de vendre ou démolir l'immeuble. Voy. également Cass. fr. (3<sup>ème</sup> ch. civ.), 14 novembre 2002, *Bull.civ.*, III, n° 223, p. 191, qui décide qu'une clause de résolution de plein droit d'un bail emphytéotique confère à la jouissance du preneur une précarité incompatible avec la constitution d'un droit réel.

20 La question se pose alors de savoir si l'administration peut valablement introduire dans un bail emphytéotique une clause l'autorisant à mettre fin au contrat lorsque l'intérêt domanial l'exige. Disons-le d'emblée, toute prise de position en faveur de l'une ou l'autre solution demeure risquée dans l'état actuel du droit positif et de la jurisprudence. Sans doute, la Cour de cassation s'est-elle prononcée en termes généraux dans son arrêt du 30 mars 2006 et, sans doute aussi, la clause à propos de laquelle la Cour avait à se prononcer dans cet arrêt laissait *in fine* au bailleur le choix de mettre fin au contrat en cas de faillite, de concordat volontaire ou judiciaire, de banqueroute, d'annulation ou de liquidation de l'emphytéote. La Cour suprême ne s'est toutefois pas prononcée sur la qualification juridique de ce mécanisme contractuel<sup>106</sup>, ce qui ne rend guère aisée l'extension de l'enseignement de son arrêt à des situations qui diffèrent de celle dont la Cour a eu à connaître. Le plus souvent, l'on y voit une clause résolutoire expresse ou une condition résolutoire<sup>107</sup>. Dans l'état actuel des choses, il nous apparaît donc – mais une autre

106. Pour V. Sagaert et M. Somers, cet arrêt tranche le sort d'une clause résolutoire expresse (dans ce sens également, V. WATERKEYN, "L'emphytéose et les clauses et conditions résolutoires", *RGDC* 2008, p. 94, n° 9), de sorte qu'une condition résolutoire expresse ne serait pas permise, sous peine de violer l'art. 2 de la loi du 10 janvier 1824 ("Erfpacht, ontbinding en faillissement: een complexe trilogie", *T.Not.* 2008, pp. 78-96, spéc. pp. 84-86, n° 10-13). Comp. avec K. VANHOVE, "Erfpacht: meer contractvrijheid dan gedacht!", *RW* 2006-07, p. 680, n° 8, pour qui l'arrêt aurait eu à connaître d'une condition résolutoire. La fin anticipée du contrat ne constituerait cependant pas une violation de la durée minimale de l'emphytéose dès lors que consécutive à une faillite de l'emphytéote, elle ne serait qu'indirecte et indépendante de la volonté des parties.
107. Comm. Charleroi, 19 mars 1996, *Rev.not.* 1996, p. 279; Mons, 4 mai 1998, *JLMB* 1999, p. 444. Pour une analyse de ces décisions, voy. A. CULOT, B. GOFFAUX, C. MOSTIN et H. VANGINDERTAELE, "Emphytéose et superficie", *Rép.not.*, T. II, Livre VI, 2004, pp. 123-124, n° 104.

opinion ne semble pas exclue, dès lors que d'autres qualifications sont envisageables<sup>108</sup> –, que l'on ne puisse admettre qu'une des parties se réserve contractuellement la possibilité de résilier unilatéralement un droit d'emphytéose selon son bon vouloir avant le terme de 27 ans<sup>109</sup>. Un gestionnaire domanial ne pourrait par conséquent pas mettre un terme à l'occupation privative accordée en se fondant sur l'intérêt domanial, auquel il n'est pas étranger. Pour ces motifs, l'octroi d'un droit d'emphytéose ne semble donc pas envisageable sur un bien relevant du domaine public.

### § 3. Droits privés et domaine public

21 La confrontation des solutions apportées par la Cour de cassation à l'établissement d'un bail, d'une servitude ou d'un droit de superficie sur le domaine public permet de dégager certaines directives qui pourraient s'avérer utiles quant à la question de savoir si d'autres droits privés peuvent être concédés sur un bien du domaine public.

Il faut, tout d'abord, exclure les actes qui, d'emblée, ne sont pas matériellement compatibles avec l'affectation à l'usage de tous d'un bien déterminé. Il peut en être ainsi, par exemple, d'une servitude d'ancrage que le propriétaire d'un fonds voisin d'une voirie solliciterait sur celle-ci. Le plus souvent, toutefois, les données factuelles à prendre en compte pour évaluer la compatibilité des droits à octroyer sur le domaine public risquent d'être beaucoup moins simples. L'on remarquera à ce propos que si la Cour de cassation prend soin d'énoncer les critères auxquels sont soumis la constitution de droits privés sur le domaine public, elle n'en donne pas de définition claire et précise. Elle n'indique pas ce qu'il faut exactement entendre par l'expression "*ne pas entraver*" ou "*ne pas constituer un obstacle à*" la destination d'un bien qui relève du domaine public. Cette question est d'autant plus délicate que, le plus souvent, les utilisations privatives octroyées sur le domaine public, peuvent avoir pour conséquence que l'usage public de cette portion se trouve quasiment exclue. Comment différencier alors les occupations privatives qui, sans être conformes à la destination publique du domaine, sont cependant compatibles avec elle, de celles qui ne le sont pas? Peut-on admettre à ce propos que l'impact positif généré, tant à l'égard du budget du gestionnaire domanial que des usagers, par la valorisation économique du bien en cause compense l'atteinte portée à l'utilisation collective de cette portion du domaine public? Jusqu'où doit pouvoir être pris en compte l'avantage qu'of-

fre l'occupant privatif en termes de productivité économique et de rentabilité financière du domaine? Ainsi, la condition de compatibilité avec la destination du bien à l'usage de tous sera-t-elle plus facilement remplie lorsque, malgré les inconvénients sérieux qu'elle engendre pour l'usage par tous du bien en cause, le droit accordé à l'occupant du domaine réalise une meilleure exploitation économique du domaine public? Si l'arrêt commenté s'inscrit par ses effets dans une logique d'optimisation de la valorisation économique du domaine, il ne dit pas, malgré les conditions qu'il énonce, comment résoudre les tensions qui peuvent exister entre les préoccupations légitimes, mais pas nécessairement contradictoires, des pouvoirs publics.

22 Si certains cas d'incompatibilité de l'utilisation privative projetée avec l'affectation domaniale paraissent patents, par exemple lorsque l'exercice des droits octroyés implique la cessation de l'activité en raison de laquelle le bien doit son appartenance au domaine public, aucune directive générale ne semble pouvoir s'imposer, tant les solutions se déterminent en fonction des particularités de chaque espèce.

Sans doute, l'utilisation privative du domaine public peut aller jusqu'à remettre en cause son intégrité. Même dans ce cas de figure, l'on ne doit pas nécessairement aboutir à un constat d'incompatibilité. L'utilisation privative du domaine non conforme à son usage ne lui est pas pour autant contraire du moment qu'elle demeure conciliable avec celui-ci. Une lecture restrictive de la jurisprudence ne peut par ailleurs être envisagée, sans quoi l'on réduirait à néant l'utilité du critère dégagé par la Cour de cassation. La jurisprudence semble ainsi indiquer que les usagers du domaine public doivent pouvoir s'accommoder de sérieuses limitations quant aux prérogatives qu'ils peuvent tirer de l'usage collectif du domaine. Une large tolérance, spatiale et temporelle, paraît donc devoir être admise.

L'on ne pourrait toutefois en déduire que les intérêts des usagers du domaine peuvent être sacrifiés sur l'autel des seules considérations économiques et financières que pourra générer l'activité autorisée. Sans doute, l'occupation privative servira le domaine public proprement dit, par la voie des redevances versées, ainsi aussi les citoyens qui, le plus souvent, pourront tirer utilement profit du service fourni. Une évaluation de l'impact réel pour le public de l'occupation privative projetée doit toutefois être opérée avant que celle-ci ne soit accordée. La solution finale devra tenir compte de tous les intérêts en présence, particulièrement des conséquences de l'opération envisagée sur les libertés individuelles qui s'exercent sur le domaine public, et dégager le meilleur équilibre à ce propos. Les dépendances domaniales constituent en effet aujourd'hui le support indéniable, le lieu d'élection<sup>110</sup> et de manifestation privilégié de l'exercice de nombreuses libertés publiques<sup>111</sup>,

108. Sur cette question, voy. P. WÉRY, "L'acte unilatéral destiné à mettre fin à une convention en l'absence de faute de l'autre partie" in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, p. 323, n° 62.

109. P. LECOCQ, "Superficie et emphytéose. Chronique de jurisprudence 2001-2008" in *Chronique de jurisprudence en droit des biens*, Liège, Anthemis, CUP, 2008, p. 360, n° 19. Comp. avec D. DÉOM, "Le régime juridique du domaine public et du domaine privé" in *Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics*, Rép. not., T. XIV, Livre VII, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 201, note 2. Cet auteur estime que si l'art. 2 de la loi sur l'emphytéose n'empêche pas qu'un contrat de ce type puisse être exposé à des causes de résiliation anticipée, par exemple en cas de faillite de l'emphytéote, elle est d'avis que ces causes doivent résulter d'éléments étrangers à la volonté des parties.

110. D. COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2000, p. 203.

111. V. DUFAU, *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 286; M.-A. LATOURNERIE, *Point de vue sur le domaine public*, Paris, Montchrestien, 2004, p. 48.

telles la liberté d'aller et de venir<sup>112</sup>, la liberté de cultes<sup>113</sup>, la liberté d'expression, de réunion, ainsi également la liberté du commerce et de l'industrie<sup>114,115</sup>. Plus que ses intérêts patrimoniaux, liés à la productivité économique et à la rentabilité financière du domaine, c'est la préservation de l'exercice de ces libertés individuelles, et donc de son affectation, que l'administration doit, notamment<sup>116</sup>, avoir en vue dans la gestion de son domaine public<sup>118</sup>.

23 Lorsque le résultat de l'utilisation privative projetée n'est pas en soi et dès le départ incompatible avec l'affectation du bien du domaine public, celle-ci peut être, en prin-

cipe, envisageable. Les règles de droit privé qui régissent habituellement le régime des droits privatifs ainsi accordés sur ce bien peuvent alors, en règle, trouver à s'y appliquer, dans la mesure toutefois où ils ne constituent pas un obstacle juridique actuel et futur à l'affectation permanente du bien du domaine à son usage public. Toute règle contraire qui empêche l'administration de garantir la continuité de l'affectation domaniale doit en effet s'effacer devant les exigences de l'intérêt domaniale. Ainsi, doit, par exemple, être écartée une clause d'un contrat de concession domaniale qui interdirait à l'administration d'y mettre fin avant un terme déterminé pour quels motifs que ce soit<sup>118</sup>.

Dans certaines situations, toutefois, il ne pourra être dérogé à ces règles, soit que celles-ci poursuivent la protection d'intérêts expressément protégés – c'est le cas des dispositions fixant la durée du bail de résidence principale, du bail commercial et du bail à ferme, et des règles de congé qui s'y appliquent –, soit qu'elles constituent une caractéristique inhérente à cette figure juridique. L'octroi du droit privé en cause ne sera, par conséquent, pas envisageable, si le régime légal qui lui est alors applicable et auquel il ne peut être dérogé empêche l'administration d'user des prérogatives qui lui permettent de garantir son affectation domaniale<sup>119</sup>. C'est que le régime de la domanialité n'est pas sans limite. Il ne peut imposer des restrictions inconciliables avec les règles essentielles de droit privé qui régissent une situation donnée. L'octroi d'un droit privé sur un bien du domaine public n'est donc pas possible lorsque le régime légal *de minimis* qui lui est applicable et auquel il ne peut être dérogé ne permet pas d'assurer la pérennité de

112. N'est-ce pas déjà ce qu'affirmait le procureur général M. Leclercq dans ses conclusions précédant un arrêt de la Cour de cassation du 6 mai 1848 (?): "Qui dit chemins publics, dit pays habité, dit communications entre ses habitants, dit communications entre leurs demeures, sans lesquelles des habitants ne peuvent exister; les chemins publics sont les conditions indispensables de toutes ces choses. Supprimez-les, et vous supprimez celles-ci: sans chemins publics, il n'y a ni existence possible pour les personnes, ni existence possible pour les maisons; entre les chemins publics et les personnes, comme entre les chemins publics et les maisons, il y a des rapports nécessaires de communication, qui font par cela même partie essentielle de l'existence des unes et des autres; fermer les chemins publics ou les modifier défavorablement au point de vue de ces rapports, soit quant aux maisons, soit quant aux personnes, c'est donc porter atteinte à l'existence et des maisons et des personnes, c'est leur causer un dommage injuste, et par cela même réparable, comme l'est tout dommage injuste fait aux choses ou aux personnes" (Pas. 1848, I, p. 343).
113. Rapp. G. DOR et J. DEMBOUR, *Le domaine public. Le domaine privé. Les servitudes légales d'utilité publique* in *Les Nouvelles. Lois politiques et administratives*, IV, Bruxelles, Larcier, 1955, p. 74, n° 163; A. MAST, *Précis de droit administratif belge*, Bruxelles-Gand, E.Story-Scientia, 1966, p. 142; J. DEMBOUR, *Droit administratif*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales, 1978, 3<sup>ème</sup> éd., p. 405, n° 280.
114. Y. GAUDEMET, "Libertés publiques et domaine public" in *Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 125-134, spéc. p. 133.
115. Si les biens qui relèvent du domaine public constituent le support de nombreuses libertés publiques, l'affectation domaniale peut, lorsqu'elle est suffisamment précise, conditionner, voire limiter l'exercice de ces libertés. Lorsqu'elle ne le fait pas, c'est l'autorité de police qui devra harmoniser les libertés concurrentes qui peuvent trouver à s'y exercer (voy., à ce sujet, J. MOURGEON, "De quelques rapports entre les libertés et la domanialité publique" in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, pp. 607-615).
116. Ce qui ne signifie pas que, dans la gestion du domaine public, l'autorité ne devra pas également prendre compte des intérêts commerciaux et sociaux des occupants du domaine. Pratiquement, si une remise en cause permanente des droits concédés peut devoir avoir lieu en toutes circonstances, la précarité des droits accordés s'imposant comme une garantie du maintien de l'affectation à l'usage de tous du domaine public et, ce faisant, dit-on, de la primauté de l'"intérêt général" sur les intérêts privés (Cass., 12 mars 2003, n° 32/2003, B.3), cette prérogative devrait, dans son application, pouvoir s'accommoder du respect dû aux droits fondamentaux des occupants du domaine public, tels le droit au travail (art. 23, al. 3, 1° de la Constitution) tant du titulaire du droit en cause, que de ses employés, le droit au respect des biens (voy., à ce propos, l'arrêt de la CEDH, 16 novembre 2004, *Bruncrona/Finlande*), voire le droit au respect de la vie privée et familiale; etc. Derrière les principes généralement connus se trouvent en effet dans le chef des usagers comme des occupants du domaine des droits et libertés tout aussi légitimes qui doivent pouvoir trouver à s'exprimer en harmonie. L'on relèvera à ce propos que l'articulation de ces droits fondamentaux avec les principes de la domanialité publique fait actuellement l'objet d'un débat dont a été saisie la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme (n° 34044/02, *Depalle/France*, et n° 34078/02, *Brosset et autres/France*). Dans ces affaires, les requérants se sont vu enjoindre par l'administration compétente de démolir les habitations dont ils sont propriétaires aux motifs que celles-ci seraient dressées illégalement sur le domaine public. Déboutés de leurs recours devant les juridictions administratives françaises ainsi que devant le Conseil d'État (CE fr. 6 mars 2002, *RFDA* 2003, p. 65, précédé d'une note de R. HOSTOU), les demandeurs invoquent la violation de l'art. 1<sup>er</sup> du premier protocole, ainsi que de l'art. 8 de la Convention. Après avoir déclaré la requête recevable, la chambre à laquelle ces affaires ont été attribuées s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre, laquelle a tenu une audience le 11 février 2009.

117. Ce qui inclut qu'elle soit attentive à l'intégrité et à la conservation du domaine sans lesquelles les libertés individuelles ne pourraient plus s'y exercer, ainsi qu'à la commodité et la sécurité de l'usage du domaine, ceci au regard du droit à l'intégrité physique et du droit à la vie.
118. P. ORIANNE, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Bruxelles, Larcier, 1961, p. 55. À l'inverse, une clause organisant l'indemnisation du cocontractant de l'administration en fixant le dommage réparable en cas de fin anticipée ou de modification du contrat est, en principe, tout à fait valable. Certaines limites doivent toutefois être respectées. Ainsi, une clause qui fixerait des indemnités à un montant tel que le gestionnaire domaniale se trouverait dans l'impossibilité matérielle de mettre en œuvre son pouvoir de résiliation ou de modification semble interdite. Pour P. Boucquoy et V. Ost, de telles clauses pourraient être qualifiées de "clauses pénales comminatoires" et devraient, lorsqu'elles ont pour effet, sinon pour but, de paralyser l'exercice du droit de révocation dans l'intérêt public, être écartées par le juge pour contrariété, sinon à l'art. 1229 du Code civil, du moins à l'ordre public ("La domanialité publique à l'épreuve des partenariats publics-privés" in *Les partenariats publics-privés (P.P.P.): un défi pour le droit des services publics?*, Bruxelles, la Charte, 2005, p. 260). Cette qualification n'est toutefois pas exclusive et il n'est pas impensable que les parties s'entendent pour considérer que la somme forfaitaire versée au cocontractant de l'administration en cas de modification substantielle ou de fin anticipée du contrat ne constitue pas la réparation d'un dommage mais la contrepartie de cette faculté de résiliation et/ou de modification unilatérale. Même si elle devait s'interpréter non comme une clause pénale, mais alors comme une clause de dédit, pareille clause devrait encore pouvoir être écartée au motif que l'administration ne peut renoncer à exercer ses compétences, et donc à assurer une bonne gestion domaniale, ce que ce type de clause pourrait engendrer.
119. Comp. P. BOUCQUEY et V. OST, "La domanialité publique à l'épreuve des partenariats publics-privés" in *Les partenariats publics-privés (P.P.P.): un défi pour le droit des services publics?*, Bruxelles, la Charte, 2005, p. 259.

l'affectation domaniale, par exemple, en interdisant ou en empêchant l'administration de réglementer à tout moment ce droit en fonction de l'usage domanial, et donc de le résilier ou de le modifier conformément à cette affectation.

Dans ce cas de figure, l'opération initialement projetée ne pourra alors aboutir, aucune voie médiane permettant de sauvegarder simultanément les intérêts du cocontractant de l'administration et ceux du domaine ne pouvant être dégagée. Si ce droit est malgré tout accordé, le contrat initial doit être tenu pour nul, à moins qu'il ne puisse faire l'objet d'une requalification compatible avec les exigences de protection du domaine public.

### En guise de conclusion: démocratie moderne et cassation

24 Pour terminer, nous consacrerons nos derniers propos à la forme de l'arrêt du 18 mai 2007. Malgré les enjeux en présence et l'existence d'un précédent contraire à la solution finalement retenue<sup>120</sup>, la motivation adoptée par la Cour y reste laconique, ce qui est regrettable.

Peut-être, en général, l'étroite collaboration qui existe entre la Cour et son parquet permet-elle à celle-ci de s'appuyer sur celui-ci quant à la transparence de ses activités, les motifs des arrêts de la Cour ne devant pas être lus isolément, mais à la lumière des moyens des parties et surtout des conclusions et notes du Ministère public<sup>121</sup>. Force est de constater que, concernant l'arrêt du 18 mai 2007, le Ministère public n'avait pas même abordé la question de la validité de la constitution d'un droit de superficie sur le domaine public, ayant conclu au rejet du pourvoi pour d'autres motifs<sup>122</sup>. La Cour ne devait-elle pas alors justifier sa nouvelle position par "une motivation circonstanciée et convaincante"<sup>123</sup>?

Tel ne fut pas le cas. Sans doute, outre que l'arrêt du 14 février 1862 a pu lui échapper, notre Cour suprême n'est-elle pas formellement tenue par ses précédents. Sans doute, aussi, la circonstance que l'amorce de la relativisation du principe

d'indisponibilité du domaine public était en marche depuis un certain temps déjà explique-t-il cette attitude. L'on peut néanmoins légitimement se demander si la manière autoritaire de dire laconiquement le droit dont la Cour a fait preuve est encore conforme aux standards de la démocratie moderne. Dans notre société, il ne suffit plus en effet de proclamer la solution d'un litige; il faut, en outre, la justifier<sup>124</sup> et rendre public les motifs qui sous-tendent les choix de politique jurisprudentielle sur lesquelles elle repose<sup>125</sup>. Ce principe de justification fait aujourd'hui partie du noyau dur de nos démocraties contemporaines; il constitue une voie de légitimation de la plus haute juridiction du pouvoir judiciaire lorsqu'elle dit le droit. Il participe, en outre, à la mission originaire de notre Cour suprême, qui est de contribuer à la sécurité juridique<sup>126</sup>, par une interprétation uniforme des lois.

Les arrêts de la Cour de cassation contrastent à cet égard avec ceux de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière justifie largement ses choix dans l'application des dispositions de la Convention qu'elle interprète à la lumière de la société actuelle. Elle n'hésite pas, lorsque cette situation se présente, à indiquer explicitement qu'elle opère un revirement de sa jurisprudence.

La Cour a tout à gagner, surtout lorsqu'elle entend revenir sur sa propre jurisprudence, à s'inspirer de cette manière de s'exprimer; bien plus qu'un devoir de justesse, d'honnêteté et de raison à l'égard d'elle-même<sup>127</sup>, c'est une exigence

120. Si la solution retenue était déjà sans doute annoncée en germe par l'amorce, dans d'autres arrêts, d'une relativisation du principe d'indisponibilité, force est de constater que la Cour de cassation procède bel et bien à un revirement de jurisprudence, puisqu'elle n'y parvient qu'en prenant le contre-pied d'un arrêt du 14 février 1862, dans lequel elle affirmait qu'un droit de superficie ne peut être accordé sur un bien du domaine public (Cass., 14 février 1862, *Pas.* 1862, I, p.104).

121. I. RORIVE, *Le revirement de jurisprudence. Étude de droit anglais et de droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 489 et 494.

122. En ce qui concerne la première branche du moyen, l'avocat général Vandewal avait estimé qu'il était irrecevable dès lors qu'il critiquait un motif surabondant et qu'il ne pouvait ainsi entraîner la cassation, les juges d'appel ayant aussi fondé leur décision sur le moyen indépendant non critiqué suivant lequel le demandeur n'avait pas renoncé à son droit d'accession à défaut d'expression de la volonté certaine et explicite à ce propos.

123. Pour reprendre la formule du procureur général Piret: "une juridiction doit, certes, pouvoir modifier sa jurisprudence, mais si ce revirement est tellement fondamental que les juges en arrivent à une solution diamétralement opposée, ils doivent justifier cette nouvelle position par une motivation circonstanciée et convaincante" (Le parquet de cassation, discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le 1<sup>er</sup> septembre 1994, *JT*, p. 623, n° 7).

124. Comp. I. RORIVE, *Le revirement de jurisprudence. Étude de droit anglais et de droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 521: "Motiver, ce n'est pas 'affirmer', mais bien 'justifier', c'est-à-dire fournir les arguments convaincants sur lesquels se fonde la décision." En conclusion de cet ouvrage, l'auteur plaide pour une plus grande transparence de l'activité de la Cour au travers de la qualité de la motivation de ses arrêts (p. 491 et les références citées, et p. 494).

125. Voy. S. STIJNS et H. VUYE, "Burenhinder: een toepassing van het gelijkheidsbeginsel, dan wel van de evenwichtslaar? Bedenkingen in het licht van de verantwoordingsverplichting van het Hof van Cassatie" in *Vigilantibus ius scriptum. Feestbundel voor Hugo Vandenberghe*, Bruges, die Keure, 2007, pp. 289 et s., spéc. p. 293: "Het eigene van de democratie ligt hem net in de verantwoording van iedere vorm van machtsuitoefening. Toegepast op het Hof van Cassatie impliceert dit dat duidelijkheid wordt verschaft omtrent de gemaakte keuzes en de achterliggende motieven... Het louter ponezen 'zo is het en zo zal het zijn' beantwoordt alvast niet aan de standdaarden van de moderne democratie." Sur cette question, voy. également M. ADAMS, "De argumentatieve en motiveringspraktijk van hoogste rechters: rechtsvergelijkende beschouwingen", *RW* 2009, pp. 1498-1510, spéc. pp. 1507 et s.

126. Voy. J. GILISSEN, *Historische inleiding tot het recht*, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen, 1981, pp. 466-467.

127. Rappr. du discours prononcé par le procureur général Faider le 7 décembre 1885 à l'audience solennelle de la Cour de cassation à l'occasion de l'installation de M. le conseiller Lelièvre: "Vous revenez parfois sur certains points de votre jurisprudence? Tant mieux, le juge doit à l'occasion avoir ce que j'appellerai volontiers l'héroïsme de la rétractation, car toujours cette rétractation est expliquée amplement et publiquement, elle est justifiée par des retours de législation, par la découverte de documents nouveaux et inconnus, par des aperçus imposés ou des discussions approfondies. (...) Et, en définitive, n'est-ce pas un spectacle intéressant de voir des juges honnêtes et scrupuleux revoir, contrôler, corriger et perfectionner leur œuvre; effacer une erreur ou une fausse interprétation de texte; annuler un précédent fâcheux ou incorrect; oui, c'est là un devoir d'homme juste et d'esprit supérieur..." (*Pas.* 1886, I, p. 10).

sans laquelle elle ne peut (re)trouver la confiance des justiciables. Outre sa mission de tribunal de cassation, la Cour remplit en effet une mission propre à chaque juridiction, celle de permettre la réalisation de la paix judiciaire. Or, cette paix judiciaire passe nécessairement par l'acceptation par les justiciables que la règle de droit est juste, claire et a été correctement appliquée. Une décision qui pêche par sa motivation n'atteint manifestement pas cet objectif.