

**COMMERCE AMBULANT :
LES LIBERTÉS DE CIRCULATION
ET LA DIRECTIVE SERVICES FONT UN TOUR
SUR LE MARCHÉ COMMUNAL**

par

Ann Lawrence DURVIAUX
Professeur à l'Université de Liège
Avocat
et
Thierry DELVAUX
Assistant à l'Université de Liège
Avocat

TABLE

<p>I. Introduction 500</p> <p>II. Droit belge interne 501</p> <p style="padding-left: 20px;">II.A. Utilisation privative du domaine public de la commune 501</p> <p style="padding-left: 20px;">II.B. Protection de l'ordre public communal 502</p> <p style="padding-left: 40px;">a) <i>Fondement : pouvoir de police administrative générale</i> 502</p> <p style="padding-left: 40px;">b) <i>Limites : la liberté du commerce et de l'industrie</i> 502</p> <p style="padding-left: 40px;">c) <i>Limites (suite) : la légalité et le principe de proportionnalité</i> 503</p> <p style="padding-left: 40px;">d) <i>Limites (suite et fin) : la finalité du pouvoir de police</i> 504</p> <p style="padding-left: 20px;">II.C. Pouvoir de police administrative spéciale : la loi du 25 juin 1993 505</p> <p style="padding-left: 40px;">a) <i>Ratio legis de la loi du 25 juin 1993 (version de 2005)</i> 505</p> <p style="padding-left: 40px;">b) <i>Champ d'application</i> 506</p> <p style="padding-left: 40px;">c) <i>Ventes interdites</i> 506</p> <p style="padding-left: 40px;">d) <i>Régime d'autorisation préalable</i> .. 506</p> <p style="padding-left: 40px;">e) <i>Autorisation du guichet d'entreprises</i> 507</p> <p style="padding-left: 40px;">f) <i>Autorisation communale</i> 507</p> <p style="padding-left: 40px;">g) <i>Activités dispensées (en tout ou en partie) d'autorisation communale</i> ... 509</p> <p style="padding-left: 40px;">h) <i>Interdiction communale et justifications</i> 510</p> <p style="padding-left: 20px;">II.D. Modalités de l'exercice du pouvoir de police administrative (générale ou spéciale) 511</p> <p style="padding-left: 40px;">a) <i>Organes communaux compétents</i> .. 511</p> <p style="padding-left: 40px;">b) <i>Obligation de motivation formelle</i> ... 512</p> <p style="padding-left: 40px;">c) <i>Obligation de motivation matérielle</i> .. 512</p> <p style="padding-left: 40px;">d) <i>Obligation de mise en concurrence</i> .. 513</p>	<p style="padding-left: 20px;">II.E. Conclusion sur le droit belge interne 513</p> <p>III. Droit européen primaire : libre circulation des marchandises et des services 514</p> <p style="padding-left: 20px;">III.A. Qualification des activités commerciales ambulantes en droit matériel européen 514</p> <p style="padding-left: 20px;">III.B. Interdiction des entraves à la libre circulation 515</p> <p style="padding-left: 40px;">a) <i>Fondement et principe</i> 515</p> <p style="padding-left: 40px;">b) <i>Exception : modalités de vente (jurisprudence Keck)</i> 516</p> <p style="padding-left: 40px;">c) <i>Application en l'espèce (services) : qualification d'entrave</i> 517</p> <p style="padding-left: 40px;">d) <i>Application en l'espèce (marchandises) : qualification de modalités de vente</i> 518</p> <p style="padding-left: 20px;">III.C. Justification des entraves interdites .. 518</p> <p style="padding-left: 40px;">a) <i>Respect du droit dérivé</i> 518</p> <p style="padding-left: 40px;">b) <i>Respect du principe de non-discrimination (entraves)</i> 519</p> <p style="padding-left: 40px;">c) <i>Respect du principe de non-discrimination (modalités de vente)</i> 520</p> <p style="padding-left: 40px;">d) <i>Objectifs d'intérêt général – Expressément prévus par le T.F.U.E.</i> .. 520</p> <p style="padding-left: 40px;">e) <i>Objectifs d'intérêt général – Source prétorienne – Raisons impérieuses d'intérêt général</i> 521</p> <p style="padding-left: 40px;">f) <i>Respect du principe de proportionnalité</i> 523</p> <p style="padding-left: 20px;">III.D. Conclusion sur le droit européen primaire 524</p> <p>IV. Droit européen dérivé : directive 2006/123/CE 525</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

ADMINISTRATION PUBLIQUE

IV.A. Champ d'application et règles matérielles	525
a) <i>Notion de services</i>	525
b) <i>Régime d'autorisation</i> (<i>art. 9 de la directive</i>)	526
c) <i>Exigences (art. 16 de la directive)</i> ..	526
d) <i>Exclusion</i>	528
IV.B. Application au cas d'espèce	528
a) <i>Services, pas marchandises</i>	528
b) <i>Régime d'autorisation</i>	528
c) <i>Exigences</i>	529
IV.C. La Loi du 25 juin 1993 et la directive 2006/123/CE	529
IV.D. Conclusion sur la directive 2006/123/CE	531
V. Conclusion générale	531

I. INTRODUCTION

1. La présente contribution traite des pouvoirs dont dispose une commune pour réglementer le commerce ambulancier sur son territoire. Le « commerce ambulancier » est ici entendu dans un sens large, tant par l'objet de l'activité économique visée (vente de produits – alimentaires ou non alimentaires – et vente de services) que par ses modalités d'exercice (vente à domicile, vente déambulatoire, vente depuis un emplacement sédentaire temporaire se trouvant à l'intérieur ou à l'extérieur d'un marché hebdomadaire ou d'une fête foraine). Par conséquent, les développements qui suivent traitent aussi bien du marché communal hebdomadaire que de la fête foraine annuelle ; ces deux manifestations organisées par la commune seront ici désignées par les termes de « marché communal »¹.

2. Certaines communes confient à une entreprise privée le soin d'organiser leur marché communal. Le rapport juridique entre la commune et l'entreprise ne sera cependant pas traité ici.

L'organisation d'un marché communal par une entreprise constitue un *service* au sens de l'article 56 du T.F.U.E. (ex art. 49 du T.C.E.)²,

¹ La loi belge applicable parle à ce propos de « *marché public* » (art. 1, 4^o, al. 2 de la loi du 25 juin 1993 sur l'exercice et l'organisation des activités ambulantes et foraines) par opposition au « *marché (créé sur initiative privée)* » (art. 1, 4^o, al. 3 de la loi du 25 juin 1993 précitée). Afin d'éviter la confusion avec le droit des marchés publics (au sens des lois du 24 décembre 1993 et du 15 juin 2006), mais aussi parce que nos considérations s'étendent également à la « *fête foraine* » (cf. art. 1, 5^o de la loi du 25 juin 1993 précitée), nous préférons recourir ici à l'expression « *marché communal* ».

² Depuis le 1^{er} décembre 2009 (entrée en vigueur du Traité de Lisbonne), le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ou « T.F.U.E. ») a remplacé le Traité instituant la Communauté européenne (ou « T.C.E. »). À la même date, la Cour de Justice des Communautés européennes (C.J.C.E.) est devenue la Cour de Justice de l'Union européenne (« C.J.U.E. »). Par commodité, seule cette dernière abréviation sera utilisée pour les références aux arrêts de la Cour.

ainsi que le confirment la jurisprudence de la Cour de Justice³ et le droit dérivé⁴. Le prestataire du service est l'entreprise organisatrice du marché communal. Les destinataires du service presté sont principalement les marchands ambulants (qui bénéficient d'un cadre propice à l'exercice de leurs activités) mais également la commune (qui bénéficie d'une gestion rationnelle de l'espace public, de l'organisation de la sécurité des usagers, des rentrées financières et de l'amélioration de son image de marque, etc.). La décision de confier l'organisation du marché communal à une entreprise privée doit faire l'objet d'une *procédure de mise en concurrence* – soit dans le cadre de la réglementation sur les marchés publics de services, soit dans le cadre de l'obligation générale de mise en concurrence si l'opération s'analyse comme une concession de service public⁵ ou une concession domaniale⁶.

3. Après avoir déterminé l'étendue des mesures susceptibles d'être prises par la commune vis-à-vis du commerce ambulancier en droit belge interne (section II), celles-ci sont confrontées aux contraintes du droit européen : d'abord

³ C.J.U.E., 15 janvier 2002, *Commission c. Italie*, C-439/99, *Rec.*, 2002, p. I-00305 (réglementation italienne relative à l'organisation de « *foires, expositions, salons et marchés* » jugée contraire à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services). Cf. également C.J.U.E., 21 octobre 1999, *Jägerskiöld*, C-97/98, *Rec.*, 1999, p. I-07319 (L'activité qui consiste à mettre à la disposition de tiers, contre rémunération, un espace permettant à ces tiers de pratiquer une activité – en l'espèce, un plan d'eau pour y pêcher – constitue une prestation de service au sens de l'art. 56 du T.F.U.E. (ex art. 49 T.C.E.)) et C.J.U.E., 10 mai 2001, *Agorà e.a.*, aff. jointes C-223/99 et C-260/99, *Rec.*, 2001, p. I-03605, point 39 (« *que l'organisation de foires, d'expositions et d'autres initiatives semblables est une activité économique qui consiste à offrir des services sur le marché* »). Cf. également : C.E. (fr.), 23 mai 2011, *Commune de Six Fours les Plages*, req. n° 342520, *A.J.D.A.*, 2011 p. 1059 (Lorsqu'une commune confie l'organisation d'un festival à une société privée, elle doit respecter la réglementation sur les marchés publics).

⁴ Le considérant n° 33 de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (*J.O.U.E.*, n° L 376 du 27 décembre 2006 p. 36) vise l'« *organisation de foires commerciales* », qui constitue un service régi par la directive. Il en va selon nous de même pour l'organisation d'un marché communal.

⁵ À propos des concessions de service public, cf. notamment C.J.U.E., 18 juillet 2007, C-382/05, *Commission c. Italie*, point 29 ; C.J.U.E., 13 octobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, point 42 ; C.J.U.E., 21 juillet 2005, C-231/03, *Coname*, point 9 ; C.J.U.E., 7 décembre 2000, C-324/98, *Telaustria*.

⁶ L'obligation de transparence déduite du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination dégagée pour les concessions de service public par la Cour de Justice dans les arrêts cités dans la note précédente étant raisonnablement extensible à tout contrat public. Cf., en ce sens, A.L. DURVIAUX, « Chronique 2010 de droit européen des marchés et autres contrats publics », *Rev. trim. droit européen*, 2011, pp. 427-429 ; Ph. FLAMME, M.A. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges – L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, 2e éd., Larcier, Bruxelles, 2009, n° 65, pp. 87-88 et note 167 ; P. NIHOUL, « Le principe d'égalité dans les marchés et les contrats publics », in *Liber amicorum Robert Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 528-529. Sur la distinction entre « concession de service public » et « concession domaniale », cf. S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, La Chartre, Bruges, 2007, n° 634, p. 340 et les références ; D. LAGASSE, « Les utilisations collectives et privatives du domaine public », in *Domaine public, domaine privé – Biens des pouvoirs publics*, Larcier, Bruxelles, 2008, n° 188, pp. 230-231.

du droit primaire, à savoir celles découlant du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne tel qu'interprété par la Cour de Justice, (section III), et ensuite celles découlant de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur – également connue sous l'appellation « Directive services » ou « Directive Bolkestein » – (« Directive 2006/123/CE »)⁷ (section IV). Viendra enfin le moment de conclure (section V).

II. DROIT BELGE INTERNE

4. Deux raisons expliquent qu'une commune se soucie du commerce ambulant : d'une part, l'activité économique se déroule généralement sur ou aux abords immédiats du domaine public de celle-ci (II.A) et, d'autre part, le commerce ambulant peut susciter des troubles à l'ordre public (II.B). La Constitution, la doctrine et la nouvelle loi communale énoncent les principes applicables à une intervention de l'autorité communale ; il s'agit essentiellement d'articuler le pouvoir de police administrative générale de la commune avec la liberté de commerce et d'industrie reconnue aux opérateurs économiques. Une loi spécifique au commerce ambulant affine ce régime général : la loi du 25 juin 1993 sur l'exercice et l'organisation des activités ambulantes et foraines⁸ (la « loi du 25 juin 1993 ») confère un pouvoir de police administrative spéciale à la commune (II.C).

II.A. UTILISATION PRIVATIVE DU DOMAINE PUBLIC DE LA COMMUNE

5. L'utilisation collective du domaine public est une manifestation du droit des individus d'aller et venir (art. 12 de la Constitution) et du droit à l'égalité des citoyens (art. 10 et 11 de la Constitution)⁹. En revanche, lorsqu'une personne utilise le domaine public de manière privative – soit pour en jouir à titre exclusif –, en y installant par exemple une échoppe, elle empiète en théorie sur les droits constitutionnels d'autrui : « *comme l'exclusivité juridique que ces occupations confèrent à leurs bénéficiaires déroge manifestement à la vocation originaires du*

domaine, il serait inconcevable qu'elles puissent être réalisées librement par les intéressés ; ceux-ci doivent donc obtenir de l'autorité compétente le titre sans lequel leur occupation constituerait une violation du droit d'utilisation collective du domaine public »¹⁰.

Ce titre est l'« autorisation domaniale » – catégorie au sein de laquelle la doctrine et la jurisprudence distinguent le « permis de stationnement » et la « permission de voirie »¹¹. Cette distinction permet d'identifier l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation domaniale : dans le cas du permis de stationnement (accordé par voie de décision individuelle), il s'agit du bourgmestre¹² ; dans le cas de la permission de voirie, il s'agit du collège communal¹³. Les autorisations délivrées pour les installations provisoires de marchands ambulants ou de forains sont des permis de stationnement¹⁴.

6. La jurisprudence¹⁵ et la doctrine¹⁶ enseignent que l'autorisation domaniale est « essentiellement précaire », l'autorité qui l'a accordée pouvant la retirer sans préavis ni indemnité lorsque l'intérêt général l'exige. Toutefois, en ce qui concerne l'autorisation délivrée au marchand ambulant ou au forain, le législateur a tempéré la rigueur de cette règle : la loi du 25 juin 1993 (n° 12) énonce en effet qu'un règlement communal doit fixer « *le délai de préavis à donner aux*

¹⁰D. LAGASSE, *op. cit.*, n° 157, p. 213.

¹¹D. BATSELE, T. MORTIER et M. SCARCEZ, *Manuel de droit administratif*, Bruylant, Bruxelles, 2010, n° 684, p. 445 ; D. LAGASSE, *op. cit.*, n° 160, p. 215 ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 18^e éd., Kluwer, Malines, 2009, n° 301, p. 303.

¹²D. BATSELE, T. MORTIER et M. SCARCEZ, *op. cit.*, n° 684, p. 445 ; D. LAGASSE, *op. cit.*, n° 162, p. 216 ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, n° 301, p. 303.

¹³D. LAGASSE, *op. cit.*, n° 162, p. 217, qui se réfère à Cass., 17 juillet 1884, *Pas.*, 1884, I, p. 275 ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, n° 301, p. 303, qui indiquent que cette compétence s'exerce dans le cadre des conditions éventuellement prévues par le conseil communal. Comp. J. ASTAES, M. BAETSLE, B. BEELEN, A. COOLSAET, P. DE SMEDT, J. DUJARDIN, B. ROELANDTS et G. VAN HAEGENBORGH, *Gemeenteraad. Bevoegdheden*, La Chartre, Bruges, 2001, n° 54, p. 58, qui estiment qu'il revient dans les deux cas (permis de stationnement et permission de voirie) au conseil communal de fixer les conditions générales de l'octroi de l'autorisation domaniale.

¹⁴D. LAGASSE, *op. cit.*, n° 163, p. 218. Pour des applications, cf. C.E., n° 189.689 du 21 janvier 2009, *Stassain c. Ville de Stavelot* ; C.E., n° 196.580 du 1^{er} octobre 2009, *Stassain c. Ville de Stavelot* ; Civ. Bruxelles, 2 mars 1998, *J.T.*, 1999, p. 331.

¹⁵Cf. notamment : Cass., 17 juin 1884, *Pas.*, 1884, I, p. 275 ; Cass., 24 janvier 1907, *Pas.*, 1907, I, p. 95 ; Cass., 5 février 1914, *Pas.*, 1914, I, p. 91 ; Cass., 10 mai 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 182 (183) ; Cass., 27 mai 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 1080 ; C.E., n° 10.561 du 14 avril 1964, *Brunin* ; C.E., n° 78.179 du 19 janvier 1999, *Tao* ; C.E., n° 81.700 du 6 juillet 1999, *Torfs* ; C.E., n° 164.249 du 30 octobre 2006, *Huntjens & Huygens*.

¹⁶D. BATSELE, T. MORTIER et M. SCARCEZ, *op. cit.*, n° 685, p. 446 ; D. LAGASSE, *op. cit.*, n° 177-182, pp. 224-227 ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, n° 301, p. 303. Pour une mise en perspective de la précarité de l'autorisation domaniale, cf. S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, La Chartre, Bruges, 2007, n° 360-392, pp. 193-204.

⁷J.O.U.E., n° L 376 du 27 décembre 2006, p. 36.

⁸M.B., 30 septembre 1993.

⁹D. LAGASSE, « Les utilisations collectives et privatives du domaine public », in *Domaine public, domaine privé – Biens des pouvoirs publics*, Larcier, Bruxelles, 2008, n° 144, p. 204 et n° 149, p. 208.

ADMINISTRATION PUBLIQUE

titulaires d'emplacement en cas de suppression définitive de la manifestation ou de partie de ses emplacements ; ce délai ne peut être inférieur à un an. En cas d'absolue nécessité et dans d'autres cas déterminés par le Roi, le délai n'est pas d'application »¹⁷.

Par ailleurs, le Roi a fixé¹⁸ les conditions auxquelles la cession et la sous-location (d'abonnements) d'emplacements sur le domaine public sont permises¹⁹. Cette mesure vise à assurer la substance économique du « fonds de commerce » du marchand ambulant ou du forain – en y englobant le droit d'usage temporaire d'un emplacement se trouvant sur le domaine public (et exploité de manière régulière et dans la longue durée) –, afin d'en garantir la cession à titre onéreux en cas de cessation d'activités²⁰.

II.B. PROTECTION DE L'ORDRE PUBLIC COMMUNAL

A) FONDEMENT : POUVOIR DE POLICE ADMINISTRATIVE GÉNÉRALE

7. En vertu de l'article 135, § 2 de la nouvelle loi communale²¹, les communes ont pour mission de « *faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police, notamment de la propreté, de la salubrité, de la sûreté et de la*

¹⁷ Art. 8, § 2, al. 1, *in fine* de la loi du 25 juin 1993. À l'heure actuelle, les arrêtés d'exécution ne prévoient pas de dérogations supplémentaires au délai de préavis minimal fixé par la loi.

¹⁸ En exécution de l'article 10 de la loi du 25 juin 1993.

¹⁹ Art. 35 et s. de l'A.R. du 24 septembre 2006 relatif à l'exercice et à l'organisation des activités ambulantes et art. 18 de l'A.R. du 24 septembre 2006 relatif à l'exercice et à l'organisation des activités foraines et des activités ambulantes de gastronomie foraine (n° 12).

²⁰ Rapport au Roi de l'A.R. sur les activités ambulantes, M.B., 29 septembre 2006, éd. 2, pp. 50506 et s. (« *Le caractère restrictif de ce régime trouve sa justification dans la nature inaliénable et imprescriptible du domaine public, sur lequel se situent les emplacements. Il a pour but d'éviter qu'il n'en soit fait commerce. Il faut néanmoins faire remarquer que ce ne sont pas les emplacements qui sont attribués ou cédés mais uniquement leur droit d'usage temporaire* ») ; Rapport au Roi de l'A.R. sur les activités foraines, M.B., 29 septembre 2006, éd. 2, pp. 50537 et s. (À propos du forain : « *Sa fin d'activité n'est guère plus enviable ! Il n'a pas l'assurance de pouvoir remettre son établissement avec ses emplacements et risque ainsi de voir les investissements et les efforts de toute une vie, dévalorisés et même réduits à néant !* »).

²¹ Cette disposition est toujours en vigueur, alors que l'art. 135, § 1 a été abrogé, pour la Région flamande, par l'art. 302, 123° du Décret communal flamand du 15 juillet 2005 et a été remplacé, pour la Région wallonne, par l'art. L1113-1 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation. En effet, en vertu de l'art. 6, § 1, VIII, 1°, 4° tiret de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, les Régions sont compétentes pour « *la composition, l'organisation, la compétence et le fonctionnement des institutions provinciales et communales, à l'exception : (...) de l'organisation de et de la politique relative à la police, en ce compris l'article 135, § 2, de la nouvelle loi communale* ». Pour un examen historique de l'art. 135, § 2 et ses liens avec des décrets révolutionnaires français, cf. notamment : S. VAN GARSSE, « De administratieve politiebevoegdheid van de burgmeester », T.B.P., 2001, pp. 141-147.

tranquillité dans les rues, lieux et édifices publics »²².

Cette disposition est le fondement légal de ce que le Conseil d'État et la doctrine appellent le pouvoir de « police administrative générale » confié aux autorités communales, c'est-à-dire « *l'ensemble des missions confiées par ou en vertu de la loi en vue du maintien de l'ordre, de la tranquillité, de la sécurité et de la salubrité publics, et qui comportent le pouvoir d'imposer des restrictions à l'exercice des droits et libertés individuelles conformément à la loi* »²³, généralement désigné par l'expression « maintien de l'ordre public » (sécurité, salubrité et tranquillité publiques).

Le pouvoir de police administrative générale de la commune n'est pas absolu.

B) LIMITES : LA LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

8. Par définition, le pouvoir de police administrative générale peut entrer en conflit avec des libertés individuelles, et notamment la liberté du commerce et de l'industrie (en l'espèce la liberté d'entreprendre du marchand ambulant ou du forain) consacrée par l'article 7 du décret fran-

²² L'alinéa 2 de l'art. 135, § 2, de la nouvelle loi communale poursuit : « *Plus particulièrement, et dans la mesure où la matière n'est pas exclue de la compétence des communes, les objets de police confiés à la vigilance et à l'autorité des communes sont :*

1° *tout ce qui intéresse la sûreté et la commodité du passage dans les rues, quais, places et voies publiques ; ce qui comprend le nettoyage, l'illumination, l'enlèvement des encombrements, la démolition ou la réparation des bâtiments menaçant ruine (...); la police de la circulation routière, en tant qu'elle s'applique à des situations permanentes ou périodiques, ne tombe pas sous l'application du présent article ;*

2° *le soin de réprimer les atteintes à la tranquillité publique, telles que les rixes et disputes accompagnées d'ameutement dans les rues, le tumulte excité dans les lieux d'assemblée publique, les bruits et attroupements nocturnes qui troublent le repos des habitants ;*

3° *le maintien du bon ordre dans les endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes, tels que les foires, marchés, réjouissances et cérémonies publiques, spectacles, jeux, cafés, églises et autres lieux publics ;*

4° *l'inspection sur la fidélité du débit des denrées pour la vente desquelles il est fait usage d'unités ou d'instruments de mesure, et sur la salubrité des comestibles exposés en vente publique ;*

5° *le soin de prévenir, par les précautions convenables, et celui de faire cesser par la distribution des secours nécessaires, les accidents et fléaux calamiteux, tels que les incendies, les épidémies et les épizooties ;*

6° *le soin de remédier aux événements fâcheux qui pourraient être occasionnés par la divagation des animaux malfaisants ou féroces ;*

7° *la prise des mesures nécessaires, y compris les ordonnances de police, afin de combattre toute forme de dérangement public ».*

²³ Avant-projet de la loi sur la fonction de police, Avis du Conseil d'État, section de législation, *Doc. parl.*, Chambre, 1990-1991, n° 1637/001, p. 109, cité par P. DE SOMERE, J. DUJARDIN, G. VAN HAEGENBORGH, K. VANWINCKELEN et B. WEEKERS, *Burgmeester. Bevoegdheden*, La Chartre, Bruges, 2005, n° 30, p. 25 (qui indiquent que le Conseil d'État a ainsi repris la définition de J. DEMBOUR, *Les pouvoirs de police administrative générale des autorités locales*, Bruylant, Bruxelles, 1956, p. 9). Dans le même sens : M.A. FLAMME, *Droit administratif*, Tome 1, Bruylant, Bruxelles, 1989, n° 86, p. 204 ; F. LAMBOTTE, M. MULLER et V. RAMELOT, « Les pouvoirs de police des communes », *Rev. dr. communal*, 2004, p. 58 ; P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, v° « police administrative », Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 195.

çais des 2 et 17 mars 1791 (également appelé le « Décret d'Allarde ») – toujours applicable en Belgique –²⁴ et par l'art. 6, § 1, VI, al. 3 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980²⁵.

Cette dernière disposition réunit, dans une même évocation, le principe inscrit dans l'article 7 du Décret d'Allarde et les libertés de circulation du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ces dernières sont examinées ci-dessous, n° 35)²⁶.

La doctrine déduit notamment du principe de la liberté du commerce et de l'industrie le souci de « protéger le commerce contre les obstacles d'ordre administratif (...). [ce principe] est à la base de la liberté d'entreprendre. Il limite, ainsi, les pouvoirs de l'administration à l'égard des activités économiques privées aux seules interventions qui sont nécessaires au maintien de l'ordre public, au sens large du terme, et à celles qui sont compatibles avec la loi d'habilitation » (souligné par nous)²⁷.

C) LIMITES (SUITE) : LA LÉGALITÉ ET LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ

9. Le passage doctrinal cité au point précédent le laisse entendre (cf. les mots « nécessaires » et « compatibles avec la loi d'habilitation ») ; le pouvoir de police administrative est subordonné au respect de la légalité (dont les compétences dévolues à la commune) et au respect du principe de proportionnalité : la mesure de police administrative doit être nécessaire et proportionnée au but poursuivi.

Le Conseil d'État a ainsi jugé que les mesures suivantes étaient disproportionnées :

- une interdiction générale et permanente d'exercer leurs activités durant certaines heures de la nuit, sous la seule réserve de dérogations individuelles laissées à l'entière discrétion de l'autorité de police, imposée aux exploitants de tous les cafés, auberges et salles de danse d'une commune²⁸ ;
- l'interdiction générale de la mendicité²⁹ ;
- l'interdiction de proposer des boissons alcoolisées par le truchement d'appareils automatiques et dans des magasins automatiques³⁰.
En revanche, la jurisprudence a par exemple considéré que les cas d'exercice suivants, par la commune de son pouvoir de police administrative, étaient licites et proportionnés :
- l'interdiction de la commercialisation sur le marché communal de chiens et de chats par des vendeurs particuliers occasionnels³¹ ;
- l'interdiction d'exploiter un débit de boissons au-delà d'une certaine heure sur le territoire de la commune, afin d'assurer le repos des habitants de la commune³² ;
- l'interdiction de l'élevage, du dressage et de la détention de chiens de race dangereuse sur le territoire de la commune³³ ;
- l'interdiction d'exploiter une vidéothèque pendant un mois, afin de faire cesser les troubles à l'ordre public survenant aux abords de celle-ci et découlant de ce que ladite vidéothèque vendait des boissons alcoolisées³⁴.

10. S'agissant du respect de la légalité, la police de la circulation routière, « en tant qu'elle s'applique à des situations permanentes ou périodiques », échappe en principe au pouvoir de police administrative générale de la commune³⁵. Dans ce domaine, le conseil communal ne peut adopter que des « règlements complémentaires

²⁴ Qui énonce qu'il est « libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon » – texte cité in M. HERBIET et A.L. DURVIAUX, *Droit public économique*, La Chartre, Bruxelles, 2008, n° 13, p. 13, qui mentionnent plusieurs arrêts de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État se référant directement au Décret d'Allarde (*idem*, pp. 13-14, note 56).

²⁵ M.B., 15 août 1980. Cette disposition énonce que : « En matière économique, les Régions exercent leurs compétences dans le respect des principes de la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux et de la liberté de commerce et d'industrie, ainsi que dans le respect du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire, tel qu'il est établi par ou en vertu de la loi, et par ou en vertu des traités internationaux ».

²⁶ La liberté de circulation rejoint à bien des égards la liberté du commerce et de l'industrie (sauf p.ex. la question des situations purement internes). L'inscription de la première dans un traité international pourrait être considérée comme conférant à la seconde (pour ce qui concerne les objets qu'elles ont en commun) un rang supra-légal. Le cas échéant, ceci soulève la question de la place de la (norme consacrant la) liberté de commerce et de l'industrie au regard de la Constitution. Ces points ne sont pas examinés ici.

²⁷ M. HERBIET et A.L. DURVIAUX, *Droit public économique*, La Chartre, Bruxelles, 2008, n° 15, p. 16. Dans le même sens : Ph. QUERTAINMONT, *Droit administratif de l'économie*, Story-scientia, Bruxelles, 3^e éd., 2000, n° 41, pp. 44-45.

²⁸ C.E., 16 décembre 1992, *J.L.M.B.* 1993, p. 404.

²⁹ C.E., n° 68.735, 8 octobre 1997, *J.T.*, 1998, p. 139 ; *J.L.M.B.*, 1998, p. 461 ; *Pas.*, 1997, IV, p. 88 ; *Rev. b. dr. const.*, 1997, p. 407 ; *T.B.P.*, 1998 (reflet), p. 432.

³⁰ C.E., n° 166.573, 11 janvier 2007, *R.W.*, 2007-08, p. 952.

³¹ Cass., 6 décembre 1994, *A.J.T.*, 1995-96, p. 599, note P. Lefranc ; *Arr. Cass.*, 1994, 1065 ; *Pas.*, 1994, I, p. 1057 ; *Turnh. Rechtsl.*, 1995 (abrége), p. 88.

³² Cass., 4 mars 1998, *Arr. Cass.*, 1998, p. 264 ; *R. Cass.*, 1999, p. 98, note P. De Vroede ; *Rev. dr. pén.*, 1998 (abrége), p. 804. Comp. C.E., 13 octobre 1998, *A.P.M.*, 1998 (sommaire), p. 231 ; C.E., n° 90.369, 24 octobre 2000, *A.P.M.*, 2000, p. 188 ; *C.D.P.K.*, 2001, p. 509 ; T. *Gem.*, 2002, p. 43, note G. Van Haegenborgh ; *T.B.P.*, 2001 (abrége), p. 511.

³³ C.E., n° 95.192, 8 mai 2001, *A.P.M.*, 2001, p. 122 ; *J.T.*, 2001, p. 546 ; *J.L.M.B.*, 2001, p. 1596.

³⁴ C.E., n° 162.080, 29 août 2006, *Rev. dr. commun.*, 2008, p. 40.

³⁵ Art. 135, § 2, al. 2, 1^o, *in fine*, de la nouvelle loi communale ; art. 10 des lois relatives à la police de la circulation routière, coordonnées par arrêté royal du 16 mars 1968.

ADMINISTRATION PUBLIQUE

de police de la circulation routière »³⁶. Ce pouvoir de police spéciale est soumis aux règles de circulation routière édictées par l'État fédéral ou par les Régions³⁷ ; qui plus est, il est circonscrit à la protection de la sécurité et de la fluidité du trafic³⁸ et ne peut être mis en œuvre que lorsque les normes fédérales ou régionales sont insuffisantes en la matière³⁹. Les marchés hebdomadaires et les foires annuelles sont des situations périodiques⁴⁰.

Si, en revanche, une commune adopte une mesure s'appliquant à une édition particulière du marché hebdomadaire ou de la foire annuelle pour remédier à une situation ponctuelle, il s'agit d'une « *ordonnance de police temporaire relative à la circulation routière* »⁴¹. Tel est semble-t-il plus souvent le cas d'une foire annuelle, dans la mesure où le nombre d'attractions et l'affluence de visiteurs peut considérablement varier d'une année à l'autre⁴². Si la situation que l'ordonnance régit cesse d'être occasionnelle ou temporaire et devient permanente ou périodique, un règlement complémen-

taire en matière de circulation routière doit alors être adopté⁴³.

La Cour de cassation, les juridictions de fond et la doctrine estiment par ailleurs que le fait que la police de la circulation routière soit – en tant qu'elle s'applique à des situations permanentes ou périodiques – soustraite à la compétence de la commune, ne dispense pas cette dernière de son obligation de veiller à la sécurité du passage dans les parties des voies publiques qui traversent la commune⁴⁴.

D) LIMITES (SUITE ET FIN) : LA FINALITÉ DU POUVOIR DE POLICE

11. Une dernière limite au pouvoir de police administrative de la commune découle de la finalité que lui impose la loi. Un auteur soulignait à ce propos que « [l]e maintien de l'ordre public est le seul objectif légalement admissible, à l'exclusion de tous motifs d'ordre esthétique, d'ordre économique, telle la défense des intérêts financiers de la commune ou de particuliers, d'ordre moral, etc. »⁴⁵.

Les pouvoirs de police administrative spéciale peuvent en revanche combiner un objectif de maintien de l'ordre public (matériel) et des motifs qui y sont étrangers⁴⁶. Ainsi, la réglementation en matière d'urbanisme et de sauvegarde du patrimoine historique se fonde incontestablement sur des considérations esthétiques. La loi du 25 juin 1993 permettait jusqu'il y a peu une forme de protectionnisme économique sous couvert d'ordre public (n° 76). Quant à la moralité, la Cour de Cassation la mentionne expressément dans sa définition de l'ordre public – inchangée depuis 1949 : « *n'est d'ordre public que la loi*

³⁶ Adoptés par le conseil communal sur la base de l'art. 119 de la nouvelle loi communale et de l'art. 2 des lois relatives à la police de la circulation routière, coordonnées par arrêté royal du 16 mars 1968. Ces règlements « *doivent pour être obligatoires, être [portés] à la connaissance des intéressés, par des agents portant les insignes de leurs fonctions et postés sur place, ou par une signalisation appropriée* » (art. 12 des lois relatives à la police de la circulation routière) ; ils font l'objet d'une tutelle d'approbation régionalisée (cf. art. 2 du décret wallon du 19 décembre 2007 relatif à la tutelle d'approbation de la Région wallonne sur les règlements complémentaires relatifs aux voies publiques et à la circulation des transports en commun ; art. 4 du décret flamand du 16 mai 2008 relatif aux règlements supplémentaires sur la circulation routière et sur la pose et le coût de la signalisation routière).

³⁷ En ce sens : Loi du 20 juillet 2005 modifiant les lois coordonnées du 16 mars 1968 relative à la police de la circulation routière, Amendement, *Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 51-1428/004, p. 12 ; N. FRASELLE et S. SMOOS, « Les compétences des communes en matière de circulation routière », *Mouv. Communal*, 2005, p. 243 ; P. DE SOMERE, J. DUJARDIN, G. VAN HAEGENBORGH, K. VANWINCKELEN et B. WEEKERS, *Burgmeester. Bevoegdheden*, La Chartre, Bruges, 2005, n° 57, p. 63 ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 18^e éd., Kluwer, Malines, 2009, n° 610, pp. 569-570.

³⁸ Ce qui paraît exclure la protection de la tranquillité publique (cf. C.E., n° 87.889 du 7 juin 2000, *De Launoit e.a. c. Commune d'Uccle* ; C.E., n° 159.613 du 6 juin 2006, *S.A. Carmeuse c. Ville d'Andenne*). La tranquillité publique pourra en revanche être protégée par une mesure communale prise par la commune dans le cadre de son pouvoir de police spéciale organisé par la loi du 25 juin 1993 (n° 12).

³⁹ C.E. n° 43.819 du 13 juillet 1993, *Rev. dr. communal*, 1994, p. 51.

⁴⁰ En ce sens à propos des marchés hebdomadaires : N. FRASELLE et S. SMOOS, « Les compétences des communes en matière de circulation routière », *Mouv. Communal*, 2005, p. 243.

⁴¹ Adoptée par le collège communal sur la base de l'art. 12, al. 2 des lois relatives à la police de la circulation routière, coordonnées par arrêté royal du 16 mars 1968, de l'art. 130bis de la nouvelle loi communale, tel qu'inséré par la loi du 12 janvier 2006 (*M.B.*, 31 janvier 2007, *Err.*, *M.B.*, 2 février 2007) et de l'art. 135, § 2, al. 2, 1° *a contrario* de la nouvelle loi communale.

⁴² J. ASTAES, M. BAETSLE, B. BEELEN, A. COOLSAET, P. DE SMEDT, J. DUJARDIN, B. ROELANDTS et G. VAN HAEGENBORGH, *Gemeenteraad. Bevoegdheden*, La Chartre, Bruges, 2001, n° 390, p. 322, note 191. Cf. également les travaux préparatoires de la loi du 12 janvier 2006 modifiant la nouvelle loi communale (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2005-2006, n° 51-2022/001, p. 3).

⁴³ P. DE SOMERE, J. DUJARDIN, G. VAN HAEGENBORGH, K. VANWINCKELEN et B. WEEKERS, *Burgmeester. Bevoegdheden*, La Chartre, Bruges, 2005, n° 57, p. 63, note 171 ; P. GOFFAUX, « La réglementation à l'essai de la circulation routière », *Mouv. comm.*, 1993, pp. 209-212.

⁴⁴ Cass., 19 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 328 ; Cass., 1^{er} février 1973, *R.W.*, 1972-1973, p. 1856 ; Bruxelles, 31 mars 2000, *T.A.V.W.*, 2002, p. 11 ; Liège, 11 octobre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 763 ; Gand, 8 décembre 1998, *T.A.V.W.*, 1999, p. 272 ; Gand, 6 avril 1998, *T.A.V.W.*, 1998, p. 162 ; Mons, 14 octobre 1997, *R.G.A.R.*, 1999, n° 13.080 ; Liège, 11 mars 1996, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12.766 ; P. LEWALLE, A.L. DURVIAUX et C. DRESSEN, « La responsabilité délictuelle des communes », *Rev. dr. communal*, 1994, pp. 274-300.

⁴⁵ M.A. FLAMME, *Droit administratif*, Tome 1, Bruylant, Bruxelles, 1989, n° 87, p. 209. Cet auteur évoque deux affaires où la commune avait cherché à défendre des intérêts financiers de particuliers (règlement communal protégeant les intérêts financiers des organisateurs du Tour de France en leur assurant le monopole de la publicité ; règlement communal interdisant la création de nouveaux terrains de camping pour protéger les intérêts des hôteliers et autres propriétaires immobiliers).

⁴⁶ M.A. FLAMME, *Droit administratif*, Tome 2, Bruylant, Bruxelles, 1989, n° 463, p. 1115 ; D. HACHE et J. VANDE LANOTTE, *Juridische fundamente inzake de vrijwaring van de openbare orde*, Vanden Broele, Bruges, 1991, pp. 13-15 (en particulier, à propos des considérations d'ordre esthétiques et d'ordre moral) ; P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, v° « police administrative », Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 195.

qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société »⁴⁷.

En réalité, la notion d'« ordre public » reste, à bien des égards, insaisissable⁴⁸. Il n'est d'ailleurs pas certain qu'elle désigne la même chose dans toutes les branches du droit⁴⁹. Pour ce qui nous occupe en tout cas, le Conseil d'État refuse aux communes la possibilité de prendre des mesures de police administrative générale visant à maintenir l'ordre public moral, sauf si le désordre moral entraîne un désordre matériel⁵⁰ ; il s'agit là d'une jurisprudence constante⁵¹.

⁴⁷ Cass., 5 mai 1949, *Pas.*, 1949, I, p. 335 ; Cass., 14 janvier 1954, *Pas.*, 1954, I, p. 502 ; Cass., 15 mars 1968, *Arr. Cass.*, 1968, p. 936 ; *Pas.*, 1968, I, p. 885 ; Cass., 10 novembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 309 ; Cass., 28 septembre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 131 ; Cass., 10 mars 1994, *Arr. Cass.*, 1994, p. 236 ; *Rev. banq.*, 1994, p. 258, note A. Bruyneel ; *J.T.*, 1994, p. 419 ; *Pas.*, 1994, I, p. 237 ; *R.W.*, 1994-95, p. 431 ; *R.D.C.*, 1995, p. 15, note F. GLANSBORFF ; *T.R.V.*, 1995, p. 176, note H. Laga ; Cass., 19 mars 2007, *Arr. Cass.*, 2007, p. 645 ; *Pas.*, 2007, p. 555 ; Cass., 29 novembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2154 ; *T.B.O.*, 2008, p. 213. *Adde* : « Une loi n'est d'ordre public international que si, par les dispositions de cette loi, le législateur a entendu consacrer un principe qu'il considère comme essentiel à l'ordre moral, politique ou économique établi en Belgique et qui, pour ce motif, doit nécessairement exclure l'application en Belgique de toute règle contraire ou différente d'un droit étranger, même lorsque celle-ci est applicable suivant les règles ordinaires des conflits de lois » (souligné par nous) (Cass., 18 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 820 ; *Pas.*, 2007, p. 1237, *R.W.*, 2009-10, p. 798 ; *R.G.D.C.*, 2008, p. 520. Dans le même sens : Cass., 2 avril 1981, *Arr. Cass.*, 1980, p. 869 ; *J.T.*, 1981, p. 653 ; *Pas.*, 1981, I, p. 835 ; *R.C.J.B.*, 1983, p. 499 ; *R.W.*, 1982-83, p. 922, note J. Erauw).

⁴⁸ Cf. notamment : *L'ordre public*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLIX, L.G.D.J., Paris, 1998, 1143 p. (avec les auteurs suivant pour le droit belge : E. WYMEERSCH, « L'ordre public dans l'économie – Rapport belge », pp. 57-89 ; M.Th. MEULDERS-KLEIN et Y.H. LELEU, « L'ordre public dans les relations de famille – Rapports belges », pp. 361-492 ; M. DISPERSYN, « L'ordre public dans les relations de travail », pp. 697-704) ; *L'ordre public – Concept et applications*, Bruylant, Bruxelles, 1995, 327 p. ; D. HACHE et J. VANDE LANOTTE, *Juridische fundamente inzake de vrijwaring van de openbare orde*, Vanden Broele, Bruges, 1991, p. 2, qui se réfèrent notamment à C. PERELMAN, « Les notions à contenu variable en droit – Essai de synthèse », in *Le raisonnement et le déraisonnable en droit*, L.G.D.J., Paris, 1984, p. 134 ; P. DE SOMERE, J. DUJARDIN, G. VAN HAEGENBORGH, K. VANWINCKELEN et B. WEEKERS, *Burgmeester. Bevoegdheden*, La Chartre, Bruges, 2005, n° 30, p. 25 ; M.J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ?*, Bruylant, Bruxelles, 2001, 436 p.

⁴⁹ Cf. les études citées à la note précédente. Nous avons déjà observé ce phénomène par ailleurs, diverses branches du droit (belge ou européen) adoptant des conceptions différentes d'une même notion (en l'espèce, le « contrôle d'une société » ou le « contrat à titre gratuit ») : Th. DELVAUX, « Le contrôle d'une société – Sens et contresens d'un concept polysémique », *J.T.*, 2007, pp. 789-803 ; A.L. DURVIAUX et Th. DELVAUX, « Mécénat d'entreprise en faveur des pouvoirs publics », *J.T.*, 2011, pp. 429-438.

⁵⁰ Par exemple la découverte de drogue dans un dancing, justifiant la fermeture de ce dernier pendant quatre mois, non pas par des considérations de moralité mais afin de garantir la sécurité routière (C.E., n° 53.398 du 19 mai 1995). Cf. également : Ch. HAVARD, *Manuel pratique de droit communal en Wallonie*, La Chartre, 2006, Bruxelles, n° 153.3, p. 193.

⁵¹ Cf. S. BRABANTS, « Geen gemeentelijke politiebevoegdheid voor de morele openbare orde, ook niet na de invoering van het begrip 'openbare overlast' », *T. Gem.*, 2010, pp. 205-209 ; F. LAMBOTTE, M. MULLER et V. RAMELOT, « Les pouvoirs de police des communes », *Rev. dr. communal*, 2004, pp. 64-65.

II.C. POUVOIR DE POLICE ADMINISTRATIVE SPÉCIALE : LA LOI DU 25 JUIN 1993

12. Une loi particulière tente d'affiner les contours de la liberté d'entreprendre des marchands ambulants ou forains et les limites du pouvoir de police administrative de la commune : le commerce ambulant est en effet régi par la loi du 25 juin 1993 sur l'exercice et l'organisation des activités ambulantes et foraines (la « loi du 25 juin 1993 »). Cette loi confère un pouvoir de police administrative spéciale à la commune (n° 19).

Les deux principaux arrêtés d'exécution de cette loi sont actuellement l'A.R. du 24 septembre 2006 relatif à l'exercice et à l'organisation des activités ambulantes⁵² (« A.R. sur les activités ambulantes ») et l'A.R. du 24 septembre 2006 relatif à l'exercice et à l'organisation des activités foraines et des activités ambulantes de gastronomie foraine⁵³ (« A.R. sur les activités foraines »)⁵⁴.

A) RATIO LEGIS DE LA LOI DU 25 JUIN 1993 (VERSION DE 2005)

13. Le régime actuel est le fruit d'une importante modification législative en 2005-2006⁵⁵, laquelle s'était fixé plusieurs objectifs dont celui de confier à la commune l'organisation du commerce ambulant sur son domaine public en évitant le laxisme et les excès d'interdiction, dans le respect des intérêts bien compris des opérateurs économiques et des consommateurs.⁵⁶

⁵² *M.B.*, 29 septembre 2006, éd. 2, p. 50488.

⁵³ *M.B.*, 29 septembre 2006, éd. 2, p. 50537.

⁵⁴ Pour un exposé clair et concis des deux arrêtés d'exécution, cf. notamment : M. LAMBERT, « La nouvelle réglementation relative aux activités ambulantes et foraines », *Mouv. comm.*, 2007, pp. 109 à 116 (ainsi que les développements du même auteur mis à disposition sur le site internet de l'Union des Villes et Communes de Wallonie : <http://www.uvcw.be/articles/3,11,2,0,1608.htm>).

⁵⁵ Loi du 4 juillet 2005 modifiant la loi du 25 juin 1993 sur l'exercice d'activités ambulantes et l'organisation des marchés publics (*M.B.*, 25 août 2005) et loi du 20 juillet 2006 portant des dispositions diverses (*M.B.*, 28 juillet 2006).

⁵⁶ Selon le Rapport au Roi, le législateur de 2005-2006 (cf. note précédente) « s'est fixé trois principaux objectifs. Le premier, faire coïncider son champ d'application avec la réalité socio-économique. Le second, soulager l'entreprise de commerce ambulant des entraves réglementaires qui la brident dans son développement. Le troisième, rendre à la commune la maîtrise des activités ambulantes sur son domaine public et lui offrir ainsi les moyens de se doter d'un réseau commercial de proximité complétant l'offre commerciale sédentaire. (...) Le troisième objectif de la loi confère à la commune l'organisation du commerce ambulant sur son domaine public. Il met ainsi fin au développement d'activités « sauvages » dans certaines communes et à l'interdiction généralisée du commerce ambulant dans d'autres. Il offre, par la même occasion, aux autorités communales l'opportunité de répartir harmonieusement l'offre commerciale sur leur territoire » (Rapport au Roi de l'A.R. sur les activités ambulantes, *M.B.*, 29 septembre 2006, éd. 2, pp. 50488 et 50489). Le troisième objectif ne figure pas *expressis verbis* dans les travaux préparatoires de la loi du 4 juillet 2005 (qui ne citent que les deux

ADMINISTRATION PUBLIQUE

B) CHAMP D'APPLICATION

14. La loi du 25 juin 1993 s'applique :

- à la vente ambulante de « *produits et accessoires de services se rapportant à ces produits, au consommateur* »⁵⁷,
- à la vente de « *services dont les modalités et les lieux de vente correspondent à ceux* » de la vente ambulante de produits⁵⁸, et
- à la « *vente de services au consommateur, dans le cadre de l'exploitation d'attractions foraines ou d'établissements de gastronomie foraine* »⁵⁹.

Outre les ventes de produits bien connus pratiquées de longue date sur les marchés communaux ou dans les fêtes foraines, la loi s'applique donc à de nombreuses autres activités, dont certaines sont de caractère relativement récent : la vente d'abonnements de téléphonie fixe ou mobile sur les marchés communaux ; la vente d'électricité mais également les offres de services (lavage de vitres ou de voitures, entretien de jardins, etc.) au domicile du consommateur ; etc.⁶⁰

Le champ d'application potentiellement large de la loi du 25 juin 1993 est restreint par plusieurs dispositions de la loi et des arrêtés d'exécution, qui excluent du régime légal certains types de ventes ambulantes⁶¹.

premiers objectifs), mais y est évoqué à plusieurs reprises et de manière indirecte. Cf. notamment : « *Cette modification [c.à.d. la loi du 4 juillet 2005 modifiant la loi du 25 juin 1993 sur l'exercice d'activités ambulantes et l'organisation des marchés publics] vise donc à rechercher un équilibre entre les intérêts des divers acteurs mis en présence : commerçants ambulants et forains, commerçants sédentaires, monde associatif et communes. Pour ce faire, elle tend à donner au commerce ambulancier et forain un champ d'activités qui corresponde aux besoins du consommateur et donc à son aire de développement naturel. L'organisation de cette aire, elle la confie à la commune qui est l'autorité de proximité par excellence et qui est au premier chef concernée* » (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 51-1534/001, p. 6).

⁵⁷ Art. 2, § 1, al. 1 de la loi du 25 juin 1993, tel que modifié par la loi du 4 juillet 2005.

⁵⁸ Art. 2, § 1, al. 2 de la loi du 25 juin 1993, tel que modifié par la loi du 4 juillet 2005, et art. 2 de l'A.R. sur les activités ambulantes. Cette dernière disposition exclut cependant du champ d'application de la loi les ventes de services « *qui relèvent de professions soumises à des règles de déontologie approuvées par les pouvoirs publics* ». Il s'agit notamment des « *professions d'architecte, de géomètre, d'assureur, etc.* » (Rapport au Roi de l'A.R. sur les activités ambulantes, *M.B.*, 29 septembre 2006, éd. 2, p. 40590).

⁵⁹ Art. 2, § 2 de la loi du 25 juin 1993, tel que modifié par la loi du 4 juillet 2005. Le libellé de cette disposition n'est pas très heureux : les « *établissements de gastronomie foraine* » ne vendent pas des services aux consommateurs, mais des marchandises (produits alimentaires). Sur cette distinction, cf. ci-dessous (n° 36).

⁶⁰ Rapport au Roi de l'A.R. sur les activités ambulantes, *M.B.*, 29 septembre 2006, éd. 2, p. 40590.

⁶¹ Cf. notamment : art. 5 de la loi du 25 juin 1993, ainsi que l'art. 2 *in fine* et les art. 6 à 12 de l'A.R. sur les activités ambulantes (et les passages adéquats du Rapport au Roi). Il s'agit par exemple : des services proposés par des professions soumises à des règles de déontologie (architectes, géomètres, assureurs, etc.) ; des brocantes auxquelles participent des particuliers ; des opérations promotionnelles occasionnelles ; de la vente de ses produits habituels par un commerçant devant son magasin ou dans le prolongement de celui-ci, etc.

C) VENTES INTERDITES

15. Indépendamment du régime d'autorisation préalable examiné ci-dessous, la loi interdit plusieurs types de ventes. Par exemple, les ventes au domicile du consommateur sont en principe interdites lorsqu'elles concernent des produits ou des services d'une valeur totale de plus de 250 euros par consommateur⁶². Par ailleurs, toutes les ventes au domicile du consommateur sont interdites en dehors de certaines heures⁶³. Enfin, certains biens ne peuvent faire l'objet d'une vente ambulante – au domicile du consommateur ou ailleurs – : les médicaments, les appareils médicaux, les lunettes et lentilles de contact, les métaux précieux, les pierres précieuses, les bijoux, ainsi que les armes et munitions⁶⁴.

Si ces interdictions constituent des entraves à la libre circulation en droit européen, elles peuvent être justifiées par des considérations de protection de la santé publique, de protection du consommateur et de protection de la sécurité publique⁶⁵ (n° 58). De plus, lorsqu'elles s'appliquent à des marchandises, elles peuvent être qualifiées de mesures relatives à des « modalités de vente » au sens de la jurisprudence Keck et, partant, échapper à l'interdiction de principe des entraves à la libre circulation des marchandises. Le cas échéant et pour autant qu'elles ne soient pas discriminatoires, ces mesures sont considérées comme conformes au droit européen (n° 40).

D) RÉGIME D'AUTORISATION PRÉALABLE

16. La loi du 25 juin 1993 met en place un régime d'autorisation préalable à deux niveaux. L'article 3, al. 1 de la loi du 25 juin 1993 énonce tout d'abord que « [l'] *exercice d'activités ambulantes ou foraines est subordonné à autorisation préalable* » d'un *guichet d'entreprises*. En vertu de l'article 4, § 1, al. 1 de la loi du 25 juin 1993, le titulaire d'une telle autorisation peut exercer son activité ambulante « *sur les marchés publics et privés, la voie publique, en d'autres endroits* »

⁶² Art. 4, § 1, al. 3 *a contrario* de la loi du 25 juin 1993. Le seuil de 250 euros est revu à la hausse pour la vente de certains biens (art. 3 de l'A.R. sur les activités ambulantes).

⁶³ Art. 19 de l'A.R. sur les activités ambulantes : « *L'exercice des activités ambulantes au domicile du consommateur n'est pas autorisé avant huit heures ni après vingt heures. Toutefois, toute opération de vente entamée avant vingt heures peut, avec l'accord du consommateur, être clôturée après cette heure* ».

⁶⁴ Art. 5 de l'A.R. sur les activités ambulantes.

⁶⁵ Ces motifs sont d'ailleurs expressément invoqués dans le Rapport au Roi précédant l'A.R. sur les activités ambulantes (commentaires sur l'article 5) pour justifier lesdites interdictions (*M.B.*, 29 septembre 2006, éd. 2, p. 50492).

du domaine public, sur les lieux jouxtant la voie publique et sur les parkings commerciaux »⁶⁶ ; la même disposition précise cependant que cette exercice doit avoir lieu « conformément aux dispositions du chapitre II ». Or, ce chapitre de la loi du 25 juin 1993 énonce que ledit exercice est déterminé par un règlement communal ou subordonné à une autorisation de la commune⁶⁷.

Le régime d'autorisation préalable prévu par la loi du 25 juin 1993 est donc double : outre l'obtention d'une autorisation préalable délivrée par un guichet d'entreprises⁶⁸ (n° 17), le marchand ambulant doit également se conformer à la politique de la commune (où il souhaite exercer ses activités) en matière d'activités ambulantes⁶⁹ (n° 19).

E) AUTORISATION DU GUICHET D'ENTREPRISES

17. Le marchand ambulant peut obtenir l'autorisation d'activités ambulantes délivrée par le guichet d'entreprises s'il remplit les trois conditions suivantes :

- être belge ou ressortissant d'un autre État membre de l'Espace économique européen⁷⁰ ;
- satisfaire les exigences requises pour exercer la ou les activités projetées, lorsqu'elles concernent un domaine réglementé⁷¹. Il s'agit d'une part d'apporter la preuve des connaissances de gestion et d'autre part de disposer du permis ou du diplôme requis par la réglementation spécifique applicable⁷² ; et

⁶⁶ Cf. aussi l'art. 4, § 1, al. 2 de la loi du 25 juin 1993 (« Sont assimilés à la voie publique, les parkings situés sur la voie publique, les galeries commerciales, les halls de gare, de métro, d'aéroport et les lieux sur lesquels se déroulent les fêtes foraines ») et l'art. 4 de l'A.R. sur les activités ambulantes (« cafés, hôtels et restaurants » pour la vente de fleurs, et d'autres lieux visés par cette disposition pour certaines ventes).

⁶⁷ Art. 8, 9 et 10bis de la loi du 25 juin 1993.

⁶⁸ Art. 3, al. 1 de la loi du 25 juin 1993. Dans ce cadre, le guichet d'entreprises délivre deux types d'autorisations : une « autorisation d'activité ambulante » (toute activité ambulante à l'exclusion des attractions foraines, mais y compris l'exploitation d'un établissement de gastronomie foraine sans service à table est également tenue d'obtenir une telle autorisation. Cf. : art. 13 et 14 de l'A.R. sur les activités ambulantes ; art. 1, § 2 ou 2, § 2 de l'A.R. sur les activités foraines) et une « autorisation d'activité foraine » (cf. art. 1, § 1 et 1, § 2 de l'A.R. sur les activités foraines). Les conditions d'obtention de ce second type d'autorisation ne sont pas examinées ici (cf. art. 4 et s. de l'A.R. sur les activités foraines).

⁶⁹ Art. 8, 9 et 10bis de la loi du 25 juin 1993.

⁷⁰ Art. 16, 1^o de l'A.R. sur les activités ambulantes.

⁷¹ Art. 16, 2^o de l'A.R. sur les activités ambulantes.

⁷² Rapport au Roi précédant l'A.R. sur les activités ambulantes, commentaire de l'article 16 : « Les principales sont : le permis de travail pour les catégories d'étrangers (...); la preuve de compétences professionnelles, dans le cadre de l'exercice de professions réglementées par la loi du 10 février 1998 précitée ; la détention de la licence de boucher-charcutier, dans le cadre de la vente de viandes fraîches. Cette liste n'est pas exhaustive, car la vente d'autres produits ou services peut, en effet, être soumise à des conditions particulières » (M.B., 29 septembre 2006, éd. 2, p. 50500).

- « lorsque l'activité s'exerce au domicile du consommateur, être de bonnes conduites, vie et mœurs »⁷³.

Les conditions d'obtention de l'autorisation d'activités foraines sont identiques⁷⁴.

18. Les deuxième et troisième conditions constituent des entraves à la libre circulation des services. Ces exigences restreignent en effet l'exercice d'une activité non salariée, puisqu'elles concernent les qualifications et la probité du marchand ambulant lui-même et ne visent donc pas directement la vente des marchandises (n° 38). Quoi qu'il en soit, ce type d'entraves peut être justifié, notamment s'il est conforme au principe de proportionnalité. À cet égard, les exigences requises pour exercer la ou les activités projetées ne peuvent pas faire double emploi avec des mesures applicables au prestataire dans son État d'origine – ceci tant sous l'angle de la jurisprudence de la Cour de Justice que sous l'empire de la directive 2006/123/CE (n° 61 et n° 69).

F) AUTORISATION COMMUNALE

19. La loi du 25 juin 1993 confère à la commune un pouvoir de police administrative spéciale (qui se substitue en principe au pouvoir de police administrative générale – n° 7 et n° 30) : un règlement communal doit régir l'exercice des activités ambulantes (et foraines) sur le domaine public⁷⁵. La loi distingue à cet égard :

- « l'organisation des activités ambulantes et foraines sur les marchés et fêtes foraines publics » (c.à.d. à l'intérieur de ce que nous avons appelé le marché communal)⁷⁶ ; et
- « l'organisation des activités ambulantes et foraines en dehors des marchés et fêtes foraines publics » (c.à.d. en dehors de ce que nous avons appelé le marché communal)⁷⁷.

Dans le premier cas, les activités ambulantes visées occupent nécessairement un emplacement sédentaire de manière temporaire. Dans le second cas, les activités ambulantes peuvent occuper un emplacement sédentaire temporaire

⁷³ Art. 16, 3^o de l'A.R. sur les activités ambulantes. À ce sujet, sous le régime ancien, cf. C.E., n° 157.109 du 30 mars 2006 ; C.E., n° 169.711 du 3 avril 2007 ; C.E., n° 169.712 du 3 avril 2007 ; C.E., n° 172.082 du 11 juin 2007.

⁷⁴ Cf. art. 5 de l'A.R. sur les activités foraines. Toutefois, l'arrêté n'exige pas qu'il soit de « bonnes conduites, vie et mœurs » ; il est vrai que le forain n'exerce pas ses activités au domicile du consommateur.

⁷⁵ Art. 8 et s. de la loi du 25 juin 1993 et art. 119 de la nouvelle loi communale.

⁷⁶ Art. 8, § 1 de la loi du 25 juin 1993.

⁷⁷ Art. 9, § 1 de la loi du 25 juin 1993.

ADMINISTRATION PUBLIQUE

ou s'exercer de manière déambulatoire⁷⁸. Nous verrons que la commune ne peut en fin de compte, régir que les activités ambulantes s'exerçant depuis un emplacement sédentaire temporaire – à l'intérieur ou en dehors du marché communal – puisque la vente déambulatoire est directement autorisée par la loi (n° 24).

Par ailleurs, la loi du 25 juin 1993 énonce encore que « l'organisation des marchés privés et de fêtes foraines privées » et « l'organisation de toute activité ambulante sur les lieux jouxtant la voie publique ou sur les parkings commerciaux ainsi que de toute activité foraine en un lieu privé » sont soumises à l'autorisation préalable de la commune⁷⁹.

20. Le législateur impose⁸⁰ à la commune la rédaction d'un règlement organisant le marché communal et comprenant au minimum certaines informations : le lieu, le jour et les heures du marché ; le plan des emplacements et, lorsque le marché est spécialisé, les produits ou services qui peuvent être vendus sur chaque emplacement, groupe d'emplacements ou sur toute la superficie du marché ; les modalités d'exécution des règles d'attribution, d'occupation et de paiement des emplacements, ainsi que de cession, de sous-location et de suspension d'occupation des emplacements ; le délai de préavis à donner aux titulaires d'emplacements, en cas de suppression définitive du marché ou de partie de ses emplacements⁸¹. Cette « obligation » légale est sanctionnée comme suit : si la commune ne prévoit rien au sujet de l'exercice d'activités ambulantes dans le règlement communal, « le commerce ambulante est présumé admis sur la totalité du domaine public communal. Son exercice peut

néanmoins être refusé (...) pour des motifs d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique, de tranquillité publique et de protection du consommateur »⁸².

Toutefois, la loi du 25 juin 1993 n'exige nullement que la commune organise un marché communal. La création d'un tel marché relève de l'autonomie communale, que le législateur (tant en 1993 qu'en 2005) a entendu préserver⁸³. Sous cet angle, la commune pourrait donc, à strictement parler, rédiger un règlement interdisant la tenue d'un tel marché et l'exercice de toute activité ambulante sur son territoire.

En droit belge interne, cependant, la liberté de commerce et d'industrie et le principe de proportionnalité limitent le pouvoir de police administrative (générale ou spéciale) et peuvent s'opposer à une mesure aussi radicale que l'interdiction totale (n° 8 et n° 9). C'est à la lumière de ce rappel que le passage suivant des travaux préparatoires de la modification législative de 2005 doit être lu :

« Certaines communes sont confrontées à un véritable commerce ambulante sauvage alors que d'autres, pour éviter cette situation, ont tendance à interdire toute forme de commerce ambulante. Il apparaît dès lors préférable de charger la commune de mettre, elle-même, en place le cadre d'exercice des activités ambulantes et de lui offrir ainsi l'opportunité de se doter d'un commerce de proximité alternatif, venant compléter l'offre du commerce sédentaire, en fonction des besoins spécifiques du lieu et de l'infrastructure commerciale existante. Il va de soi cependant que cette faculté ne pourrait déboucher sur une interdiction généralisée des activités

⁷⁸ Cf. art. 9, § 2, al. 1 de la loi du 25 juin 1993 et le Rapport au Roi précédant l'A.R. sur les activités ambulantes (M.B., 29 septembre 2006, éd. 2, p. 50508), qui font tous deux expressément cette distinction.

⁷⁹ Art. 10bis de la loi du 25 juin 1993, tel qu'inséré par la loi du 4 juillet 2005. Pour le régime antérieur, cf. C.E. n° 63.029 du 13 novembre 1996, T. gem., 1998, p. 18 (« La loi du 25 juin 1993 sur l'exercice des activités ambulantes et l'organisation des marchés publics ne donne au pouvoir communal aucune compétence pour déterminer à quelles conditions les activités ambulantes peuvent être exercées sur un terrain privé »).

⁸⁰ Loi du 25 juin 1993, Exposé des motifs, Doc. parl., Sénat, 1990-1991, n° 1417/1, p. 2 : « un règlement communal est imposé pour l'organisation des marchés publics [c.à.d. des marchés communaux] en conformité avec quelques règles de base qui seront fixées par arrêté royal ». Cf. également Rapport au Roi précédant l'A.R. sur les activités ambulantes, M.B., 29 septembre 2006, éd. 2, p. 50503 : « Pour mémoire, l'article 8, § 1^{er}, prévoit que l'organisation des marchés publics est déterminée par un règlement pris par l'autorité communale. Cette obligation vaut pour tous les marchés publics, y compris ceux qui sont concédés. Le règlement comprend obligatoirement certaines informations » (souligné par nous).

⁸¹ Art. 8, § 2 de la loi du 25 juin 1993. Cf. également : Rapport au Roi précédant l'A.R. sur les activités ambulantes (M.B., 29 septembre 2006, éd. 2, p. 50503) ; C.E., n° 184.176 du 13 juin 2008, Vanbiervliet e.a. c. Stad Waregem. L'Union des Villes et Communes de Wallonie propose sur son site internet des modèles de règlement relatif à l'organisation des marchés communaux et à l'organisation de fêtes foraines (<http://www.uvcw.be/publications/modeles/modele-1697.htm>).

⁸² Rapport au Roi précédant l'A.R. sur les activités ambulantes, qui renvoie à l'art. 9, § 2 de la loi du 25 juin 1993 (que le Rapport au Roi qualifie d'« encadrement complet ») et à l'art. 9, § 4 de la loi du 25 juin 1993 (que le Rapport au Roi qualifie d'autorisation au « cas par cas ») (M.B., 29 septembre 2006, éd. 2, p. 50508).

⁸³ Cf. loi du 25 juin 1993, Rapport de la Commission de l'Agriculture et des Classes moyennes, Doc. parl., Sénat, 1991-1992, sess. extraord., n° 305/2, p. 12 (« ... le ministre souligne d'abord qu'en ce qui concerne l'organisation des marchés publics [c.à.d. des marchés communaux], les dispositions (...) du projet ne diminuent en rien le pouvoir des communes quant à la création, la suppression, le déplacement et l'organisation d'un marché public. Le principe de l'autonomie communale est intégralement sauvegardé : il n'appartient pas au pouvoir exécutif de décider de la création des marchés ») et Rapport au Roi précédant l'A.R. sur les activités ambulantes, M.B., 29 septembre 2006, éd. 2, pp. 50488-50589 (qui précise que la loi du 4 juillet 2005 avait trois objectifs, donc celui de « rendre à la commune la maîtrise des activités ambulantes sur son domaine public et lui offrir ainsi les moyens de se doter d'un réseau commercial de proximité complétant l'offre commerciale sédentaire. (...) Le troisième objectif de la loi confère à la commune l'organisation du commerce ambulante sur son domaine public. Il met ainsi fin au développement d'activités « sauvages » dans certaines communes et à l'interdiction généralisée du commerce ambulante dans d'autres »).

ambulantes. Une telle attitude serait en effet contraire au principe de liberté du commerce et de l'industrie »⁸⁴ (souligné par nous)

Au demeurant, la loi du 25 juin 1993 elle-même empêche une commune d'interdire toute activité ambulante sur son territoire : une commune ne peut interdire au titulaire d'une autorisation délivrée par un guichet d'entreprises (n° 17) d'effectuer certaines ventes ambulantes directement autorisées par la loi du 25 juin 1993 (n° 24). En dehors de ces cas, une interdiction nous paraît pouvoir être envisagée si elle n'entrave pas la liberté de commerce et d'industrie de manière disproportionnée : tel pourrait par exemple être le cas d'une petite commune à vocation uniquement résidentielle qui interdirait toute activité ambulante autre que celles directement autorisées par la loi afin d'assurer la tranquillité de ses habitants, alors qu'une autre commune toute proche organise un marché réputé et accueillant de très nombreux chaland.

21. La politique de la commune relative au marché communal et au commerce ambulancier exercé en dehors de celui-ci doit être inscrite dans un règlement communal, mais cela n'affecte pas le sort réservé à « l'organisation des marchés privés et de fêtes foraines privées » et « l'organisation de toute activité ambulante sur les lieux jouxtant la voie publique ou sur les parkings commerciaux ainsi que de toute activité foraine en un lieu privé », qui sont soumises à l'autorisation préalable de la commune⁸⁵. Rien ne paraît empêcher que le règlement communal précise également la politique de la commune à l'égard de ces deux dernières catégories d'activités.

22. L'autorisation communale n'a d'effet que sur le territoire de la commune. Ceci est expressément permis par la loi de transposition de la directive 2006/123/CE⁸⁶, mais il n'est pas certain que la Commission considère cette disposition de la loi comme conforme à la directive⁸⁷.

⁸⁴ Loi du 4 juillet 2005 modifiant la loi du 25 juin 1993 sur l'exercice d'activités ambulantes et l'organisation des marchés publics, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 51-1534/001, pp. 14-15.

⁸⁵ Art. 10bis de la loi du 25 juin 1993.

⁸⁶ Cf. art. 9, al. 2, (2) de la loi du 26 mars 2010 sur les services, qui transpose l'art. 10.4 de la directive 2006/123/CE.

⁸⁷ « Si, dans un État membre, le pouvoir d'octroyer une autorisation pour une activité donnée appartient à une autorité régionale ou locale, la directive n'oblige pas les États membres à modifier cet état de fait. Cependant, le simple fait que la compétence d'accorder des autorisations appartienne à des autorités locales ou régionales ne constitue pas, en soi, un motif valable pour justifier une limitation territoriale de la validité des autorisations » (souligné par nous) (Commission européenne, *Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive « services »*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 2007, p. 29).

G) ACTIVITÉS DISPENSÉES (EN TOUT OU EN PARTIE) D'AUTORISATION COMMUNALE

23. Versant positif de certaines des ventes interdites évoquées ci-dessus (n° 15), les ventes au domicile du consommateur effectuées par le titulaire d'une autorisation délivrée par un guichet d'entreprises sont directement autorisées par la loi et ses arrêtés d'exécution, lorsqu'elles concernent des produits ou des services d'une valeur totale ne dépassant pas 250 euros par consommateur⁸⁸ et sont conclues pendant certaines heures⁸⁹. Elles échappent donc en principe à l'autorisation de la commune (pouvoir de police administrative spéciale), sans préjudice toutefois de son pouvoir de police administrative générale (n° 7).

On peut notamment y ajouter les ventes et prestations de services réalisées à l'occasion de la visite d'un commerçant au domicile du consommateur, lorsque celui-ci l'a expressément et préalablement demandée – sans limites quant au montant – moyennant certaines conditions⁹⁰.

24. Selon l'article 5, 4° de la loi du 25 juin 1993, « la vente de produits alimentaires par des commerçants ou leurs préposés desservant régulièrement une clientèle fixe au moyen de magasins ambulants » est exclue du champ d'application de la loi. D'après les travaux préparatoires, cette exclusion « vise spécifiquement les tournées des laitiers, des boulangers, etc. Son application exclut toute prospection de porte à porte »⁹¹.

Faut-il en conclure ces marchands ambulants sont dispensés d'obtenir une autorisation ? Il semblerait que non : le Rapport au Roi précédant l'A.R. sur les activités ambulantes précise que les marchands ambulants qui exercent des activités ambulantes sur le domaine public, non pas de manière sédentaire temporaire, mais de façon déambulatoire (« comme le glacier qui sillonne les rues, par exemple »⁹²) sont certes dispensés d'obtenir l'autorisation de la commune (n° 19) mais ils doivent obtenir celle du guichet

⁸⁸ Art. 4, § 1, al. 3 de la loi du 25 juin 1993. Le seuil de 250 euros est assoupli pour la vente de certains biens (art. 3 de l'A.R. sur les activités ambulantes).

⁸⁹ Art. 19 de l'A.R. sur les activités ambulantes.

⁹⁰ Art. 5, 8° de la loi du 25 juin 1993.

⁹¹ Loi du 25 juin 1993, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, 1990-1991, n° 1417/001, p. 7.

⁹² Rapport au Roi précédant l'A.R. sur les activités ambulantes, *M.B.*, 29 septembre 2006, éd. 2, p. 50508. À noter en revanche qu'en pratique, lorsqu'un glacier ambulant souhaite occuper de manière répétée le même emplacement sur la voie publique (dans un parc public, par exemple), il doit obtenir l'autorisation de la commune (un permis de stationnement) (cf. C.E., 206.877 du 6 août 2010 ; C.E., n° 211.291 du 16 février 2011). Il conviendrait donc de distinguer le « glacier qui déambule » du « glacier qui déambule par intermittence »...

ADMINISTRATION PUBLIQUE

d'entreprises (n° 17), et leurs activités doivent être encadrées par un règlement communal conformément à la loi du 25 juin 1993⁹³.

Ceci nous paraît toutefois difficile à concilier avec l'article 5, 4° de la loi du 25 juin 1993 précitée, car une activité ambulante ne saurait simultanément échapper au champ d'application de la loi du 25 juin 1993 (art. 5, 4°) et y être soumise (autorisation du guichet d'entreprise, fondée sur cette même loi).

H) INTERDICTION COMMUNALE ET JUSTIFICATIONS

25. La loi du 25 juin 1993 prévoit que l'exercice d'activités ambulantes peut être interdit ou refusé « *pour des motifs d'ordre public, de santé publique ou de protection du consommateur sans préjudice de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur et de la loi du 9 février 1994 sur la sécurité des produits et des services* »⁹⁴.

Cette disposition et ces motifs ont servi de base aux dispositions des arrêtés d'exécution qui interdisent certains types de ventes⁹⁵ (n° 15). Pour le surplus, c'est à la *commune*, à travers le règlement communal ou le refus d'une autorisation individuelle, qu'il revient d'interpréter les motifs d'interdiction prévus par la loi⁹⁶. Ces motifs d'interdictions nous paraissent également devoir être invoqués lors d'une interdiction (générale ou individuelle) formulée par la commune dans le cadre de ses pouvoirs de police administrative (n° 31).

Examinons ces motifs en détail.

26. La loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce précitée, est aujourd'hui abrogée et remplacée par la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur⁹⁷. Les pratiques visées en l'occurrence sont les pratiques commerciales déloyales, communications non souhaitées ou ventes à perte interdites par la loi précitée. À première vue, ces questions intéressent davan-

tage les relations entre les marchands ambulants et leurs concurrents (ambulants ou sédentaires) ou les consommateurs que les relations entre les premiers et la commune. La mise en œuvre de ces interdictions relève d'ailleurs de la compétence du président du tribunal de commerce, seul compétent en matière d'actions en cessation⁹⁸.

Quant à la loi du 9 février 1994 relative à la sécurité des produits et des services⁹⁹, également précitée, elle concerne davantage les produits ou services en tant que tels, que leur mise en vente dans un cadre ambulante. Du reste, ce sont le Gouvernement fédéral et le Ministre fédéral en charge de la protection des consommateurs qui disposent du pouvoir d'intervenir en la matière¹⁰⁰. Un arrêté d'exécution de cette loi porte spécifiquement sur l'exploitation des attractions foraines¹⁰¹.

27. Quant aux motifs « *d'ordre public, de santé publique ou de protection du consommateur* », ils ne sont pas définis par la loi.

Les travaux préparatoires ne sont guère plus parlants ; l'un des rares passages intéressant à cet égard précise : « *Le pouvoir donné à la commune [d'autoriser ou de refuser les marchés privés] vise évidemment, en outre, à lui permettre de vérifier le respect des règles en matière d'aménagement du territoire et d'urbanisme mais aussi de veiller à l'ordre public, à la sécurité et à la tranquillité publiques* »¹⁰² (souligné par nous).

L'A.R. sur les activités ambulantes explicite les motifs « *d'ordre public, de santé publique ou de protection du consommateur* » (souligné par nous) :

- la vente ambulante de médicaments, d'appareils médicaux, de lunettes et lentilles de contact, de métaux précieux, de pierres précieuses, de bijoux, ainsi que d'armes et munitions, est interdite pour des motifs de santé publique, de protection du consommateur et de sécurité publique¹⁰³ ;

⁹³ Ceci s'expliquerait par le fait que ces activités déambulatoires « *ne posent pas de problèmes spécifiques et qu'en conséquence, il n'a pas paru nécessaire de les encadrer. Néanmoins, conformément à l'article 9, § 2, de la loi, leur organisation doit être prévue dans le règlement communal* » (Rapport au Roi précédant l'A.R. sur les activités ambulantes, *M.B.*, 29 septembre 2006, éd. 2, p. 50508).

⁹⁴ Art. 6, § 1, de la loi du 25 juin 1993.

⁹⁵ Cf. les commentaires des art. 5 et 19 et s. de l'A.R. sur les activités ambulantes, dans le Rapport au Roi précédant l'A.R. sur les activités ambulantes (*M.B.*, 29 septembre 2006, éd. 2, p. 50492 et p. 50502 et s.).

⁹⁶ Cf. art. 9 et 10bis de la loi du 25 juin 1993 et l'art. 7 de l'A.R. sur les activités ambulantes.

⁹⁷ *M.B.*, 12 avril 2010.

⁹⁸ Cf. art. 2 de la loi du 6 avril 2010 concernant le règlement de certaines procédures dans le cadre de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (*M.B.*, 12 avril 2010).

⁹⁹ *M.B.*, 1^{er} avril 1994.

¹⁰⁰ Cf. art. 4 et s. de la loi du 9 février 1994 relative à la sécurité des produits et des services.

¹⁰¹ A.R. du 18 juin 2003 relatif à l'exploitation des attractions foraines (*M.B.*, 17 juillet 2003).

¹⁰² Loi du 4 juillet 2005 modifiant la loi du 25 juin 1993 sur l'exercice d'activités ambulantes et l'organisation des marchés publics, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 51-1534/001, p. 16.

¹⁰³ Art. 5 de l'A.R. sur les activités ambulantes et Rapport au Roi précédant l'A.R. sur les activités ambulantes (commentaires de l'art. 5) (*M.B.*, 29 septembre 2006, éd. 2, p. 50492).

- une disposition de l’A.R. sur les activités ambulantes et plusieurs passages du Rapport au Roi précédant cet arrêté énoncent qu’une autorisation peut être refusée et une activité ambulante interdite « *pour des raisons d’ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de tranquillité publique* »¹⁰⁴.

Ces quelques indices confirment de manière certaine que les notions « *d’ordre public, de santé publique ou de protection du consommateur* » au sens la loi du 25 juin 1993 font à la fois référence au pouvoir de police administrative générale dont jouit la commune en vertu de l’article 135, § 2 de la nouvelle loi communale (sécurité, salubrité et tranquillité publiques – n° 7) et à des motifs étrangers au maintien de l’ordre public matériel (protection du consommateur ; aménagement du territoire et de l’urbanisme)¹⁰⁵. Ce recoupement partiel avec une compétence communale établie par la nouvelle loi communale fait écho au souci qu’a eu le législateur (tant en 1993 qu’en 2005) de préserver l’autonomie communale en légiférant sur le commerce ambulant¹⁰⁶ ; il renforce en outre le pouvoir de police administrative (générale) de la commune, en lui conférant une portée plus large dans le cadre du pouvoir de police administrative spéciale organisé par la loi du 25 juin 1993.

II.D. MODALITÉS DE L’EXERCICE DU POUVOIR DE POLICE ADMINISTRATIVE (GÉNÉRALE OU SPÉCIALE)

A) ORGANES COMMUNAUX COMPÉTENTS

28. La loi du 25 juin 1993 n’évoque, parmi les décisions susceptibles d’être prises par les

organes communaux, que le règlement communal¹⁰⁷ ou le refus d’autorisation¹⁰⁸ (dans ce dernier cas, sans précision sur l’autorité compétente). Elle ne modifie pas les compétences normatives que ces organes détiennent en vertu d’autres lois ou de décrets régionaux.

En vertu de ces compétences normatives et du pouvoir de police administrative générale confié à la commune par l’article 135, § 2 de la nouvelle loi communale (n° 7), le *conseil communal* a le pouvoir d’adopter des règlements (ou ordonnances) de police¹⁰⁹ prévoyant le cas échéant des sanctions administratives¹¹⁰. Le *bourgmestre* est quant à lui chargé de l’exécution des normes de police¹¹¹ – raison pour laquelle on considère qu’il dispose lui-même d’un pouvoir normatif dans ce cadre, même en l’absence d’un règlement communal¹¹². Nous avons d’ailleurs vu que la doctrine et la jurisprudence le désignent comme l’autorité compétente pour délivrer l’autorisation d’occuper de manière privative une portion de l’espace public communal (permis de stationnement) (n° 5).

29. La loi du 25 juin 1993 requiert l’adoption d’un règlement communal applicable au commerce ambulant s’exerçant depuis un emplacement sédentaire temporaire sur le domaine public¹¹³ ; avant d’être adopté par le conseil, le projet de règlement doit être transmis pour avis au Ministre fédéral qui a les classes moyennes dans ses attributions¹¹⁴.

Rien n’est prévu par le texte légal en l’absence d’un tel règlement, mais le Rapport au Roi des deux principaux arrêtés d’exécution énonce que, dans un tel cas, « *le commerce ambulant est présumé admis sur la totalité du domaine public communal. Son exercice peut néanmoins être refusé (...) pour des motifs d’ordre public, de sécurité publique, de santé publique, de tranquillité publique et de protection*

¹⁰⁴ Cf. art. 7, § 4 de l’A.R. sur les activités ambulantes et Rapport au Roi précédant l’A.R. sur les activités ambulantes (commentaires des art. 5, 7 et 43, ainsi que commentaire de la section II du chapitre II de l’arrêté, *M.B.*, 29 septembre 2006, éd. 2, p. 50492 et s.).

¹⁰⁵ Cf. P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, v° « police administrative », Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 195.

¹⁰⁶ Cf. loi du 25 juin 1993, Rapport de la Commission de l’Agriculture et des Classes moyennes, *Doc. parl.*, Sénat, 1991-1992, sess. extraord., n° 305/2, p. 12 (« ... le ministre souligne d’abord qu’en ce qui concerne l’organisation des marchés publics [c.-à-d. des marchés communaux], les dispositions (...) du projet ne diminuent en rien le pouvoir des communes quant à la création, la suppression, le déplacement et l’organisation d’un marché public. Le principe de l’autonomie communale est intégralement sauvegardé : il n’appartient pas au pouvoir exécutif de décider de la création des marchés ») et Rapport au Roi précédant l’A.R. sur les activités ambulantes, *M.B.*, 29 septembre 2006, éd. 2, pp. 50488-50589 (qui précise que la loi du 4 juillet 2005 avait trois objectifs, donc celui de « rendre à la commune la maîtrise des activités ambulantes sur son domaine public et lui offrir ainsi les moyens de se doter d’un réseau commercial de proximité complétant l’offre commerciale sédentaire. (...) Le troisième objectif de la loi confère à la commune l’organisation du commerce ambulant sur son domaine public. Il met ainsi fin au développement d’activités « sauvages » dans certaines communes et à l’interdiction généralisée du commerce ambulant dans d’autres »).

¹⁰⁷ Art. 8, 9 et 10bis de la loi du 25 juin 1993.

¹⁰⁸ Art. 9, § 4 de la loi du 25 juin 1993.

¹⁰⁹ Art. 119 de la nouvelle loi communale ; art. L-1122-32 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation ; art. 42, § 3 du décret communal de la Région flamande du 15 juillet 2005 (*Gemeentedecreet*).

¹¹⁰ Art. 119bis de la nouvelle loi communale ; art. L-1122-33 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation.

¹¹¹ Art. 133, al. 2 (et art. 134 à 134quater) de la nouvelle loi communale ; art. L-1123-29 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation ; art. 64, § 1 du décret communal de la Région flamande du 15 juillet 2005 (*Gemeentedecreet*).

¹¹² P. DE SOMERE, J. DUJARDIN, G. VAN HAEGENBORGH, K. VANWINCKELEN et B. WEEKERS, *Burgmeester. Bevoegdheden*, La Charte, Bruges, 2005, n° 32, p. 27. Sur la portée générale ou individuelle des normes de police susceptibles d’être adoptées, cf. F. LAMBOTTE, M. MULLER et V. RAMELOT, « Les pouvoirs de police des communes », *Rev. dr. communal*, 2004, p. 61 et p. 71 et s.

¹¹³ Art. 8 à 10bis de la loi du 25 juin 1993. Cf. également n° 24.

¹¹⁴ Art. 10, § 2 et art. 1, 6° de la loi du 25 juin 1993.

ADMINISTRATION PUBLIQUE

du consommateur »¹¹⁵. Ce pouvoir de refus (et d'interdiction) revient, par application de leurs compétences normatives en matière de police vues au paragraphe précédent, au conseil communal et au bourgmestre¹¹⁶.

Si un règlement communal relatif au commerce ambulant a été adopté et n'accorde au bourgmestre aucun pouvoir de dérogation individuelle, ce dernier nous paraît pouvoir en disposer malgré tout si le maintien de l'ordre public l'exige. Un règlement communal ne saurait en effet priver le bourgmestre du pouvoir de police administrative que lui confie l'article 133 de la nouvelle loi communale (n° 28) et l'article 9, § 4 de la loi du 25 juin 1993. Le cas échéant, une telle dérogation (conforme à la loi mais dérogeant indûment au règlement communal) ne pourra cependant être qu'exceptionnelle et, autant que possible, limitée dans le temps et dans l'espace.

B) OBLIGATION DE MOTIVATION FORMELLE

30. Le règlement communal, puisqu'il ne constitue pas un acte de portée individuelle, n'est pas soumis à l'obligation de motivation prévue par la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs¹¹⁷. La décision individuelle du bourgmestre qui autorise ou refuse à un marchand ambulant ou à un forain l'exercice de son activité est en revanche soumise à une telle obligation¹¹⁸.

L'obligation de motivation formelle requiert notamment de mentionner le fondement juridique de la décision¹¹⁹. Le Conseil d'État veille à ce que la commune, en cas d'application cumula-

tive de pouvoirs de police administrative générale et de police administrative spéciale, ne les confonde pas¹²⁰. Par conséquent, lors de l'exercice du pouvoir de police administrative spéciale confié à la commune par la loi du 25 juin 1993, il convient en principe de n'exercer cumulativement le pouvoir de police administrative générale (et, partant de n'invoquer l'art. 135, § 2 de la nouvelle loi communale¹²¹) que pour les aspects non couverts par la loi du 25 juin 1993¹²². Les notions de maintien de l'ordre public visées par ces deux normes sont toutefois partiellement identiques selon nous (n° 27), ce qui nous paraît justifier une certaine souplesse dans la vérification par le Conseil d'État que la base légale invoquée dans l'*instrumentum* est la bonne.

C) OBLIGATION DE MOTIVATION MATÉRIELLE

31. La loi du 25 juin 1993 n'exige littéralement le recours aux motifs « *d'ordre public, de santé publique ou de protection du consommateur* » qu'en cas de refus de la commune d'autoriser l'exercice d'une activité de commerce ambulant à l'extérieur du marché communal¹²³; la loi ne prévoit rien de tel pour le refus d'autorisation opposé à un marchand ambulant désireux d'exercer ses activités à l'intérieur du marché communal¹²⁴. En outre, la loi ne souffle mot de l'interdiction (générale ou individuelle) d'exercer des activités ambulantes dans ou hors du marché communal¹²⁵, alors que la commune dispose évidemment d'une telle compétence dans le cadre de ses pouvoirs de police administrative.

La *ratio legis* de la loi du 25 juin 1993 (équilibre entre police administrative de la commune et liberté de commerce des marchands ambulants

¹¹⁵ Rapport au Roi précédant l'A.R. sur les activités ambulantes, qui renvoie à l'art. 9, § 2 de la loi du 25 juin 1993 (que le Rapport au Roi qualifie de « régime complet ») et à l'art. 9, § 4 de la loi du 25 juin 1993 (que le Rapport au Roi qualifie d'autorisation au « cas par cas ») (*M.B.*, 29 septembre 2006, éd. 2, p. 50508).

¹¹⁶ Pour un raisonnement similaire, sous le régime antérieur à celui de la loi du 25 juin 1993, cf. : Cass., 15 octobre 1985, *R.W.*, 1985-86, p. 1791 ; *Pas.*, 1986, I, p. 171 : « Bien que, conformément à l'arrêté royal du 28 novembre 1939 réglementant le commerce ambulant, les conseils communaux ne soient plus compétents pour régler le commerce ambulant en tant que tel, ils conservent néanmoins le droit et l'obligation, sur la base de leur pouvoir de police concernant l'exercice de ce commerce, d'élaborer des règlements en vue du maintien de l'ordre et la tranquillité publics et la sécurité de la circulation ».

¹¹⁷ Art. 1 et 2 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, *a contrario*.

¹¹⁸ F. LAMBOTTE, M. MULLER et V. RAMELOT, « Les pouvoirs de police des communes », *Rev. dr. communal*, 2004, pp. 89-91.

¹¹⁹ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 18^e éd., Kluwer, Malines, 2009, n° 807, p. 721, qui se réfèrent à C.E., n° 43.836 du 29 juillet 1993 ; X. DELGRANGE et B. LOMBAERT, « La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs : questions d'actualité », in P. Jadoul et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *La motivation formelle des actes administratifs*, La Charte, Bruges, 2005, n° 46, pp. 41-42 ; I. OPDEBEEK et A. COOLSAET, *Formele motivering van bestuurshandelingen*, La Charte, Bruges, 1999, n° 174-176, pp. 139-142 (qui soulignent que l'indication du titre de la norme applicable ne suffit pas ; la mention de la ou des dispositions applicables est requise).

¹²⁰ Cf. C.E., n° 139.837 du 26 janvier 2005 ; C.E., n° 159.613 du 6 juin 2006.

¹²¹ Il s'agit bien de l'application concrète de l'art. 135, § 2 de la nouvelle loi communale dans le cas d'espèce. En revanche, cette disposition et l'interprétation de l'ordre public communal qui en découle, nous paraît devoir servir de guide pour l'interprétation des pouvoirs de police administrative spéciale prévue par la loi du 25 juin 1993 (n° 27).

¹²² Sur cette épineuse question du « concours de polices », cf. notamment : M. PÂQUES, « Articulation de la police administrative générale communale et des polices spéciales de l'urbanisme et de l'environnement », in *Communes et Région : quel partenariat pour le XXI^e siècle ?*, UVCW, 1999, pp. 169-186 ; Ph. BOUVIER, *Eléments de droit administratif*, De Boeck, Bruxelles, 2002, pp. 124-125 ; M. QUINTIN, « Quelques réflexions au sujet des liens entre la protection du patrimoine immobilier, la police de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire et d'autres polices administratives », *Amén.*, 2006 (n° spécial), n° 7-9, pp. 23-26 ; M. VON KÜGELGEN et R. VAN MELSEN, « Contours de la compétence régionale dans le domaine de la police des établissements dangereux, incommodes ou insalubres », *A.P.T.*, 2007, pp. 189-196.

¹²³ Art. 9, § 4 et art. 10bis de la loi du 25 juin 1993.

¹²⁴ L'art. 8 de la loi du 25 juin 1993 ne contient pas de renvoi à l'art. 6 de la même loi.

¹²⁵ Insistons-y, la loi ne vise que le « refus d'autorisation » d'exercer une activité de commerce ambulant, soit une hypothèse distincte de l'« interdiction », laquelle annihile d'emblée toute tentative de demande d'autorisation.

ou forains) et la nécessité de justifier une entrave à la libre circulation (cf. sections III et IV) conduisent selon nous à étendre l'exigence de recourir aux motifs « *d'ordre public, de santé publique ou de protection du consommateur* » (ou, à tout le moins, aux raisons impérieuses d'intérêt général admises par la jurisprudence de la Cour de Justice – n° 58) dans tous les cas où l'exercice d'une activité ambulante est interdit, refusé ou limité par une décision du conseil communal ou du bourgmestre. La loi du 25 juin 1993 ou, à tout le moins, le droit européen impose donc à cet égard une obligation de motivation *matérielle*.

Les motifs d'ordre publics visés par la loi du 25 juin 1993 (et par l'article 135, § 2 de la nouvelle loi communale) peuvent être lus comme le reflet en droit interne des « raisons impérieuses d'intérêt général » de la Cour de Justice (n° 60).

D) OBLIGATION DE MISE EN CONCURRENCE

32. La Loi du 25 juin 1993 et ses arrêtés d'exécution prévoient une procédure d'attribution des emplacements situés sur le domaine public¹²⁶. Dans le cas du marché hebdomadaire, les emplacements peuvent notamment être attribués par abonnement ou au jour le jour¹²⁷. Dans ce dernier cas, les emplacements sont attribués par ordre chronologique d'arrivée sur le marché ou, à défaut, par tirage au sort¹²⁸. La réglementation énumère les critères d'attribution des abonnements¹²⁹.

Cet aspect du régime de droit interne rejoint l'obligation générale de mise en concurrence formulée par le droit primaire européen (n° 52) et réitérée par la directive 2006/123/CE (n° 69). La conformité de ce régime au regard des enseignements du droit européen en la matière requiert cependant un examen des modalités concrètes prévues par le règlement communal.

¹²⁶ Art. 10, § 1 de la loi du 25 juin 1993 ; art. 23 et s. et art. 38 et s. de l'A.R. sur les activités ambulantes ; art. 8 et s. et art. 19 et s. de l'A.R. sur les activités foraines.

¹²⁷ Art. 23 et art. 38 de l'A.R. sur les activités ambulantes. Pour les fêtes foraines, l'emplacement peut être attribué par abonnement ou pour la durée de la fête foraine (art. 8 de l'A.R. sur les activités foraines). Des règles de publicité sont prévues en cas d'abonnement vacant (art. 28 de l'A.R. sur les activités ambulantes ; art. 13 de l'A.R. sur les activités foraines)

¹²⁸ Art. 27 de l'A.R. sur les activités ambulantes.

¹²⁹ Art. 29, al. 3 et art. 31 de l'A.R. sur les activités ambulantes (ordre chronologique, ordre de priorité ou tirage au sort). Pour les fêtes foraines, les critères de l'attribution d'abonnements sont les mêmes que les critères d'attribution d'un emplacement pour la durée de la fête (art. 15, §§ 2 et 3 de l'A.R. sur les activités foraines : genre d'attraction ou d'établissement, etc.).

II.E. CONCLUSION SUR LE DROIT BELGE INTERNE

33. La loi du 25 juin 1993 soumet l'exercice du commerce ambulante à un double régime d'autorisation : une autorisation délivrée par un guichet d'entreprises et une autorisation accordée par la commune dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de police administrative spéciale.

La loi du 25 juin 1993 et ses arrêtés d'exécution permettent de manière générale au titulaire d'une autorisation délivrée par un guichet d'entreprises d'effectuer *sans autorisation communale* certaines ventes, telles que (i) les ventes à domicile de marchandises et de services pour un montant ne dépassant pas 250 euros¹³⁰ et (ii) les ventes ambulantes effectuées de manière déambulatoire¹³¹. Pour le surplus, le commerce ambulante exercé depuis un emplacement sédentaire temporaire, doit en principe être autorisé par la commune¹³².

34. Par conséquent, la commune peut notamment appréhender l'exercice du commerce ambulante s'exerçant depuis un emplacement sédentaire temporaire sur le domaine public communal, comme suit :

- soit par une interdiction pure et simple des activités de commerce ambulante, interdiction applicable à tous, en permanence et à l'ensemble du territoire de la commune (« mesure d'interdiction totale ») ;
- soit par une interdiction applicable à tous, en permanence et à l'ensemble du territoire de la commune, mais prohibant uniquement l'exercice de telles activités (i) en dehors de périodes définies (p.ex. du lundi au samedi) et/ou (ii) en dehors de zones géographiques définies (p.ex. quartier commerçant, centre-ville) et/ou (iii) en dehors du marché communal (organisé de manière périodique) (« mesure d'interdiction pour les activités hors du marché ») ; et
- soit par une interdiction d'exercer ces activités sans avoir obtenu une autorisation délivrée par la commune. Cette mesure limite le nombre de marchands ambulants pouvant exercer leurs activités sur le territoire de la commune, puisqu'elle exclut les non titulaires d'autorisations, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas accompli la démarche administrative requise et/ou ne parviennent pas à démontrer qu'ils remplissent

¹³⁰ Art. 4, § 1, al. 3 de la loi du 25 juin 1993. Le seuil de 250 euros est assoupli pour la vente de certains biens (art. 3 de l'A.R. sur les activités ambulantes).

¹³¹ Art. 5, 4° de la loi du 25 juin 1993 et Rapport au Roi précédant l'A.R. sur les activités ambulantes, *M.B.*, 29 septembre 2006, éd. 2, p. 50508.

¹³² Art. 8 à 10bis de la loi du 25 juin 1993.

ADMINISTRATION PUBLIQUE

les conditions prévues (« mesure d'autorisation préalable »). Le raisonnement est le même pour l'autorisation délivrée par le guichet d'entreprises.

Toutes ces mesures sont modulables (p.ex. dérogation possible en cas de fêtes de quartier, braderies, etc.) et peuvent être combinées entre elles (mesure d'autorisation préalable + mesure d'interdiction pour les activités hors du marché), mais elles synthétisent une large gamme des possibilités d'intervention de la commune.

Par ailleurs, toutes ces mesures doivent être justifiées par des motifs « *d'ordre public, de santé publique ou de protection du consommateur* » énumérés par la loi du 25 juin 1993. Certains de ces motifs présentent des recoupements avec le pouvoir de police administrative générale dont jouit la commune en vertu de l'article 135, § 2 de la nouvelle loi communale.

La conformité de ces mesures et de leurs justifications au regard du droit européen est examinée ci-dessous (sections III et IV).

III. DROIT EUROPÉEN PRIMAIRE : LIBRE CIRCULATION DES MARCHANDISES ET DES SERVICES

35. Afin de déterminer comment le droit européen appréhende mesures examinées et énumérées ci-dessus (n° 34), il est indispensable de savoir si le commerce ambulante relève de la libre circulation des marchandises ou de la libre prestation des services (III.A). Il faut ensuite vérifier si les mesures examinées constituent des entraves interdites ou si elles bénéficient de l'« exemption » de la « jurisprudence Keck » (III.B). S'agissant des entraves interdites, la possibilité de les justifier et, partant, de les faire échapper à l'interdiction, est étudiée en dernier lieu (III.C).

III.A. QUALIFICATION DES ACTIVITÉS COMMERCIALES AMBULANTES EN DROIT MATÉRIEL EUROPÉEN

36. Le commerce ambulante évoqué ici recouvre à la fois la vente de *marchandises* – produits alimentaires ou non alimentaires – et la vente de *services* (n° 1 et n° 14). Par exemple, dans tout ce qui relève des attractions et des jeux proposés sur une fête foraine, le « produit vendu » est avant tout l'activité ludique. Ainsi, dans des stands de tirs, loteries ou autre pêche aux canards, le joueur se voit d'abord offrir un service (la possibilité d'utiliser les

infrastructures de jeu) ; le lot qu'il remporte éventuellement n'est qu'un élément accessoire par rapport à la principale prestation fournie.

La doctrine et la jurisprudence de la Cour de Justice confirment la distinction qui vient d'être faite : tout produit appréciable en argent et susceptible de faire l'objet de transaction commerciale relève de la libre circulation des marchandises¹³³. À cet égard, « *l'existence d'un support matériel peut emporter la qualification de marchandise, même lorsque l'opération en cause apparaît comme un service dans le droit national des contrats* »¹³⁴. Par exemple, la diffusion de films sur un support matériel (DVD) relève de la libre circulation des marchandises, alors que la diffusion de films par l'intermédiaire de la télévision relève de la libre circulation des services¹³⁵. Par ailleurs, lorsque la fourniture de produits n'est qu'accessoire par rapport au service presté, celui-ci relève tout entier (accessoire compris) de la libre prestation des services¹³⁶.

Ont ainsi été jugées comme constituant des situations d'exercice de la libre circulation des *marchandises* :

- la vente ambulante effectuée par des boulangers, bouchers et commerçants en produits alimentaires¹³⁷ ;
- la vente de *produits* visée par l'actuelle loi du 25 juin 1993 sur l'exercice et l'organisation des activités ambulantes et foraines¹³⁸.

¹³³ C.J.U.E., 10 décembre 1968, *Commission c. Italie*, 7/68, *Rec.*, 1968, p. 617. Jurisprudence constante mais sa mise en œuvre ne va pas toujours de soi, cf. par exemple : C.J.U.E., 21 octobre 1999, *Jäger skiöld*, C-97/98, *Rec.*, p. I-7321 (arrêt jugé « *douteux au regard de la jurisprudence existante* » par M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2^e éd., 2002, p. 109, alors qu'il est jugé comme non surprenant – donc conforme à la jurisprudence existante – par J.P. KEPPELNE, « La libre circulation des marchandises (septembre 1999 – août 2000) », *J.T.D.E.*, 2000, p. 211).

¹³⁴ M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2^e éd., 2002, p. 167.

¹³⁵ C.J.U.E., 30 avril 1974, *Sacchi*, 155/73, *Rec.*, 1974, p. 409, points 6 et 7 (« (...) il s'ensuit que l'émission de messages télévisés, y compris ceux ayant un caractère publicitaire, relève en tant que telle des règles du Traité relatives aux prestations de services ; attendu, par contre, que sont soumis aux règles relatives à la libre circulation des marchandises les échanges concernant tous matériels, supports de son, films, appareils et autres produits utilisés pour la diffusion des messages télévisés ») ; C.J.U.E., 11 juillet 1985, *Cinéthèque*, aff. jointes 60/84 et 61/84, *Rec.*, 1985, p. 2605 (la commercialisation de films sur un support – vidéocassettes – relève de la circulation des marchandises et non de la libre circulation des services).

¹³⁶ M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2^e éd., 2002, p. 169 ; L.W. GORMLEY, *EU law of free movement of goods and customs union*, Oxford University Press, Oxford, 2009, n° 11.03, p. 400 et la jurisprudence citée.

¹³⁷ C.J.U.E., 13 janvier 2000, *TK-Heimdienst*, C-254/98, *Rec.*, 2000, p. I-00151.

¹³⁸ C.J.U.E., 26 mai 2005, *Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Rec.*, 2005, p. I-4133. Cette loi a été examinée ci-dessus (n° 12) et ne concernait à l'époque que la vente ambulante de marchandises, l'extension (effective) à la vente de services ne datant que de la loi du 4 juillet 2005 modifiant la loi du 25 juin 1993 sur l'exercice d'activités ambulantes et l'organisation des marchés publics.

Ont ainsi été jugées comme constituant des situations d'exercice de la libre circulation des services :

- l'organisation d'une loterie, la fourniture d'un ticket ou d'autres supports étant jugée accessoire¹³⁹ ;
- l'exploitation d'appareils de jeux de hasard ou d'argent (style « machines à sous »)¹⁴⁰.

37. Le commerce ambulancier – entendu ici dans un sens très large (c.à.d. englobant aussi l'activité du forain) – relève donc potentiellement de deux libertés de circulation (au moins).

Or, selon la Cour de Justice, « *il est de jurisprudence constante que, lorsqu'une mesure nationale se rattache tant à la libre circulation des marchandises qu'à la libre prestation des services, la Cour l'examine, en principe, au regard de l'une seulement de ces deux libertés fondamentales s'il s'avère que l'une de celles-ci est tout à fait secondaire par rapport à l'autre et peut lui être rattachée* »¹⁴¹. À l'inverse, lorsqu'aucune qualification ne prédomine, la Cour examine la réglementation sous l'angle des deux libertés de manière cumulative¹⁴².

La distinction « marchandise / service » ne coïncide pas avec la distinction « marché / fête foraine » : des produits alimentaires (des marchandises) sont souvent vendus sur une fête foraine annuelle ; des abonnements téléphoniques (des services) sont parfois vendus sur un marché hebdomadaire. Cependant, on peut estimer que, considérés dans leur ensemble, le *marché hebdomadaire* qui se tient dans une commune vise principalement à organiser la vente de *marchandises* (produits alimentaires ou non alimentaires) tandis que la *fête foraine annuelle* vise principalement à organiser la vente de *services* (attractions et jeux forains). Sous cet angle, le marché hebdomadaire relèverait de la libre circulation des marchandises, alors que la fête foraine relèverait de la libre circulation des services – sous réserve d'un examen au cas par cas conduisant à une application cumulative des deux libertés.

¹³⁹ C.J.U.E., 24 mars 1994, *Schindler*, C-275/92, *Rec.*, 1994, p. I-01039.

¹⁴⁰ C.J.U.E., 11 septembre 2003, *Anomar*, C-6/01, *Rec.*, 2003, p. I-08621.

¹⁴¹ C.J.U.E., 24 mars 1994, *Schindler*, C-275/92, *Rec.*, 1994, p. I-1039, point 22 ; C.J.U.E., 22 janvier 2002, *Canal Satélite*, C-390/99, *Rec.*, 2002, p. I-607, point 31 ; C.J.U.E., 25 mars 2004, *Karner*, C-71/02, *Rec.*, p. I-3025, point 46 ; C.J.U.E., 26 mai 2005, *Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Rec.*, 2005, p. I-4133, point 35.

¹⁴² C. BARNARD, *The substantive law of the EU – The four freedoms*, 3^e éd., Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 34 et pp. 356-357 ; M. FAL-LON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2^e éd., 2002, pp. 168-169.

Cette approche repose sur des bases fragiles : si une personne exerçant une activité de gastronomie foraine au sens de la loi du 25 juin 1993 et de ses arrêtés d'exécution (et vendant donc des produits alimentaires, c.à.d. des *marchandises*), estime qu'une mesure s'appliquant à l'ensemble d'une fête foraine porte atteinte aux droits que lui confère le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la prise en considération de son seul cas particulier pourra conduire la juridiction saisie à lui appliquer le régime de la libre circulation des marchandises – alors qu'examinée dans son application à l'ensemble de la fête foraine, la mesure contestée relève de la libre circulation des services. Il est dès lors plus prudent d'opter d'emblée pour une application cumulative des deux libertés.

III.B INTERDICTION DES ENTRAVES À LA LIBRE CIRCULATION

A) FONDEMENT ET PRINCIPE

38. S'agissant de la libre circulation des *marchandises*, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne interdit notamment « *toutes mesures d'effet équivalent* » aux restrictions quantitatives et quotas de marchandises importées (art. 34 du T.F.U.E. – ex art. 28 du T.C.E.). La Cour de Justice définit ces mesures comme « *toute réglementation... susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire* »¹⁴³. Cette conception très large des entraves a été appliquée à :

- des mesures discriminatoires, ayant pour objet ou pour effet de traiter moins favorablement des produits en provenance d'autres États membres (*discriminations directes ou juridiques*)¹⁴⁴ ;
- des mesures « indistinctement applicables » aux marchandises importées et aux produits nationaux, mais dont le respect s'avère en réalité plus difficile pour le producteur étranger que pour le producteur national (en particulier parce que la mesure de l'État d'accueil fait

¹⁴³ C.J.U.E., 11 juillet 1974, *Dassonville*, 8/74, *Rec.*, 1974, p. 837.

¹⁴⁴ C. BARNARD, *op. cit.*, pp. 80 et s., qui cite à titre d'exemple : une mesure nationale interdisant la publicité pour les produits étrangers, mais pas pour les produits nationaux (p. 99). Dans le cas qui nous occupe, l'interdiction pour tout marchand ambulancier de vendre des produits provenant d'autres États membres, constituerait une telle discrimination.

ADMINISTRATION PUBLIQUE

double emploi ou est contradictoire par rapport à une mesure comparable de l'État d'origine) (*discriminations indirectes ou factuelles*)¹⁴⁵ ; et à

- des mesures supprimant ou entravant l'accès au marché d'un État membre des produits originaires d'autres États membres (*critère de l'accès au marché*)¹⁴⁶.

Cette triple catégorisation de la notion d'entrave a été synthétisée dans un arrêt récent de la Cour de Justice¹⁴⁷.

39. Par ailleurs, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne interdit les restrictions à la libre prestation de services (art. 56 du T.F.U.E. – ex art. 49 du T.C.E.). La Cour a également eu recours à la notion d'entrave en matière de libre circulation des services et l'a analysée en des termes similaires à celle d'entrave à la circulation des marchandises¹⁴⁸ : dans ce cadre, la Cour de Justice s'est donc référée aux critères précités de discriminations (directes ou indirectes) et d'accès au marché pour conclure à l'existence d'une entrave – avec un recours préférentiel au critère de l'accès au marché¹⁴⁹.

B) EXCEPTION : MODALITÉS DE VENTE (JURISPRUDENCE KECK)

40. Les définitions d'entrave à la libre circulation des marchandises et à la libre prestation de services sont extrêmement larges, singulièrement si l'on recourt au critère de l'accès au marché. À la lumière de ce critère, pratiquement toute mesure nationale affecte la libre circulation et constitue une entrave¹⁵⁰.

Ceci a conduit la Cour de Justice à nuancer sa jurisprudence et à *exclure* de la notion d'entraves

à la libre circulation des *marchandises* les « *dispositions nationales limitant ou interdisant certaines modalités de vente* »¹⁵¹ – exception dite de la « *jurisprudence Keck* », qui est subordonnée à une double condition (cf. ci-dessous). La Cour a ainsi qualifié de mesures relatives à des « *modalités de vente* » « *des dispositions concernant notamment le lieu et les horaires de vente de certains produits ainsi que la publicité faite à leur égard et certaines méthodes de commercialisation* »¹⁵².

En revanche, la Cour de Justice n'a pas adopté d'équivalent à la jurisprudence Keck dans le domaine de la libre prestation des services¹⁵³.

41. S'agissant plus particulièrement de l'objet de la présente contribution, il convient d'observer que la Cour de Justice a expressément jugé que :

- une réglementation nationale qui détermine les zones géographiques dans lesquelles des vendeurs de produits alimentaires peuvent commercialiser leurs marchandises, concerne des « *modalités de vente* » au sens de la jurisprudence Keck¹⁵⁴. Une telle mesure est exclue du champ d'application de la libre circulation des marchandises à la double condition qu'elle s'applique « *à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national* » et qu'elle affecte « *de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres* »¹⁵⁵ – ce qui revient en fin de compte à vérifier qu'il n'y a discrimination ni en droit ni en fait¹⁵⁶ (n° 53). En l'espèce, la Cour de Justice a considéré que la mesure était (indirectement) discriminatoire (elle avait pour effet d'imposer aux commerçants établis dans d'autres États membres d'avoir un deuxième établissement dans l'État en cause, ce qui les désavantageait

¹⁴⁵ C. BARNARD, *op. cit.*, pp. 90 et s., qui cite à titre d'exemple : l'obligation de commercialiser tel produit sous une forme ou dans un emballage spécifique, différent de ceux adoptés dans l'État membre d'origine. Cette obligation s'impose certes à tous les fabricants du produit, établis dans l'État membre ou non, mais elle impose aux producteurs établis dans d'autres États membres de revoir leur « *packaging* » spécifiquement pour l'État membre concerné, ce qui représente pour eux des frais supplémentaires (p. 106).

¹⁴⁶ C. BARNARD, *op. cit.*, p. 19 et pp. 103 et s. ; A.-L. SIBONY et A. DEFOSSEZ, « *Marché intérieur (marchandises, capitaux, établissement, services)* », *R.T.D. eur.*, 2010, p. 129 et s.

¹⁴⁷ C.J.U.E. (grande chambre), 10 février 2009, *Commission c. Italie*, C-110/05, *Rec.*, 2009, p. I-00519, points 34 à 37 – à tout le moins selon M. FALLON et D. MARTIN, « *Dessine-moi une discrimination...* », *J.D.E.*, 2010, p. 169. Cf. également : A.-L. SIBONY et A. DEFOSSEZ, « *Marché intérieur (marchandises, capitaux, établissement, services)* », *R.T.D. eur.*, 2010, p. 129 et s.

¹⁴⁸ M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2^e éd., 2002, p. 169.

¹⁴⁹ C. BARNARD, *The substantive law of the EU – The four freedoms*, 3e éd., Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 19 et pp. 377 et s.

¹⁵⁰ T. HEREMANS et B. DE MEESTER, « *Vrij dienstenverkeer in de EG en de WTO : een stand van zaken* », *R.W.*, 2008-2009, n° 31, p. 779 ; C. BARNARD, *op. cit.*, p. 148.

¹⁵¹ C.J.U.E., 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jointes C-267/91 et C-268/91, *Rec.*, 1993, p. I-06097, point 16.

¹⁵² C.J.U.E., 25 mars 2004, *Karner*, C-71/02, *Rec.*, 2004, p. I-03025, point 38, qui se réfère à : C.J.U.E., 15 décembre 1993, *Hünemund e.a.*, C-292/92, *Rec.*, 1993, p. I-6787, points 21 et 22 ; C.J.U.E., 2 juin 1994, *Tankstation 't Heukske et Boermans*, C-401/92 et C-402/92, *Rec.*, 1994, p. I-2199, points 12 à 14 ; C.J.U.E., 13 janvier 2000, *TK-Heimdienst*, C-254/98, *Rec.*, 2000, p. I-151, point 24.

¹⁵³ L.W. GORMLEY, *EU law of free movement of goods and customs union*, Oxford University Press, Oxford, 2009, n° 11.12, pp. 410-411 ; C. BARNARD, *The substantive law of the EU – The four freedoms*, 3e éd., Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 405-406 (cf. toutefois les nuances faites par cet auteur aux p. 243 et s.).

¹⁵⁴ C.J.U.E., 13 janvier 2000, *TK-Heimdienst*, C-254/98, *Rec.*, 2000, p. I-00151, point 24.

¹⁵⁵ C.J.U.E., 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jointes C-267/91 et C-268/91, *Rec.*, 1993, p. I-06097, point 16.

¹⁵⁶ C. BARNARD, *op. cit.*, pp. 124-144.

par rapport aux commerçants établis sur le territoire concerné) et ne remplissait donc pas la deuxième condition de la jurisprudence Keck¹⁵⁷ ;

- un régime interdisant d'exercer des activités commerciales ambulantes sans autorisation (régime prévu par la loi du 25 juin 1993 – n° 16) « concerne une méthode de commercialisation. Il est constant qu'il n'a pas pour objet de régir les échanges de marchandises entre les États membres »¹⁵⁸. En l'espèce, le régime belge a été considéré comme remplissant les deux conditions de la jurisprudence Keck¹⁵⁹.

S'agissant de la dernière affaire, l'application de la libre circulation des marchandises n'allait pas de soi : la mesure d'autorisation pouvait s'analyser comme entrave à l'exercice d'une activité non salariée, laquelle relève de la libre circulation des services¹⁶⁰. Car le régime d'autorisation de la loi du 25 juin 1993 est double : l'une des deux autorisations requises est subordonnée à des exigences de qualifications professionnelles applicables au marchand ambulant lui-même et ne vise donc pas directement la vente des marchandises¹⁶¹ (n° 17) ; elle nous paraît relever davantage de la libre circulation des services. Partant, il paraît difficile de qualifier ce pan du régime belge de mesure relative à des « modalités de vente » au sens de la jurisprudence Keck, puisque cette dernière n'a pas été étendue à la libre prestation de services.

42. Les deux conditions de la jurisprudence Keck laissent entendre qu'une mesure relative à des « modalités de vente » doit être justifiée de la même manière qu'une entrave – en tout cas en ce qui concerne l'exigence de non-discrimination (n° 50). Cependant, une mesure relative à des « modalités de vente » est présumée ne pas

¹⁵⁷ Arrêt précité, C-254/98, points 26 à 29. En dépit de son caractère indirectement discriminatoire, la mesure en cause aurait pu être justifiée par un objectif d'intérêt général mais, compte tenu de ceux qui étaient invoqués en l'espèce, la Cour a considéré qu'elle était disproportionnée (cf. *idem*, points 34-36).

¹⁵⁸ C.J.U.E., 26 mai 2005, *Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Rec.*, 2005, p. I-4133, point 26.

¹⁵⁹ Par la Cour de Justice, expressément pour la première condition (C.J.U.E., 26 mai 2005, *Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Rec.*, 2005, p. I-4133, points 27-28) et par la juridiction nationale pour la seconde condition (J. STUYCK et E. TERRY, « Le droit européen de la consommation – Développements récents », *J.T.D.E.*, 2007, n° 43, p. 263).

¹⁶⁰ Telle était d'ailleurs en l'espèce la thèse de l'avocat général Leger, cf. ses conclusions précédant l'arrêt du 26 mai 2005, *Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Rec.*, 2005, p. I-4133, points 54-59.

¹⁶¹ En l'espèce, l'autorisation devait être accordée par le Ministre des classes moyennes (régime antérieur à la modification de 2005-2006 – n° 13) si des exigences de qualifications professionnelles étaient remplies (Cf. conclusions de l'avocat général Leger précédant l'arrêt du 26 mai 2005, *Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Rec.*, 2005, p. I-4133, points 3-15, spéc. point 11). Actuellement, c'est le guichet d'entreprises qui délivre les autorisations en question ; l'analyse en droit matériel européen n'en est pas affectée.

entraver la libre circulation des marchandises. Une telle qualification représente donc un avantage procédural sous la forme d'un renversement de la charge de la preuve en faveur de l'État membre, puisque c'est à la Commission ou à l'opérateur économique qu'il revient dans ce cas d'apporter la preuve d'un effet restrictif réel et substantiel¹⁶² – ce qui peut s'avérer complexe.

C) APPLICATION EN L'ESPÈCE (SERVICES) : QUALIFICATION D'ENTRAVE

43. Examinées à l'aune du critère de l'accès au marché, toutes les mesures évoquées plus haut (n° 34) doivent être qualifiées d'entraves :

- la *mesure d'interdiction totale* (interdiction pure et simple des activités de commerce ambulant, interdiction applicable à tous, en permanence et à l'ensemble du territoire de la commune) empêche purement et simplement le marchand ambulant d'offrir ses produits ou ses services aux consommateurs se trouvant sur le territoire communal ;
- la *mesure d'interdiction pour les activités hors du marché* (interdiction d'exercer des activités de commerce ambulant (i) en dehors de périodes définies et/ou (ii) en dehors de zones géographiques définies et/ou (iii) en dehors du marché communal) ne prive pas le marchand ambulant de l'accès au marché, mais restreint celui-ci : le marchand ambulant ne peut offrir ses produits ou ses services qu'aux consommateurs présents en ces périodes ou lieux déterminés ;
- la *mesure d'autorisation préalable* (interdiction d'exercer ces activités sans avoir obtenu une autorisation délivrée par la commune ou par le guichet d'entreprises) restreint également son accès au marché : le marchand ambulant ne peut offrir ses produits ou ses services sans une telle autorisation.

44. La jurisprudence de la Cour de Justice le confirme. Il a ainsi été jugé qu'une législation nationale qui n'autorise l'exploitation et la pratique des jeux de hasard ou d'argent que dans certains lieux tels que les salles des casinos et s'applique indistinctement aux ressortissants nationaux et aux ressortissants d'autres États membres, constitue une entrave à la libre prestation des

¹⁶² C. BARNARD, *The substantive law of the EU – The four freedoms*, 3^e éd., Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 136-137 ; Ch. GAVALDA et G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 6^e éd., n° 111, p. 84 (qui se réfèrent à C.J.U.E., 23 février 2006, *A. Punkt Schmukhandels*, C-441/04, *Rec.*, p. I-02093).

ADMINISTRATION PUBLIQUE

*services*¹⁶³. La Cour a également jugé qu'une réglementation nationale qui subordonne l'exercice de certaines prestations de services sur le territoire national par une entreprise établie dans un autre État membre à la délivrance d'une autorisation administrative, constitue une restriction à la libre prestation de services¹⁶⁴.

D) APPLICATION EN L'ESPÈCE (MARCHANDISES) : QUALIFICATION DE MODALITÉS DE VENTE

45. S'agissant des marchands ambulants proposant des *marchandises* (n° 36), les entraves visées au point précédent peuvent être qualifiées de mesures relatives à des « modalités de vente » et échapper ainsi à l'article 34 du T.F.U.E. (ex art. 28 du T.C.E.) conformément à la jurisprudence Keck précitée (n° 40) :

- la *mesure d'interdiction totale* (interdiction pure et simple des activités de commerce ambulant, interdiction applicable à tous, en permanence et à l'ensemble du territoire de la commune) constitue une règle relative à la fois aux lieux et aux horaires de vente. Une telle règle a été qualifiée par la Cour de Justice de mesure relative à des « modalités de vente » au sens de la jurisprudence Keck à plusieurs reprises¹⁶⁵ ;
- la *mesure d'interdiction pour les activités hors du marché* (interdiction d'exercer des activités de commerce ambulant (i) en dehors de périodes définies et/ou (ii) en dehors de zones géographiques définies et/ou (iii) en dehors du marché communal), également ;
- la *mesure d'autorisation préalable* (interdiction d'exercer ces activités sans avoir obtenu une autorisation délivrée par la commune ou par le guichet d'entreprises) a été, on l'a vu,

¹⁶³ C.J.U.E., 11 septembre 2003, *Anomar*, C-6/01. *Rec.* 2003 page I-08621, points 66 et 75.

¹⁶⁴ C.J.U.E., 18 novembre 2010, *Commission c. Portugal*, C-458/08, non encore publié au recueil, point 84, qui se réfère à : C.J.U.E., 25 juillet 1991, *Säger*, C-76/90, *Rec.*, p. I-4221, point 14 ; C.J.U.E., 9 août 1994, *Vander Elst*, C-43/93, *Rec.*, p. I-3803, point 15 ; C.J.U.E., 9 mars 2000, *Commission c. Belgique*, C-355/98, *Rec.*, p. I-1221, point 35 ; C.J.U.E., 29 avril 2004, *Commission c. Portugal*, C-171/02, *Rec.*, p. I-5645, point 60.

¹⁶⁵ Cf. notamment : C.J.U.E., 2 juin 1994, *Tankstation 't Heukske et Boermans*, C-401/92 et C-402/92, *Rec.*, 1994, p. I-2190 (interdiction pour les stations-services d'ouvrir de nuit) ; C.J.U.E., 2 juin 1994, *Punto Casa*, aff. jointes C-69/93 et C-258/93, *Rec.*, 1994, p. I-02355 (interdiction d'exercer certaines activités commerciales le dimanche) ; C.J.U.E., 14 décembre 1995, *Banchero*, C-387/93, *Rec.*, 1995, p. I-04663 (interdiction de vendre du tabac hors des lieux autorisés) ; C.J.U.E., 13 janvier 2000, *TK-Heimdienst*, C-254/98, *Rec.*, p. I-151 ; (vente ambulante de produits alimentaires dans une circonscription administrative réservée aux opérateurs établis dans cette circonscription ou dans une commune limitrophe). Cf. également : C. BARNARD, *The substantive law of the EU – The four freedoms*, 3e éd., Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 127-128 et les références ; M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2^e éd., 2002, p. 117 et les références.

expressément qualifiée par la Cour de Justice de mesure relative à des « modalités de vente »¹⁶⁶ ; le caractère contestable de cette qualification a également été souligné (n° 41).

46. Par ailleurs, s'agissant des marchands ambulants proposant des *services* (n° 36), les mesures examinées conservent leur statut d'entraves et demeurent soumises à l'article 56 du T.F.U.E. (ex art. 49 du T.C.E.). Comme on l'a vu ci-dessus (n° 40), la jurisprudence Keck n'a pas d'équivalent dans le domaine de la libre prestation de services¹⁶⁷.

III.C. JUSTIFICATION DES ENTRAVES INTERDITES

47. Toute entrave à la libre circulation peut en principe être justifiée. La Cour de Justice a à cet égard mis en place un « régime général de contrôle des entraves... consistant en l'admission de telles entraves si elles respectent cumulativement les quatre conditions » suivantes¹⁶⁸ : respect du droit dérivé ; respect du principe de non-discrimination ; poursuite d'un ou plusieurs objectifs d'intérêt général et respect du principe de proportionnalité.

A) RESPECT DU DROIT DÉRIVÉ

48. S'agissant du droit dérivé applicable à la libre circulation de *marchandises*, seule la directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux¹⁶⁹, pourrait en principe s'appliquer en l'espèce. Elle ne prévoit cependant aucune disposition visant à encadrer l'exercice de l'activité ambulante. Seuls les principes déduits du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne trouvent dès lors à s'appliquer¹⁷⁰.

49. En ce qui concerne en revanche le droit dérivé applicable à la libre prestation de *services*,

¹⁶⁶ C.J.U.E., 26 mai 2005, *Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Rec.*, 2005, p. I-4133, point 26.

¹⁶⁷ Dans la mesure où une application cumulative de la liberté de circulation des marchandises et de la libre prestation des services est retenue (n° 37), la qualification de mesure relative à des « modalités de vente » n'offre qu'une solution partielle.

¹⁶⁸ M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2^e éd., 2002, p. 134 et p. 184.

¹⁶⁹ J.O.U.E. n° L 372 du 31 décembre 1985, p. 31.

¹⁷⁰ Cf. en ce sens, à propos du contenu de la loi du 25 juin 1993 (vente ambulante de marchandises) : Conclusions de l'avocat général Leger précédant l'arrêt C.J.U.E., 26 mai 2005, *Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Rec.*, 2005, p. I-4133, points 29-31.

la directive 2006/123/CE trouve à s'appliquer aux entraves examinées. À ce propos, il est renvoyé à la section IV ci-dessous.

Il convient de noter à ce stade que si le respect du droit dérivé s'impose à l'entrave, le droit dérivé (et donc la directive 2006/123/CE) est en principe soumis lui-même au droit primaire (le T.F.U.E. tel qu'interprété par la Cour de Justice)¹⁷¹.

B) RESPECT DU PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION (ENTRAVES)

50. La notion de discrimination présente aujourd'hui des contours aussi incertains que celle d'entrave¹⁷². L'ambiguïté de la notion se marque d'autant plus qu'elle est présente à la fois au niveau même de la définition de l'entrave (n° 38) et au niveau de sa justification.

Outre les discriminations directes (juridiques ou ouvertes), la Cour de Justice sanctionne également les discriminations indirectes (factuelles ou déguisées). Ces catégories ne sont pas toujours clairement distinguées, mais il faut sans doute ranger parmi les discriminations indirectes les mesures qui empêchent, gênent ou rendent plus difficile l'accès au marché d'un État membre pour les opérateurs économiques d'autres États membres (ces derniers sont désavantagés – voire discriminés – par rapport aux opérateurs de l'État membre concerné). Le problème d'un tel critère est qu'il peut impliquer une analyse contestable : subjective pour les uns¹⁷³, économique et complexe pour d'autres¹⁷⁴.

Quoi qu'il en soit, la distinction précitée n'a d'importance qu'au niveau de l'objectif d'intérêt général susceptible d'être invoqué (n° 58) : une discrimination indirecte peut être justifiée par un motif expressément prévu par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou par une raison impérieuse d'intérêt général, alors

¹⁷¹ Selon une jurisprudence constante, les dispositions du droit dérivé doivent être interprétées et appliquées en conformité avec le droit primaire (cf. C.J.U.E., 13 décembre 1983, *Commission c. Conseil*, 218/82, *Rec.*, 1983, p. 4063, point 15 ; C.J.U.E., 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, C-305/05, *Rec.*, 2007, p. I-5305, point 28 ; C.J.U.E., 19 novembre 2009, *Sturgeon e.a.*, C-402/07 et C-432/07, *Rec.*, 2009, p. I-10923, point 48). Dans ce sens également, cf. M. FALLON, *op. cit.*, p. 136 : « le droit dérivé doit s'interpréter d'une manière compatible avec le droit primaire ». Pour une analyse approfondie, cf. K.E. SORENSSEN, « Reconciling secondary legislation and the Treaty rights of free movement », *E.L.R.*, 2011, pp. 339-361.

¹⁷² M. FALLON et D. MARTIN, « Dessine-moi une discrimination... », *J.D.E.*, 2010, pp. 165 et s.

¹⁷³ M. FALLON et D. MARTIN, *op. cit.*, *J.D.E.*, 2010, p. 166.

¹⁷⁴ A.-L. SIBONY et A. DEFOSSEZ, « Marché intérieur (marchandises, capitaux, établissement, services) », *R.T.D. eur.*, 2010, p. 129 et s. qui renvoient, pour indiquer que cet écueil n'est pas inéluctable, aux conclusions de l'avocat général Bot précédant l'arrêt du 10 février 2009, *Commission c. Italie*, C-110/05, *Rec.*, 2009, p. I-00519, point 116.

qu'une discrimination directe ne peut être justifiée que par la première catégorie d'objectifs d'intérêt général¹⁷⁵.

51. Les entraves examinées ici (n° 34) ne sont pas directement discriminatoires : elles s'appliquent à tous sans distinction. Comme indiqué précédemment (n° 41), il a même été jugé que le régime d'autorisation préalable prévu par la loi du 25 juin 1993 (version antérieure à 2005) n'était pas discriminatoire¹⁷⁶.

52. À noter encore que la Cour de Justice déduit des règles du Traité relatives à la libre circulation en général et des principes d'égalité et de non-discrimination en particulier, une obligation de mise en concurrence et de transparence¹⁷⁷. Cette obligation, élaborée à propos des contrats et marchés publics¹⁷⁸, dépasse le cadre purement contractuel ; la Cour de Justice l'a récemment appliquée à ce que l'on appellerait en droit interne un acte administratif unilatéral¹⁷⁹.

Par conséquent, même si l'autorisation domaniale qu'est le permis de stationnement se distingue de la concession domaniale par son caractère unilatéral¹⁸⁰, elle est soumise à l'obligation de mise en concurrence précitée¹⁸¹. Des éléments de

¹⁷⁵ Mais cette césure est de moins en moins rigoureusement respectée par la Cour de Justice (C. BARNARD, *The substantive law of the EU – The four freedoms*, 3e éd., Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 149 et pp. 165-166. Cf. à ce sujet les incohérences déjà soulignées par : M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2e éd., 2002, pp. 139-140 et pp. 181-183 ; Conclusions de l'Avocat général Jacobs précédant l'arrêt *PreussenElectra*, C-379/98, *Rec.*, 2001, p. I-2103, points 222 et s).

¹⁷⁶ Par la Cour de Justice, expressément pour la première condition de la jurisprudence *Keck* (C.J.U.E., 26 mai 2005, *Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Rec.*, 2005, p. I-4133, points 27-28) et par la juridiction nationale pour la seconde condition (J. STUYCK et E. TERRY, « Le droit européen de la consommation – Développements récents », *J.T.D.E.*, 2007, n° 43, p. 263).

¹⁷⁷ C.J.U.E., 7 décembre 2000, *Telaustria*, C-324/98, *Rec.*, p. I-10745, points 61 et 62 ; C.J.U.E., 21 juillet 2005, *Consorzio Aziende Metano (Comune di Cingia de Botti)*, C-231/03, *Rec.*, p. I-07287, point 21 ; C.J.U.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, C-458/03, *Rec.*, p. I-08612, point 49 ; C.J.U.E., 6 avril 2006, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) c. Comune di Bari et AMTAB Servizio SpA*, C-410/04, *Rec.*, p. I-03303, point 21 ; C.J.U.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, *Rec.*, p. I-8457, point 25 ; C.J.U.E., 10 septembre 2009, *WAZV Gotha c. Eurawasser*, C-206/08, *Rec.*, p. I-8377, point 44 ; C.J.U.E., 13 avril 2010, *Wall*, C-91/08, non encore publié au recueil, point 36.

¹⁷⁸ A.L. DURVIAUX et N. THIRION, « Les modes de gestion des services publics locaux, la réglementation relative aux marchés publics et le droit communautaire », *J.T.*, 2004, n° 29-36, pp. 24-25 ; A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire – Analyse critique d'un système*, Larcier, Bruxelles, 2006, n° 84-85, pp. 104-108 et n° 356, pp. 380-381 ; D. D'HOOGHE et S. JOCHEMS, « De gunning van overheidscontracten in het algemeen », in *De gunning van overheidsopdrachten*, La Chartre, Bruges, 2009, n° 107, p. 70.

¹⁷⁹ C.J.U.E., 3 juin 2010, *Sporting Exchange c. Minister van Justitie*, C-203/08, non encore publié au recueil, points 39 à 41.

¹⁸⁰ D. LAGASSE, « Les utilisations collectives et privatives du domaine public », in *Domaine public, domaine privé – Biens des pouvoirs publics*, Larcier, Bruxelles, 2008, n° 184, p. 228.

¹⁸¹ En ce sens : Ph. FLAMME, M.A. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges – L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, 2e éd., Larcier, Bruxelles, 2009, n° 65, pp. 87-88 et note 167.

ADMINISTRATION PUBLIQUE

la loi du 25 juin 1993 rejoignent cet aspect du droit primaire (n° 32).

C) RESPECT DU PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION (MODALITÉS DE VENTE)

53. Le principe de non-discrimination s'applique également lorsque les mesures examinées sont qualifiées de mesures relatives à des « modalités de vente » au sens de la jurisprudence Keck¹⁸². Aucune discrimination n'est à cet égard admise, ni en droit (directe) ni en fait (indirecte), puisque les mesures concernées doivent s'appliquer « à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national » et affecter « de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres »¹⁸³.

Or, s'agissant de la *mesure d'interdiction totale*, il pourrait être soutenu qu'elle a pour effet d'affecter davantage la commercialisation des marchandises provenant des autres États membres : la vente ambulante peut en effet être une méthode précieuse pour faire connaître aux consommateurs belges des produits difficilement accessibles en Belgique car provenant d'autres États membres. Le cas échéant, la mesure pourrait priver lesdits produits étrangers de tout accès au marché belge – ce qui serait contraire à la libre circulation des marchandises¹⁸⁴. La *mesure d'interdiction pour les activités hors du marché* et la *mesure d'autorisation préalable* seraient moins aisément exposées à un tel reproche, puisque, sous l'empire de ces mesures, les produits provenant d'autres États membres et pour lesquels la vente ambulante constitue un mode de commercialisation privilégié, peuvent être vendus en Belgique, à la seule condition de l'être dans le cadre défini (le marché communal et/ou avec l'autorisation). Dans la pureté des principes, ceci devrait cependant requérir une démonstration concrète de l'impact des échanges commerciaux entre États membres pour les produits concernés¹⁸⁵.

¹⁸² M. FALLON, *op. cit.*, p. 118.

¹⁸³ C.J.U.E., 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jointes C-267/91 et C-268/91, *Rec.*, 1993, p. I-06097, point 16.

¹⁸⁴ Cf. en ce sens, précisément à propos du régime d'autorisation prévu par la loi du 25 juin 1993 (vente ambulante de marchandises) : Conclusions de l'avocat général Leger précédant l'arrêt C.J.U.E., 26 mai 2005, *Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Rec.*, 2005, p. I-4133, points 85 à 88.

¹⁸⁵ Cf. C.J.U.E., 26 mai 2005, *Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Rec.*, 2005, p. I-4133, point 31, où la Cour de Justice a considéré que la réglementation belge (actuelle loi du 25 juin 1993 sur l'exercice et l'organisation des activités ambulantes et foraines) et en particulier le régime d'autorisation pour la vente d'abonnements à des périodiques avait une incidence « trop insignifiante et aléatoire pour pouvoir être considérée comme étant de nature à entraver ou à gêner d'une autre manière le commerce entre États membres ».

Comme indiqué ci-dessus (n° 40), cette démonstration incombe à la Commission européenne ou aux opérateurs économiques qui s'estimeraient lésés par les mesures examinées.

Pour vérifier le caractère indirectement discriminatoire d'une mesure relative à des « modalités de vente », la Cour de Justice recourt également au critère de l'accès au marché – dont on a vu ci-dessus que sa mise en œuvre pouvait être délicate (n° 50). Dans ce cadre, la Cour examine notamment si la suppression ou la limitation d'un canal de distribution peut être compensée par des solutions de rechange. La Cour a ainsi considéré dans plusieurs arrêts que la vente par internet constituait un important canal de distribution et qu'une suppression ou une limitation de ce canal pouvait désavantager les opérateurs économiques d'autres États membres par rapport à ceux de l'État en cause, qui sont (par hypothèse) déjà sur place et bénéficient ainsi d'un accès direct au marché dudit État¹⁸⁶. Cet argument pourrait être repris en faveur des mesures examinées ici, afin d'établir qu'elles ne sont pas (indirectement) discriminatoires : un opérateur économique qui se plaindrait de ne pouvoir avoir accès au marché belge à cause de la réglementation sur le commerce ambulante, pourrait se voir rétorquer qu'il bénéficie encore d'un accès privilégié auprès des consommateurs belges par le biais d'internet et que, par conséquent, les mesures qu'il dénonce n'affectent pas son accès audit marché de manière substantielle.

54. Si les deux conditions de la jurisprudence Keck ne sont pas remplies, une mesure relative à des « modalités de vente » peut être justifiée par un objectif d'intérêt général (n° 51) – sans distinction cette fois entre les discriminations directes et indirectes¹⁸⁷.

D) OBJECTIFS D'INTÉRÊT GÉNÉRAL – EXPRESSÉMENT PRÉVUS PAR LE T.F.U.E.

55. S'agissant de la libre circulation des marchandises, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne admet les entraves « justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de

¹⁸⁶ C.J.U.E., 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband c. 0800 DocMorris*, C-322/01, *Rec.*, 2003, p. I-14887, point 74 ; C.J.U.E., 2 décembre 2010, *Ker-Optika*, C-108/09, non encore publié au recueil, point 54.

¹⁸⁷ C. BARNARD, *The substantive law of the EU – The four freedoms*, 3e éd., Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 130-148 et les références citées.

protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membre » (art. 36 du T.F.U.E. – ex art. 30 du T.C.E.).

Par ailleurs, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne énonce que les entraves à la libre prestation de services peuvent être « *justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique* » (art. 52 du T.F.U.E. – ex art. 46 du T.C.E., rendu applicable en vertu de l'art. 62 du T.F.U.E. – ex art. 55 du T.C.E.). Ces dernières justifications sont communes aux deux libertés examinées et sont les plus pertinentes en l'occurrence.

56. En réalité, seule une justification déduite de la *santé publique* pourrait éventuellement être invoquée avec succès pour les entraves qui nous occupent. La Cour a en effet souligné à plusieurs reprises que la notion d'*ordre public* ou de *sécurité publique*¹⁸⁸ doit faire l'objet d'une interprétation au niveau européen et suppose « *une menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société et (...) doit, en tant que justification d'une dérogation à un principe fondamental du traité, être interprétée de manière restrictive* »¹⁸⁹.

En matière de libre circulation de marchandises, cette cause de justification n'a été admise par la Cour qu'une seule fois¹⁹⁰ : l'interdiction d'exportation de pièces d'argent « *en vue d'empêcher que la fonte ou la destruction ait lieu dans un autre État membre, est justifiée par des raisons d'ordre public au sens de l'article [36 T.F.U.E.], parce qu'elle tient à la protection du droit de frappe traditionnellement considéré comme mettant en cause des intérêts essentiels de l'État* »¹⁹¹.

En matière de libre prestation de services, les cas d'application pertinents pour le présent examen paraissent également limités, même si la

Cour de Justice a jugé que les circonstances spécifiques qui peuvent justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre et qu'il faut donc reconnaître aux autorités nationales compétentes une « *marge d'appréciation dans les limites imposées par le Traité* »¹⁹². La Cour a par exemple admis sur cette base que l'exploitation commerciale de jeux de divertissement impliquant la simulation d'actes homicides (« *laser game* ») et considérée comme portant atteinte à une valeur fondamentale consacrée par la Constitution allemande, à savoir la dignité humaine, puisse menacer l'ordre public¹⁹³.

57. La question de savoir si des entraves poursuivant des objectifs de sécurité routière, de lutte contre la fraude, de protection des droits de propriété intellectuelle et de protection de la santé des consommateurs ne pourraient être considérées comme « *justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique* » telles que visées par les articles 36 et 52 du T.F.U.E., devrait à premier vue recevoir une réponse négative¹⁹⁴.

À strictement parler, ces objectifs visent certes à protéger un intérêt fondamental de la société (la vie et l'intégrité physique des usagers de la voie publique, la lutte contre la fraude, le droit de propriété (intellectuelle), la santé des consommateurs de produits alimentaires et non alimentaires, etc.), cependant (cf. le point suivant), la Cour de Justice a jusqu'à présent considéré ces objectifs comme des causes de justifications *distinctes* de celles prévues par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, réservant ces dernières à des situations extrêmes.

Cette jurisprudence ne devrait pas être remise en cause en dépit des incertitudes que pose la directive 2006/123/CE quant aux justifications admises (n° 70).

E) OBJECTIFS D'INTÉRÊT GÉNÉRAL – SOURCE PRÉTORIENNE – RAISONS IMPÉRIEUSES D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

58. La Cour de Justice parle de « *raisons impérieuses* » ou d'« *exigences impératives* » d'intérêt général¹⁹⁵. Quelle que soit l'appellation retenue, ces termes désignent la politique de justification des entraves à la libre circulation que la

¹⁸⁸ La jurisprudence de la Cour de Justice réunit ces deux causes de justification en une seule et même catégorie (C. BARNARD, *The substantive law of the EU – The four freedoms*, 3e éd., Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 481).

¹⁸⁹ C.J.U.E., 22 décembre 2008, *Commission c. Autriche*, C-161/07, *Rec.*, 2008, p. I-10671, point 35 ; C.J.U.E., 19 juin 2008, *Commission c. Luxembourg*, C-319/06, *Rec.*, 2008, p. I-04323, point 50 ; C.J.U.E., 13 décembre 2007, *Commission c. Italie*, C-465/05, *Rec.*, 2007, p. I-11091, point 49 ; C.J.U.E., 9 mars 2000, *Commission c. Belgique*, C-355/98, *Rec.*, 2000, p. I-1221, point 28.

¹⁹⁰ C. BARNARD, *op. cit.*, p. 151.

¹⁹¹ C.J.U.E., 23 novembre 1978, *Thompson*, 7/78, *Rec.*, 1978, p. 2247, point 34.

¹⁹² C.J.U.E., 14 octobre 2004, *Omega*, C-36/02, *Rec.*, 2004, p. I-09609, point 31.

¹⁹³ Aff. C-36/02, précitée, points 34-40.

¹⁹⁴ L.W. GORMLEY, *EU law of free movement of goods and customs union*, Oxford University Press, Oxford, 2009, n° 11.65, pp. 460-461.

¹⁹⁵ Sur les différents termes employés (tous équivalents en fin de compte), cf. : C. BARNARD, *op. cit.*, p. 166 et p. 511.

ADMINISTRATION PUBLIQUE

Cour a menée en dehors de toute disposition expresse figurant dans ce qui est aujourd'hui le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

À cet égard, les objectifs suivants – tous déjà consacrés par la Cour – sont susceptibles de justifier les entraves examinées (n° 34) :

- *objectif de sécurité routière*¹⁹⁶ : il s'agirait en l'occurrence d'éviter l'encombrement anarchique de la voie publique, puisqu'un tel encombrement mettrait à la fois les consommateurs, les marchands ambulants et les autres usagers en danger ;
- *objectif de politique sociale et de prévention de fraude*¹⁹⁷ voire de *lutte contre la criminalité*¹⁹⁸ : il s'agirait en l'occurrence d'éviter la tenue de jeux d'argent en dehors des lieux autorisés par la loi et de permettre le contrôle des jeux proposés ;
- *objectif de protection des droits de propriété intellectuelle*¹⁹⁹ : il s'agirait en l'occurrence de lutter contre la vente de copies illégales ou d'autres biens produits en violation de droits d'auteur ou de droits de marques, en permettant le contrôle des biens proposés à la vente ;
- *objectif de protection des consommateurs*²⁰⁰ : il s'agirait en l'occurrence de permettre le contrôle du respect des normes sanitaires et de traçabilité applicables aux produits alimentaires et des normes en matière de sécurité des produits non alimentaires et des services proposés (tels que les attractions « à sensations fortes », etc.) ;

¹⁹⁶ C.J.U.E., 5 octobre 1994, *Van Schaik*, C-55/93, *Rec.*, 1994, p. I-4837, point 19 ; C.J.U.E., 12 octobre 2000, *Snellers*, C-314/98, *Rec.*, 2000, p. I-8633, point 55 ; C.J.U.E., 21 mars 2002, *Cura Anlagen*, C-451/99, *Rec.*, p. I-3193, point 59 ; C.J.U.E., 15 mars 2007, *Commission c. Finlande*, C-54/05, *Rec.*, 2007, p. I-02473, point 40 ; C.J.U.E., 20 septembre 2007, *Commission c. Pays-Bas*, C-297/05, *Rec.*, 2007, p. I-07467, point 77 ; C.J.U.E., 10 avril 2008, *Commission c. Portugal*, C-265/06, *Rec.*, 2008, p. I-02245, point 38. Cf. également le considérant n° 40 de la directive 2006/123, qui précise que les raisons impérieuses d'intérêt général englobent notamment « la sécurité routière ».

¹⁹⁷ C.J.U.E., 11 septembre 2003, *Anomar*, C-6/01, *Rec.*, 2003, p. I-08621. Cf. également le considérant n° 40 de la directive 2006/123, qui précise que les raisons impérieuses d'intérêt général englobent notamment la « lutte contre la fraude ».

¹⁹⁸ C.J.U.E., 8 septembre 2009, *Bwin*, C-42/07, *Rec.*, 2009, p. I-07633 (motif retenu par la Cour pour justifier le monopole étatique portugais sur les jeux et paris).

¹⁹⁹ C.J.U.E., 18 mars 1980, *Coditel*, C-62/79, *Rec.*, 1980, p. 881. Cf. également le considérant n° 40 de la directive 2006/123, qui précise que les raisons impérieuses d'intérêt général englobent notamment la « protection de la propriété intellectuelle » et la « lutte contre la fraude et la concurrence déloyale ».

²⁰⁰ C.J.U.E., 16 juillet 1998, *Gute Springenheide et Tusky*, C-210/96 ; C.J.U.E., 4 avril 2000, *Darbo*, C-465/98, *Rec.*, 2000, p. I-02297. Cf. également le considérant n° 40 de la directive 2006/123, qui précise que les raisons impérieuses d'intérêt général englobent notamment la « protection des destinataires de services » et la « protection des consommateurs ».

– *objectif de lutte contre la concurrence déloyale*²⁰¹ : il s'agirait en l'occurrence d'éviter que des marchands ambulants ne se conformant pas à des normes impératives de droit belge (législation fiscale, du travail ou en matière de sécurité des produits, etc.) ne faussent la concurrence ;

– *objectif de politique d'aménagement du territoire*²⁰² : il s'agirait en l'occurrence d'assurer le respect de l'affectation résidentielle de tels quartiers et le respect de l'affectation commerciale de tels autres quartiers, en concentrant les activités des marchands ambulants au sein des seconds et/ou du marché communal.

Les « raisons impérieuses d'intérêt général » constituent une catégorie ouverte de justifications, ne s'appliquant pas (en principe) aux mesures discriminatoires²⁰³. Comme les justifications issues du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, elles ne peuvent être invoquées qu'en l'absence d'harmonisation (retirant toute marge de manœuvre aux États membres)²⁰⁴.

59. Outre ces objectifs consacrés, s'ajoute par ailleurs une considération tirée d'un arrêt rendu en matière de marchés publics, soulignant la contribution à l'intérêt général que peut représenter l'organisation ou la tenue d'un marché communal :

« l'organisateur de telles manifestations, en réunissant en un même lieu géographique des fabricants et des commerçants, n'agit pas seulement dans l'intérêt particulier de ces derniers, qui bénéficient ainsi d'un espace de promotion pour leurs produits et marchandises, mais il procure également aux consommateurs qui fréquentent ces manifestations une information permettant à ceux-ci d'effectuer leurs

²⁰¹ C.J.U.E., 20 juin 1991, *Denkavit*, C-39/90, *Rec.*, 1991, p. I-3069, point 18 ; C.J.U.E., 5 décembre 2000, *Guimont*, C-448/98, *Rec.*, 2000, p. I-10663, points 27 et 30). Cf. également le considérant n° 40 de la directive 2006/123, qui précise que les raisons impérieuses d'intérêt général englobent notamment la « lutte contre la concurrence déloyale ».

²⁰² Objectif cité par C. BARNARD, *The substantive law of the EU – The four freedoms*, 3e éd., Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 122 (avec un renvoi à : C.J.U.E., 8 décembre 1987, *Gauchard*, 20/87, *Rec.*, 1987, p. 4879) et p. 148. Cf. également le considérant n° 40 de la directive 2006/123, qui précise que les raisons impérieuses d'intérêt général englobent notamment la « protection de l'environnement et de l'environnement urbain, y compris l'aménagement du territoire ».

²⁰³ C. BARNARD, *The substantive law of the EU – The four freedoms*, 3e éd., Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 165-166 ; M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2e éd., 2002, pp. 139-140 et pp. 181-183 ; GORMLEY, *EU law of free movement of goods and customs union*, Oxford University Press, Oxford, 2009, n° 11.14, p. 413. Cf. également la note de bas de page 175, ci-dessus.

²⁰⁴ C.J.U.E., 20 février 1979, *Rewe Zentrale c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (cassis de Dijon), 120/78, *Rec.*, 1979, 649, point 8 ; C.J.U.E., 12 octobre 2000, *Cidreterie Ruwet SA*, C-3/99, *Rec.*, 2000, p. I-08749, points 43 et 47.

choix dans des conditions optimales. L'impulsion pour les échanges qui en résulte peut être considérée comme relevant de l'intérêt général »²⁰⁵.

À ce propos, on notera que la Cour de Justice a plusieurs fois souligné qu'un objectif de nature économique ne pouvait être admis pour justifier une entrave²⁰⁶. La doctrine souligne cependant que la jurisprudence de la Cour n'est pas toujours dénuée d'ambiguïté à cet égard. Protéger la propriété intellectuelle ou lutter contre la fraude constitue, d'une certaine façon, un objectif économique puisqu'il tend à assurer la légalité et la sécurité des opérations commerciales. La prohibition de la « justification économique » ne doit donc pas être interprétée de manière trop large : selon un auteur, les objectifs économiques rejetés constituaient en réalité une justification d'ordre protectionniste²⁰⁷. Rien de tel en l'occurrence, de sorte que l'extrait précité peut, combiné aux objectifs évoqués ci-dessus, être considéré comme une confirmation du caractère légitime des mesures visant à assurer l'organisation d'un marché communal.

60. Comme indiqué plus haut, les motifs d'ordre publics visés par la loi du 25 juin 1993 (et par l'article 135, § 2 de la nouvelle loi communale) (n° 31) peuvent selon nous être lus comme le reflet en droit interne des « raisons impérieuses d'intérêt général » de la Cour de Justice. Il nous paraît même que les secondes pourraient servir à l'interprétation des premiers : les objectifs de sécurité routière, de politique sociale et de prévention de la fraude ou lutte contre la criminalité, de protection des droits de propriété intellectuelle, de protection des consommateurs et de politique d'aménagement du territoire admis par la Cour de Justice pour justifier une entrave, peuvent en effet tous être englobés sous les termes de motifs « *d'ordre public, de santé publique ou de protection du consommateur* » au sens de la loi du 25 juin 1993. Qui plus est, ils poursuivent la même fina-

lité : réaliser un compromis entre la liberté d'entreprendre (ou de circulation) et les intérêts de la collectivité.

F) RESPECT DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ

61. La proportionnalité requise ici suppose la vérification que l'entrave est propre à réaliser l'objectif d'intérêt général qu'elle poursuit et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif²⁰⁸. Sous cet angle, une mesure est disproportionnée si elle ne permet pas de réaliser l'objectif poursuivi ou si ce dernier peut l'être par un autre biais, moins restrictif de la libre circulation.

À ce propos, le test de proportionnalité s'applique notamment lorsqu'une marchandise ou un service se conforment déjà à une réglementation similaire dans l'État d'origine. Si cette réglementation réalise efficacement l'objectif d'intérêt général poursuivi par l'État d'accueil, la mesure adoptée par ce dernier ne peut s'appliquer²⁰⁹. Cette dimension du test de proportionnalité concerne moins les « modalités de vente » (au sens de la jurisprudence Keck) – puisque celles-ci font plus rarement double emploi avec des mesures des États d'origine –, mais prend tout son sens lorsque la mesure étatique concerne directement un produit ou une qualification exigée d'un prestataire de service.

62. Il s'agit donc de s'assurer que les entraves examinées ici (n° 34) sont proportionnées au regard des objectifs d'intérêts général évoqués ci-dessus (n° 55 et s.) :

– la *mesure d'interdiction totale* (interdiction pure et simple des activités de commerce ambulants, interdiction applicable à tous, en permanence et à l'ensemble du territoire de la commune) devrait *a priori* être *disproportionnée* puisque la mesure d'interdiction pour les activités hors du marché, éventuellement combinée à la mesure d'autorisation préalable (cf. ci-dessous), permet également de réaliser les objectifs d'intérêt général poursuivis mais à l'avantage d'être moins restrictive pour la libre circulation²¹⁰. Cependant, un examen au cas

²⁰⁵ C.J.U.E., 10 mai 2001, *Agorà e.a.*, aff. jointes C-223/99 et C-260/99, *Rec.*, 2001, p. I-03605, point 34.

²⁰⁶ C.J.U.E., 19 décembre 1961, *Commission c. Italie*, 7/61, *Rec.*, 1961, p. 317 ; C.J.U.E., 7 février 1984, *Duphar*, 238/82, *Rec.*, 1984, p. 523 ; C.J.U.E., 16 décembre 1992, *Commission c. Belgique*, C-211/91, *Rec.*, 1992, p. I-6757 ; C.J.U.E., 5 juin 1997, *SETTG c. Ypourgos Ergasias*, C-398/95, *Rec.*, 1997, p. I-3091 ; C.J.U.E., 4 juin 2002, *Commission c. Portugal*, C-367/98, *Rec.*, 2002 p. I-04731.

²⁰⁷ V. HATZOPOLOUS, « Recent developments of the case law of the ECJ in the field of services », *C.M.L.Rev.*, 2000, p. 79. Du reste, la Cour de Justice admet que des objectifs de caractère *non* économique (sécurité nationale, protection de l'environnement, etc.) soient poursuivis au moyen de mesures économiques (C.J.U.E., 10 juillet 1984, *Campus Oil*, 72/83, *Rec.*, 1984, p. 2727 ; C.J.U.E., 13 mars 2001, *Preussen Elektra*, C-379/98, *Rec.*, 2001, p. I-2099).

²⁰⁸ C. BARNARD, *op. cit.*, pp. 171-187 et pp. 516-518 ; M. FALLON, *op. cit.*, p. 147.

²⁰⁹ M. FALLON, *op. cit.*, p. 150 (qui parle à propos de cette dimension du test de proportionnalité de « test d'équivalence »).

²¹⁰ Pour un cas comparable (rendu sous l'application de la directive 2006/123/CE, mais illustratif de la jurisprudence de la Cour relative au droit primaire) : C.J.U.E., 5 avril 2011, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable*, C-119/09, non encore publié au recueil ; *J.L.M.B.*, 2011, p. 1088, note S. BREDÆL et L. MISSON, « L'interdiction totale de démarchage dans les professions réglementées contrevient à la directive Services », qui relève à juste titre que la définition même (du champ d'application) de l'interdiction est déterminante à cet égard (*op. cit.*, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1100).

ADMINISTRATION PUBLIQUE

par cas pourrait permettre d'épingler des circonstances démontrant le caractère proportionné de la mesure : comme indiqué précédemment (n° 20), tel pourrait par exemple être le cas d'une petite commune à vocation uniquement résidentielle qui interdirait toute activité ambulante²¹¹ afin d'assurer la tranquillité de ses habitants, alors qu'une autre commune toute proche organise un marché réputé et accueillant de très nombreux chaland ;

- la *mesure d'interdiction pour les activités hors du marché* (interdiction d'exercer des activités de commerce ambulants (i) en dehors de périodes définies et/ou (ii) en dehors de zones géographiques définies et/ou (iii) en dehors du marché communal), peut être *proportionnée*. Tout dépendra cependant des périodes et zones géographiques définies et/ou de la périodicité du marché communal, de la facilité d'y obtenir un emplacement, ainsi que de l'organisation des contrôles supposés assurer la réalisation des objectifs d'intérêt général. On observera en tout cas que, s'agissant des objectifs tendant à permettre un contrôle (jeux d'argent, propriété intellectuelle, sécurité des produits alimentaires et non alimentaires, etc.), ce dernier est rendu plus aisé par la mesure examinée puisque les personnes et les biens à contrôler sont rassemblés en un lieu déterminé (la zone géographique définie ou le marché communal) pendant une période définie ;
- la *mesure d'autorisation préalable* (interdiction d'exercer ces activités sans avoir obtenu une autorisation délivrée par la commune ou par le guichet d'entreprises), peut également être proportionnée. Tout dépendra cependant de la manière dont l'autorisation est délivrée (critères à remplir, etc.).

S'agissant encore de la mesure d'autorisation préalable (et de la mesure d'interdiction hors du marché communal), il pourra arriver que l'espace disponible limite *de fait* le nombre d'autorisations (ou le nombre d'emplacements) susceptibles d'être octroyé(e)s aux marchands ambulants. La directive 2006/123/CE²¹² prévoit

²¹¹ Rappelons qu'une commune ne peut interdire au titulaire d'une autorisation délivrée par un guichet d'entreprises d'effectuer (i) des ventes à domicile de marchandises et de services pour un montant ne dépassant pas 250 euros et (ii) des ventes ambulantes réalisées de manière déambulatoire. Ces deux catégories de vente sont en effet directement autorisées par la loi du 25 juin 1993 sur l'exercice et l'organisation des activités ambulantes et foraines (n° 23) ; une commune ne pourra donc jamais interdire toute activité ambulante.

²¹² Art. 12.1 et 12.2 de la directive 2006/123/CE, transposés en droit belge par l'art. 13, al. 1 et 2 de la loi du 26 mars 2010 sur les services.

à cet égard des exigences concrètes permettant de vérifier la conformité du droit interne à l'exigence de proportionnalité (n° 69).

III.D. CONCLUSION SUR LE DROIT EUROPÉEN PRIMAIRE

63. Il n'est pas aisé de répondre à la question de savoir si le commerce ambulants exercé dans le cadre d'un marché communal relève de la libre circulation des marchandises ou de la libre prestation des services, tant les deux régimes sont imbriqués lorsqu'il s'agit de réglementer un marché hebdomadaire ou une foire annuelle. C'est pourquoi il est sans doute préférable d'opter pour une application cumulée des régimes de libre circulation des marchandises et de libre prestation des services.

64. Plusieurs des mesures examinées peuvent, lorsqu'elles s'appliquent aux marchands ambulants proposant des *marchandises*, être qualifiées de mesures relatives à des « modalités de vente » et bénéficier ainsi de l'« exemption » de la jurisprudence Keck.

Toutes les autres mesures – en particulier les mesures applicables aux marchands ambulants proposant des *services* – sont à qualifier d'entraves ; elles n'échapperont à l'interdiction que si elles sont justifiées (ce qui suppose le respect de quatre conditions : respect du droit dérivé ; respect du principe de non-discrimination ; poursuite d'un ou plusieurs objectifs d'intérêt général et respect du principe de proportionnalité).

65. S'agissant des objectifs d'intérêt général susceptibles de justifier les entraves examinées, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne offre peu d'utilité – la santé publique éventuellement exceptée.

En revanche, les raisons impérieuses d'intérêt général s'appliquent *a priori* à toutes les entraves examinées et offrent plusieurs motifs de justification pertinents : sécurité routière ; politique sociale et prévention de fraude, voire lutte contre la criminalité ; protection des droits de propriété intellectuelle ; protection des consommateurs ; lutte contre la concurrence déloyale ; politique d'aménagement du territoire.

Les mesures examinées peuvent donc être considérées comme conformes au droit primaire – sous réserve d'un examen des modalités concrètes prévues par le règlement communal. La conformité de ces mesures par rapport au

droit dérivé est examinée ci-dessous (section IV).

IV. DROIT EUROPÉEN DÉRIVÉ : DIRECTIVE 2006/123/CE

IV.A. CHAMP D'APPLICATION ET RÈGLES MATÉRIELLES

A) NOTION DE SERVICES

66. La directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur – également connue sous l'appellation « Directive services » ou « Directive Bolkestein » – (« directive 2006/123/CE »)²¹³ s'applique aux services « fournis par les prestataires ayant leur établissement dans un État membre », étant entendu qu'un service est « toute activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération, visée à l'article [57 du T.F.U.E. (ex art. 50 du T.C.E.)] »²¹⁴. Cette définition est conforme au T.F.U.E. et à la jurisprudence de la Cour de Justice²¹⁵.

C'est une évidence : puisqu'elle s'applique aux services, cette directive ne s'applique pas aux marchandises²¹⁶. Un considérant de la directive 2006/123/CE le précise expressément : « La présente directive ne concerne pas l'application des articles [24 à 36 du T.F.U.E. (ex art. 28 à 30 du T.C.E.)] relatifs à la libre circulation des marchandises. Les restrictions interdites en vertu de la disposition sur la libre prestation des services visent les exigences applicables à l'accès aux activités de services ou à leur exercice et non celles applicables aux biens en tant que tels »²¹⁷.

La Commission ajoute que « les exigences qui restreignent l'utilisation d'équipements nécessaires à la prestation d'un service affectent

l'exercice d'une activité de service et sont donc couvertes par la directive « services » »²¹⁸. Ceci est également conforme à la jurisprudence de la Cour de Justice, qui consacre en la matière le principe selon lequel l'accessoire suit le principal (n° 36). Pour le cas qui nous occupe, toute mesure s'appliquant aux équipements du forain ne proposant pas de la gastronomie foraine (p.ex. règles de sécurité applicables aux attractions « à sensations fortes »²¹⁹ ; contrôle préventif de fraude, etc.) sera donc soumise à la directive 2006/123/CE. À strictement parler, cette mesure vise certes des marchandises, mais ces dernières sont les accessoires de l'activité de services prestée par le forain ; il est dès lors logique de la soumettre à la directive 2006/123/CE.

67. Plusieurs dispositions de la directive 2006/123/CE énumèrent par ailleurs les nombreuses catégories de services qui échappent à son champ d'application²²⁰. Pour ce qui concerne l'objet de nos investigations, relevons simplement que sont notamment exclues « les activités de jeux d'argent impliquant des mises ayant une valeur monétaire dans les jeux de hasard, y compris les loteries, les casinos et les transactions portant sur des paris »²²¹.

La Commission observe à ce propos que cette disposition exclut du champ d'application de la directive : « les jeux numériques, tels que les loteries, les billets à gratter, les jeux d'argent proposés dans des casinos ou des lieux autorisés, les services de paris, les jeux de bingo et les jeux d'argent gérés par des associations caritatives ou des organisations sans but lucratif et mis en place à leur bénéfice. En revanche, les jeux d'adresse, les appareils de jeux automatiques qui ne donnent pas de prix ou qui ne donnent des prix que sous la forme de jeux gratuits et les jeux promotionnels dont le seul but est d'encourager la vente de produits ou de services ne sont pas couverts par l'exclusion et relèvent donc des dispositions de la directive « services ». Par ailleurs, d'autres services proposés dans les casinos, comme la vente de boissons et d'aliments, ne

²¹³ J.O.U.E., n° L 376 du 27 décembre 2006, p. 36.

²¹⁴ Art. 2.1 et 4.1 de la directive 2006/123/CE, transposés en droit belge par l'art. 2, 1° de la loi du 26 mars 2010 sur les services.

²¹⁵ B. VAN ORMELINGEN, « Le domaine de la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur », *Ann. Dr. Louvain*, 2006, p. 351 (qui note qu'à la différence du T.F.U.E., la directive englobe dans sa définition de service celle d'établissement) ; M. FALLON et A.C. SIMON, « La directive 'services' : quelle contribution au marché intérieur ? », *J.T.D.E.*, 2007, n° 5, p. 34 ; Commission européenne, *Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive « services »*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 2007, p. 10 ; A.-L. SIBONY et A. DEFOSSEZ, « Liberté d'établissement et libre prestation de services », *R.T.D. eur.*, 2009, p. 511 et s.

²¹⁶ C. BARNARD, « Unravelling the services directive », *C.M.L.Rev.*, 2008, p. 334.

²¹⁷ Considérant n° 76 de la directive 2006/123/CE.

²¹⁸ Commission européenne, *Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive « services »*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 2007, p. 14.

²¹⁹ Cf. en particulier l'A.R. du 18 juin 2003 relatif à l'exploitation des attractions foraines (*M.B.*, 17 juillet 2003). La conformité de cet arrêté au droit matériel européen n'est pas examinée ici.

²²⁰ Cf. en particulier les art. 2, 3 et 17 de la directive 2006/123/CE, transposés en droit belge par les art. 2, 3 et 16 de la loi du 26 mars 2010 sur les services.

²²¹ Art. 2.2, h) de la directive 2006/123/CE, transposé en droit belge par l'art. 3, § 1, 8° de la loi du 26 mars 2010 sur les services.

ADMINISTRATION PUBLIQUE

sont pas couverts par l'exclusion et doivent donc être couverts par les mesures de mise en œuvre »²²².

B) RÉGIME D'AUTORISATION (ART. 9 DE LA DIRECTIVE)

68. La directive 2006/123/CE définit le régime d'autorisation comme « *toute procédure qui a pour effet d'obliger un prestataire ou un destinataire à faire une démarche auprès d'une autorité compétente en vue d'obtenir un acte formel ou une décision implicite relative à l'accès à une activité de service ou à son exercice* »²²³.

69. Le régime d'autorisation ainsi défini n'est toléré par la directive que s'il n'est pas discriminatoire, s'il poursuit un objectif d'intérêt général et s'il est conforme au principe de proportionnalité²²⁴.

En outre, l'autorisation doit être délivrée selon des critères non discriminatoires, justifiés par un objectif d'intérêt général, conformes au principe de proportionnalité, clairs, objectifs, publiés à l'avance, transparents et accessibles ; ces critères ne peuvent pas faire double emploi avec des mesures applicables au prestataire dans son État d'origine²²⁵ (n° 61).

Enfin, la directive 2006/123/CE énonce que, « *lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables, [l'État délivrant l'autorisation doit organiser] une procédure de sélection entre les candidats potentiels prévoyant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment la publicité adéquate de l'ouverture de la procédure, de son déroulement et de sa clôture doit être organisée* »²²⁶. Des éléments de la loi du 25 juin 1993 rejoignent cet aspect du droit dérivé (n° 32), lui-même inspiré à

²²² Commission européenne, *Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive « services »*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 2007, p. 13. À noter que la vente de boissons et d'aliments ne peut relever de la libre prestation de services (et de la directive 2006/123/CE) que si elle est accessoire par rapport à une prestation de service. À défaut, elle relève de la libre circulation des marchandises et échappe donc au champ d'application de la directive 2006/123/CE – cf. ci-dessus dans le corps de texte.

²²³ Art. 4.6 de la directive 2006/123/CE, transposé en droit belge par l'art. 2, 7° de la loi du 26 mars 2010 sur les services.

²²⁴ Art. 9.1 de la directive 2006/123/CE, transposé en droit belge par l'art. 4, al. 1 de la loi du 26 mars 2010 sur les services.

²²⁵ Art. 10.2 et 10.3 de la directive 2006/123/CE, transposés en droit belge par les art. 5 et 7 de la loi du 26 mars 2010 sur les services.

²²⁶ Art. 12.1 de la directive 2006/123/CE, transposé en droit belge par l'art. 13 de la loi du 26 mars 2010 sur les services.

cet égard par l'obligation générale de concurrence du droit primaire²²⁷ (n° 52).

Tout ceci « *reproduit exactement les termes généraux du régime des entraves du droit primaire* »²²⁸.

C) EXIGENCES (ART. 16 DE LA DIRECTIVE)

70. La directive 2006/123/CE définit les exigences comme « *toute obligation, interdiction, condition ou limite prévue dans les dispositions législatives, réglementaires ou administratives des États membres ou découlant de la jurisprudence, des pratiques administratives, des règles des ordres professionnels ou des règles collectives d'associations professionnelles ou autres organisations professionnelles adoptées dans l'exercice de leur autonomie juridique* »²²⁹.

La directive interdit toute exigence ainsi définie s'appliquant à « *l'accès à une activité de service ou [à] son exercice* »²³⁰, sauf si ladite exigence est non discriminatoire, nécessaire, conforme au principe de proportionnalité et justifiée « *par des raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement* »²³¹.

La Commission observe à ce propos que « *les expressions « ordre public », « sécurité publique » et « santé publique » sont des notions de droit communautaire découlant directement de l'article [52 du T.F.U.E. (ex art. 46 du T.C.E.)]. Ces notions ont constamment été interprétées de manière restrictive par la Cour de justice comme impliquant l'existence d'une menace réelle et grave affectant un intérêt fondamental de la société. Il appartient à l'État membre invoquant ces objectifs d'intérêt général de démontrer les risques encourus* »²³². Ceci est conforme à la jurisprudence de la Cour de Justice à ce propos²³³ (n° 56).

²²⁷ A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire – Analyse critique d'un système*, Larcier, Bruxelles, 2006, n° 84-85, pp. 104-108 et n° 356-357, pp. 380-382 ; D. D'HOOGHE et S. JOCHEMS, « De gunning van overheidscontracten in het algemeen », in *De gunning van overheidsopdrachten*, La Chartre, Bruges, 2009, pp. 57-76.

²²⁸ M. FALLON et A.C. SIMON, « La directive 'services' : quelle contribution au marché intérieur ? », *J.T.D.E.*, 2007, n° 25, p. 39. Dans le même sens : C. BARNARD, « Unravelling the services directive », *C.M.L.Rev.*, 2008, p. 353, p. 359 et p. 393. Cf. également l'art. 10.2 b), l'art. 4.8 et le considérant n° 40 de la directive 2006/123/CE – les deux dispositions étant transposées en droit belge par l'art. 5, al. 2, 2° et par l'art. 2, 9° de la loi du 26 mars 2010 sur les services.

²²⁹ Art. 4.7 de la directive 2006/123/CE, transposé en droit belge par l'art. 2, 8° de la loi du 26 mars 2010 sur les services.

²³⁰ Art. 16.1 de la directive 2006/123/CE, transposé en droit belge par l'art. 15, § 1 de la loi du 26 mars 2010 sur les services.

²³¹ Art. 16.1, al. 3, b et art. 16.3 de la directive 2006/123/CE, transposés en droit belge par l'art. 15, § 1, 2° de la loi du 26 mars 2010 sur les services.

²³² Commission européenne, *Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive « services »*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 2007, p. 40.

²³³ À noter toutefois que le considérant 41 de la directive 2006/123/CE inclut le bien-être des animaux dans la notion d'« ordre public ».

En revanche, l'énumération des causes de justification par l'article 16 de la directive pose question. Selon la Commission²³⁴, aucun autre objectif d'intérêt général ne peut justifier une exigence au sens de la directive 2006/123/CE (c.à.d. une entrave à la libre prestation de services) ; l'article 16 de la directive limiterait donc les causes de justification et exclurait les « raisons impérieuses d'intérêt général » telles que définies par la jurisprudence de la Cour de Justice.

La doctrine est moins catégorique et l'on peut observer que :

- la Cour de Justice fonde sa jurisprudence en matière de « raisons impérieuses d'intérêt général » sur ce qui est aujourd'hui le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Ces causes de justification font donc partie intégrante du droit primaire (le Traité, tel qu'interprété par la Cour de Justice) ;
- la jurisprudence de la Cour de Justice en matière de « raisons impérieuses d'intérêt général » a été élaborée alors qu'aucune disposition expresse ne figurait dans ce qui est aujourd'hui le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Partant, le libellé de l'article 16 de la directive pourrait ne pas empêcher d'invoquer d'autres causes de justification que celles qui y figurent expressément ;
- le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tel qu'interprété par la Cour de Justice, occupe en principe un rang supérieur à celui du droit dérivé (dont fait partie la directive 2006/123/CE). Le droit dérivé est donc en principe soumis au droit primaire (le T.F.U.E. tel qu'interprété par la Cour de Justice)²³⁵. La directive 2006/123/CE le confirme clairement lorsqu'elle énonce que les « États membres appliquent les dispositions de la présente directive conformément aux règles du traité régissant le droit d'établissement et la libre circulation des services »²³⁶. Par ailleurs, plusieurs considérants de la directive 2006/123/CE tendent à présenter le régime prévu par celle-ci comme une confirmation de la jurisprudence de la Cour de Justice²³⁷ ;

²³⁴ Commission européenne, *Manuel...*, op. cit., p. 40.

²³⁵ M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2^e éd., 2002, p. 136 : « le droit dérivé doit s'interpréter d'une manière compatible avec le droit primaire ». Pour une analyse approfondie, cf. K.E. SORENSEN, « Reconciling secondary legislation and the Treaty rights of free movement », *E.L.R.*, 2011, pp. 339-361.

²³⁶ Art. 3.3 de la directive 2006/123/CE, non repris dans la loi du 26 mars 2010 sur les services.

²³⁷ Considérants n° 23, 34, 37, 40, 41, 56, 69, 71, 77, 79, 82 et 89 de la directive 2006/123/CE. Cf. également : Commission européenne, *Manuel...*, op. cit., dans lequel la Commission se réfère abondamment à la jurisprudence de la Cour de Justice pour interpréter la directive 2006/123/CE.

- la jurisprudence de la Cour de Justice amalgame parfois les deux catégories de justifications : elle qualifie ainsi la protection de la santé publique de raison impérieuse d'intérêt général²³⁸, alors que celle-ci figure dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne²³⁹ ;
- les causes de justifications retenues par l'article 16 de la directive 2006/123/CE posent question : la protection de l'environnement ne figure pas parmi les objectifs d'intérêt général expressément prévus par le Traité. En revanche, parmi les causes de justification non retenues, la protection des consommateurs est un objectif d'intérêt général auquel la Cour de Justice se montre souvent sensible : est-il possible de s'en passer ?

Il reviendra en définitive à la Cour de Justice de trancher cette question de la limitation des causes de justification. Des auteurs soutiennent certes que la limitation des causes de justification par la directive 2006/123/CE est conforme au Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne²⁴⁰, mais d'autres estiment en revanche (et à juste titre selon nous) que la circonstance que la directive 2006/123/CE ne réalise pas une harmonisation complète des matières qu'elle régit, devrait conduire la Cour à admettre qu'une « exigence » (entrave) soit justifiée par des « raisons impérieuses d'intérêt général » – en dépit donc du libellé de l'article 16 de la directive tel qu'il est lu par la Commission²⁴¹.

²³⁸ Cf. par exemple : C.J.U.E., 19 mai 2009, *Commission c. Italie*, C-531/06, *Rec.*, 2009, p. I-04103, point 51 ; C.J.U.E., 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes*, aff. jointes C-171/07 et C-172/07, *Rec.*, 2009, p. I-04171, point 27.

²³⁹ Art. 36 et 52 du T.F.U.E. (ex art. 30 et 46 du T.C.E.).

²⁴⁰ K. PEGLOW, « La libre prestation de services dans la directive n° 2006/123/CE – Réflexion sur l'insertion de la directive dans le droit communautaire existant », *R.T.D.eur.*, 2008, p. 67 et s (spéc. paragraphe n° 70) ; S. D'ACUNTO, « Directive Services (2006/123/CE) : radiographie juridique en dix points », *R.D.U.E.*, 2007, p. 269 et p. 302 (A noter cependant que M. D'Acunto est chef adjoint à la D.G. Marché intérieur et services de la Commission européenne ; il n'est pas surprenant que son interprétation rejoigne celle de la Commission dans son *Manuel relatif à la transposition de la directive « services »*, précité).

²⁴¹ V. HATZOPOULOS, « Que reste-il de la directive sur les services ? », *C.D.E.*, 2007, p. 324 ; *Ib idem*, « Assessing the Services Directive (2006/123/EC) », in C. BARNARD (dir.), *The Cambridge yearbook of European law*, 2008, Hart publishing, Oxford, p. 245, note 170 ; Ch. LEMAIRE, « La directive, la liberté d'établissement et la libre prestation de services. Confirmations, innovations », *Europe*, 2007, p. 21 (cité par HATZOPOULOS, op. cit., *C.D.E.*, 2007, p. 324, note 76). Dans le même sens, mais de manière plus hésitante : C. BARNARD, « Unravelling the services directive », *C.M.L.Rev.*, 2008, p. 367 ; M. FALLON et A.C. SIMON, « La directive 'services' : quelle contribution au marché intérieur ? », *J.T.D.E.*, 2007, n° 34, p. 42. Comp. G. DAVIES, « The Services Directive : extending the country of origin principle, and reforming public administration », *E.L. Rev.*, 2007, pp. 234-236.

D) EXCLUSION

71. La portée potentiellement très large des notions de services, de régime d'autorisation et d'exigences dans la directive 2006/123/CE pouvait conduire à contester des mesures n'ayant jamais été perçues comme devant être remises en cause par le droit européen. Ainsi, l'obligation de conduire à droite en Europe continentale aurait pu, à strictement parler, être analysée comme une entrave à la libre prestation de services des conducteurs britanniques²⁴². Le considérant n° 9 de la directive 2006/123/CE a donc été inséré afin de préciser les contours de la libre prestation de services : « *La présente directive s'applique exclusivement aux exigences qui affectent l'accès à une activité de service ou l'exercice d'une telle activité. Il s'ensuit qu'elle ne s'applique pas aux exigences telles que les règles de la circulation routière, la réglementation en matière d'aménagement ou de développement du territoire, la réglementation relative à l'aménagement des zones urbaines et rurales, les normes en matière de construction, ainsi que les sanctions administratives infligées en cas de non-respect de ces règles qui ne réglementent pas ou n'affectent pas spécifiquement l'activité de service, mais doivent être respectées par les prestataires dans l'exercice de leur activité économique, de la même façon que par des personnes agissant à titre privé* ».

L'exclusion n'est toutefois pas dénuée d'incertitudes, car selon la Commission : « *Il est toutefois clair que le simple fait que des règles soient qualifiées d'une manière spécifique, par exemple de règles relatives à l'« aménagement urbain », ou que des exigences soient formulées de manière générale, c'est-à-dire qu'elles ne visent pas spécifiquement des prestataires de services, ne suffit pas à conclure qu'elles ne relèvent pas du champ d'application de la directive « services ». En fait, l'effet réel de ces exigences doit être apprécié pour déterminer si elles sont de nature générale ou non. Dès lors, les États membres, lors de la mise en œuvre de la directive, doivent tenir compte du fait que la législation qualifiée d'« aménagement urbain » ou de « normes de construction » peut contenir des exigences qui réglementent spécifiquement des activités de services et sont donc couvertes par la directive « services ». À titre d'exemple, des*

²⁴² Exemple proposé par : C. BARNARD, « Unravelling the services directive », *C.M.L.Rev.*, 2008, pp. 336-337, qui rappelle que la difficulté de tracer les limites raisonnables de notions définies de manière très large est connue : c'est elle qui est à la source de la jurisprudence Keck évoquée plus haut (n° 40).

règles sur la superficie maximale de certains établissements commerciaux, même lorsqu'elles sont contenues dans une législation générale sur l'aménagement urbain, relèveraient de la directive « services » et, partant, seraient couvertes par les obligations visées dans le chapitre de la directive consacré à l'établissement »²⁴³.

IV.B. APPLICATION AU CAS D'ESPÈCE

A) SERVICES, PAS MARCHANDISES

72. En l'occurrence, les mesures examinées (n° 34) sont soumises à la directive 2006/123/CE lorsqu'elles concernent des activités de services. Tel est le cas lorsqu'elles s'appliquent à des marchands ambulants proposant des *services* – et non à ceux proposant des *marchandises* (n° 36).

Ces mesures pourraient certes relever du domaine de la circulation routière et/ou du domaine de l'aménagement urbain (n° 58), tous deux exclus du champ d'application de la directive 2006/123/CE par son considérant n° 9 (n° 71). Encore faut-il que les mesures examinées ici s'appliquent à toute personne, y compris à « *des personnes agissant à titre privé* » comme le requiert le considérant précité. Or, les mesures examinées affectent spécifiquement l'activité de services des marchands ambulants (insistons-y, uniquement ceux qui proposent des *services*) ; elles ne paraissent donc pas pouvoir bénéficier de l'exclusion inscrite au considérant n° 9.

B) RÉGIME D'AUTORISATION

73. Deux des mesures examinées (n° 34) constituent une forme de régime d'autorisation au sens de la directive 2006/123/CE²⁴⁴ :

- la *mesure d'autorisation préalable* (interdiction d'exercer ces activités sans avoir obtenu une autorisation délivrée par la commune ou par le guichet d'entreprises), évidemment ; et
- la *mesure d'interdiction pour les activités hors du marché* (interdiction d'exercer des activités de commerce ambulant (i) en dehors de périodes définies et/ou (ii) en dehors de zones géographiques définies et/ou (iii) en dehors du

²⁴³ Commission européenne, *Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive « services »*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 2007, p. 15

²⁴⁴ Art. 4.6 de la directive 2006/123/CE, transposé en droit belge par l'art. 2, 7° de la loi du 26 mars 2010 sur les services : on entend par « *régime d'autorisation* : toute procédure qui a pour effet d'obliger un prestataire ou un destinataire à faire une démarche auprès d'une autorité compétente en vue d'obtenir un acte formel ou une décision implicite relative à l'accès à une activité de service ou à son exercice ».

marché communal), également, mais uniquement en ce que le marchand ambulant est tenu de s'adresser à la commune ou à l'entreprise organisatrice du marché communal pour obtenir un emplacement au sein de celui-ci.

Comme indiqué ci-dessus (n° 69), la directive 2006/123/CE rejoint en la matière le régime découlant de la jurisprudence de la Cour de Justice. Les solutions déduites par la Cour de Justice de ce qui est aujourd'hui le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et que nous avons examinées ci-dessus (sections II et III), trouvent donc à s'appliquer également sous l'empire de la directive 2006/123/CE.

C) EXIGENCES

74. La directive 2006/123/CE prohibe les exigences visant « l'accès à une activité de service ou son exercice », qui sont discriminatoires, superflues et disproportionnées²⁴⁵. La notion d'exigence est définie très largement par la directive²⁴⁶, et peut donc s'appliquer aux interdictions que sont les mesures examinées (n° 34).

Toutes ces mesures répondent en effet à la définition (extrêmement large) d'exigence au sens de la directive et s'appliquent à l'accès ou à l'exercice de l'activité des marchands ambulants proposant des services. Les mesures examinées ne devraient en principe pas être jugées discriminatoires (n° 53) ni superflues/dysproportionnées – sauf la mesure d'interdiction totale (n° 61). Un examen à la lumière des modalités concrètes prévues par le règlement communal est cependant requis et peut aboutir à la conclusion que les mesures examinées constituent des exigences interdites par la directive 2006/123/CE.

75. Le cas échéant, ce dernier constat ne sera pas anodin, puisque – contrairement à ce qu'elle prévoit pour les régimes d'autorisation – la directive 2006/123/CE limite les causes de justification susceptibles d'être invoquées : les raisons impérieuses d'intérêt général ne sont pas mentionnées par l'article 16.3 de la directive, qui ne cite que les « *raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement* ». On a vu ci-dessus que cette limitation des causes de justification était contestée en doctrine (n° 70). Outre ces critiques,

²⁴⁵ Art. 16.1, al. 3 de la directive 2006/123/CE, transposé en droit belge par l'art. 15, § 1 de la loi du 26 mars 2010 sur les services.

²⁴⁶ On entend par exigence « toute obligation, interdiction, condition ou limite prévue dans les dispositions législatives, réglementaires ou administratives des États membres ou découlant de la jurisprudence, des pratiques administratives... » (Art. 4.7 de la directive 2006/123/CE, transposé en droit belge par l'art. 2, 8° de la loi du 26 mars 2010 sur les services).

plusieurs arguments nous paraissent en l'occurrence militer en faveur de l'application – sous l'empire de la directive 2006/123/CE – des mêmes solutions que celles découlant du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (n° 58).

D'une part, dès qu'une mesure peut être qualifiée de régime d'autorisation (n° 68), elle doit échapper à la qualification d'exigence au sens de la directive 2006/123/CE. Nous en voulons pour preuve le fait que l'article 16.2, b) (applicable aux exigences) interdit les « *l'obligation pour le prestataire d'obtenir une autorisation de leurs autorités compétentes (...)* sauf dans les cas visés par la présente directive ou par d'autres instruments de la législation communautaire » (nous soulignons). En d'autres termes, l'interdiction des exigences applicables à l'accès ou à l'exercice d'activités de service (art. 16 de la directive) ne s'applique pas aux régimes d'autorisation validés par la directive (art. 9 de la directive). Puisque le régime applicable en droit belge a été qualifié par la Cour de Justice de régime d'autorisation²⁴⁷, cette qualification s'impose également sous l'empire de la directive 2006/123/CE et la loi du 25 juin 1993 ne peut être qualifiée d'exigence au sens de cette directive.

D'autre part, les arguments soulevés par la doctrine à l'encontre de la limitation par la directive 2006/123/CE des causes de justification (hiérarchie des normes : le T.F.U.E. tel qu'interprété par la Cour de Justice prime sur une norme de droit dérivé ; absence de norme explicite dans le T.F.U.E. fondant la jurisprudence sur les « raisons impérieuses d'intérêt général » ; etc.) militent en faveur de la possibilité d'invoquer les « raisons impérieuses d'intérêt général », en dépit du libellé de l'article 16 de la directive tel qu'il est lu par la Commission.

IV.C. LA LOI DU 25 JUIN 1993 ET LA DIRECTIVE 2006/123/CE

76. On notera déjà que les motifs « *d'ordre public, de santé publique ou de protection du consommateur* » au sens de la loi du 25 juin 1993²⁴⁸ (telle qu'amendée en 2005) n'ont rien à voir avec les raisons « *d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement* » de la directive

²⁴⁷ C.J.U.E., 26 mai 2005, *Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Rec.*, 2005, p. I-4133.

²⁴⁸ Art. 6 de la loi du 25 juin 1993.

ADMINISTRATION PUBLIQUE

2006/123/CE²⁴⁹. Les expressions sont proches et servent en fin de compte toutes deux à justifier une entrave à la libre circulation, mais elles ont été adoptées à des moments distincts (la loi belge est *antérieure* à la directive) et dans des contextes radicalement différents (la loi belge vise à la fois les services *et* les marchandises, alors que la directive ne vise que les premiers) : *elles ne recouvrent donc pas les mêmes justifications d'entraves.*

77. La loi du 25 juin 1993 (n° 12) a été modifiée dans le cadre de la transposition en droit belge de la directive 2006/123/CE par une loi du 22 décembre 2009²⁵⁰ ; la modification est entrée en vigueur le 28 décembre 2009²⁵¹.

Cette modification législative récente n'a pas touché aux motifs « *d'ordre public, de santé publique ou de protection du consommateur* » au sens de la loi du 25 juin 1993²⁵².

L'exposé des motifs de la loi du 22 décembre 2009 précitée se lit comme suit :

« *L'article 9, § 4 de la loi du 25 juin 1993 sur l'exercice et l'organisation des activités ambulantes et foraines offre à la commune l'opportunité de se doter sur son domaine public d'un commerce de proximité alternatif venant compléter l'offre du commerce sédentaire en fonction des besoins spécifiques du lieu et de l'infrastructure commerciale existante.*

Sur cette base, la commune peut refuser l'autorisation d'exercice de l'activité sollicitée si celle-ci est de nature à mettre en péril l'offre commerciale ou foraine existante, ce qui est contraire à l'article 14, 5° de la directive services 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur »²⁵³.

²⁴⁹ Art. 16.1, al. 3, b et art. 16.3 de la directive 2006/123/CE, transposés en droit belge par l'art. 15, § 1, 2° de la loi du 26 mars 2010 sur les services. On a vu ci-dessus que cette disposition limite les causes de justification des entraves et que cette limitation est controversée (n° 70).

²⁵⁰ Loi du 22 décembre 2009 adaptant certaines législations à la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur (M.B., 29 décembre 2009). Il s'agit de l'une des trois mesures de transposition adoptées par le législateur belge, la principale d'entre elles étant la loi du 26 mars 2010 sur les services (M.B., 30 avril 2010). Sur cette loi, cf. E. PIETERS, « La loi du 26 mars 2010 sur les services », R.D.C., 2010, pp. 745-768.

²⁵¹ Art. 10 et 19 de la loi du 22 décembre 2009.

²⁵² Art. 6 de la loi du 25 juin 1993, tel qu'inséré par l'art. 9 de la loi 4 juillet 2005 modifiant la loi du 25 juin 1993 sur l'exercice d'activités ambulantes et l'organisation des marchés publics.

²⁵³ Loi du 22 décembre 2009, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2009-2010, n° 52-2275/001, pp. 9-10.

« *L'article 10bis de la loi du 25 juin 1993 sur l'exercice et l'organisation des activités ambulantes et foraines offre à la commune l'opportunité d'autoriser sur des lieux privés d'un commerce de proximité alternatif venant compléter l'offre du commerce sédentaire en fonction des besoins spécifiques du lieu et de l'infrastructure commerciale existante.*

Sur cette base, la commune peut refuser l'autorisation d'exercice de l'activité sollicitée si celle-ci est de nature à mettre en péril l'offre commerciale ou foraine existante, ce qui est contraire à l'article 14, 5° de la directive services 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur »²⁵⁴.

78. L'article 14, 5° de la directive 2006/123/CE interdit toute exigence prévoyant :

« *l'application au cas par cas d'un test économique consistant à subordonner l'octroi de l'autorisation à la preuve de l'existence d'un besoin économique ou d'une demande du marché, à évaluer les effets économiques potentiels ou actuels de l'activité ou à évaluer l'adéquation de l'activité avec les objectifs de programmation économique fixés par l'autorité compétente ; cette interdiction ne concerne pas les exigences en matière de programmation qui ne poursuivent pas des objectifs de nature économique mais relèvent de raisons impérieuses d'intérêt général* ».

La Commission précise à propos de l'article 14, 5° de la directive 2006/123/CE que :

« *Certains États membres appliquent des tests économiques, notamment dans le secteur du commerce (par exemple, pour l'ouverture de supermarchés, de centres commerciaux, etc.) et ils imposent souvent aux prestataires de procéder à des études coûteuses en temps et en argent dont le résultat est généralement incertain. Ces tests sont extrêmement contraignants pour les prestataires et peuvent ouvrir la porte à des résultats particulièrement arbitraires. Ils retardent considérablement l'établissement des prestataires, quand ils n'empêchent pas totalement l'établissement de nouveaux opérateurs. Dans la pratique, ces régimes obligent souvent les prestataires à fournir des données telles que les prévisions en matière d'offre et de demande, l'impact*

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 10.

économique de la nouvelle entreprise sur les opérateurs déjà présents sur le marché local ou la part de marché existante du prestataire dans un territoire donné, etc. »²⁵⁵.

En réalité, ces tests économiques aboutissent à une entrave fondée sur un motif économique (protectionniste) : la protection d'une certaine catégorie d'opérateurs économiques. Or, la Cour de Justice sanctionnait déjà ce type d'entrave sur la base du Traité, soit bien avant l'adoption de la directive 2006/123/CE et bien au-delà de la seule libre prestation de services²⁵⁶ (La Commission l'observe elle-même²⁵⁷). Il s'en déduit que la suppression en 2009 du test économique organisé par la loi du 25 juin 1993 met tout simplement ce pan du droit belge en conformité avec le droit européen primaire.

IV.D. CONCLUSION SUR LA DIRECTIVE 2006/123/CE

79. Si l'on opte pour une application cumulée des régimes de libre circulation des marchandises et de libre prestation des services au marché communal, il faut constater que plusieurs des mesures examinées (n° 34) répondent à la qualification de « régime d'autorisation » au sens de la directive 2006/123/CE. Celle-ci les soumet en fin de compte aux mêmes contraintes que la jurisprudence de la Cour : elles peuvent donc être justifiées par les mêmes raisons impérieuses d'intérêt général que sous le droit primaire (n° 58).

Par ailleurs, toutes les mesures examinées sont susceptibles de constituer des « exigences » au sens de la directive 2006/123/CE. Celle-ci interdit les exigences discriminatoires, superflues et disproportionnées, et restreint les objectifs d'intérêt général susceptibles d'être invoqués pour justifier de telles exigences. Or, les mesures examinées devraient en principe être considérées

²⁵⁵ Commission européenne, *Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive « services »*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 2007, p. 33.

²⁵⁶ C.J.U.E., 19 décembre 1961, *Commission c. Italie*, 7/61, *Rec.*, 1961, p. 317 ; C.J.U.E., 7 février 1984, *Duphar*, 238/82, *Rec.*, 1984, p. 523 ; C.J.U.E., 16 décembre 1992, *Commission c. Belgique*, C-211/91, *Rec.*, 1992, p. I-6757 ; C.J.U.E., 5 juin 1997, *SETTG c. Ypourgos Ergasias*, C-398/95, *Rec.*, 1997, p. I-3091 ; C.J.U.E., 4 juin 2002, *Commission c. Portugal*, C-367/98, *Rec.*, 2002 p. I-04731. Néanmoins, la Cour de Justice admet que des objectifs de caractère non économique (sécurité nationale, protection de l'environnement, etc.) soient poursuivis au moyen de mesures économiques (C.J.U.E., 10 juillet 1984, *Campus Oil*, 72/83, *Rec.*, 1984, p. 2727 ; C.J.U.E., 13 mars 2001, *Preussen Elektra*, C-379/98, *Rec.*, 2001, p. I-2099).

²⁵⁷ Commission européenne, *Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive « services »*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 2007, p. 33.

comme non discriminatoires et non superflues/disproportionnées – sous réserve cependant d'un examen des modalités concrètes prévues par le règlement communal. Au demeurant, pour les motifs exposés ci-dessus, nous estimons que la restriction des objectifs d'intérêt général susceptibles d'être invoqués peut être contournée : à nouveau, les mesures examinées peuvent être selon nous justifiées par les mêmes raisons impérieuses d'intérêt général que sous le droit primaire (n° 58).

Les mesures examinées peuvent donc être considérées comme conformes à la directive 2006/123/CE – à l'exception probable de la mesure d'interdiction totale et sous réserve d'un examen des modalités concrètes prévues par le règlement communal.

V. CONCLUSION GÉNÉRALE

80. L'antagonisme entre le souhait de certains opérateurs économiques de bénéficier de davantage de liberté d'entreprendre et la volonté des pouvoirs publics (éventuellement soutenus par les opérateurs économiques qu'ils protègent) de conserver leur domaine d'influence, traverse toute la question de l'interdiction ou de la justification des entraves à la libre circulation consacrée par le droit européen. Cet antagonisme se double de considérations non mercantiles (tranquillité publique, partage de l'espace public, etc.) qui fondent le régime de justification des entraves interdites. Ces éléments se retrouvent également, en droit interne, dans la quête d'un compromis entre le pouvoir de police administrative de la commune, la liberté de commerce et d'industrie et la liberté constitutionnelle d'aller et venir ; le commerce ambulancier en constitue une illustration parfaite.

Le droit interne permet à une commune d'intervenir en la matière, aux conditions prévues par la nouvelle loi communale et par la loi du 25 juin 1993 (pouvoirs de police administrative – générale ou spéciale, selon le cas).

81. Le droit européen ne remet pas ce pouvoir d'intervention en cause, mais impose à la commune d'invoquer une (ou plusieurs) raison(s) impérieuse(s) d'intérêt général lorsqu'elle restreint l'exercice d'activités ambulantes sur son territoire (obligation de motivation matérielle).

L'examen du droit primaire a certes mis en lumière des discordances selon que la mesure examinée relève de la libre circulation des marchandises ou des services. Dans le premier cas,

ADMINISTRATION PUBLIQUE

elle échappe au domaine de la libre circulation parce qu'elle est qualifiée de mesure relative à une modalité de vente au sens de la jurisprudence Keck ; dans le second, elle n'échappe pas au domaine de la libre circulation, mais n'est pas interdite parce qu'elle est justifiée. Néanmoins, le résultat concret obtenu est identique dans les deux cas : la mesure n'est pas contraire au droit européen.

La directive 2006/123/CE n'affecte pas ce résultat. Cette directive ne s'applique en tout cas qu'aux mesures visant des *services*, et non des marchandises. En outre, la directive reproduit, s'agissant des régimes d'autorisation, le droit primaire tel qu'interprété par la Cour de Justice. Or, comme on vient de le rappeler, les mesures examinées peuvent en principe être considérées comme conformes au droit primaire. Par ailleurs, les exigences au sens de la directive 2006/123/CE que constituent les mesures examinées ne paraissent pas discriminatoires, superflues ou disproportionnées ; elles ne sont donc nullement interdites par la directive ou, à tout le moins, sont susceptibles d'être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général.

Ces conclusions doivent bien entendu être vérifiées lors d'un examen des modalités concrètes prévues par le règlement communal.

82. Il s'ensuit notamment qu'une commune peut réglementer le commerce ambulant s'exer-

çant depuis un emplacement sédentaire temporaire sur le domaine public communal. Elle peut ainsi organiser un marché communal et interdire l'exercice d'activités ambulantes sédentaires en dehors de ce marché pour des motifs touchant notamment à la sécurité routière, à la prévention de la fraude – voire à la lutte contre la criminalité –, à la protection des droits de propriété intellectuelle, à la protection des consommateurs, à la lutte contre la concurrence déloyale et à la politique d'aménagement du territoire. Rappelons à cet égard que la Cour de Justice elle-même a souligné la contribution d'un marché à l'intérêt général :

« l'organisateur de telles manifestations, en réunissant en un même lieu géographique des fabricants et des commerçants, n'agit pas seulement dans l'intérêt particulier de ces derniers, qui bénéficient ainsi d'un espace de promotion pour leurs produits et marchandises, mais il procure également aux consommateurs qui fréquentent ces manifestations une information permettant à ceux-ci d'effectuer leurs choix dans des conditions optimales. L'impulsion pour les échanges qui en résulte peut être considérée comme relevant de l'intérêt général »²⁵⁸.

²⁵⁸ C.J.U.E., 10 mai 2001, *Agorà e.a.*, aff. jointes C-223/99 et C-260/99, *Rec.*, 2001, p. I-03605, point 34.