

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3710/2008-CM

ATA/308/2009

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 23 juin 2009

dans la cause

Monsieur Carmelo FORTUGNO

représenté par Me Christophe Zellweger, avocat

contre

VILLE DE CAROUGE

représentée par Me Jean-Pierre Carera, avocat

EN FAIT

1. Le 9 septembre 2008, Monsieur Carmelo Fortugno a déposé une demande d'occupation du domaine public auprès de la Ville Carouge. Il souhaitait installer un camion équipé pour la vente à l'emporter de sandwiches, boissons, viennoiseries, etc. sur un emplacement situé à la rue Plaisance, en zone industrielle. Il sollicitait l'occupation d'une surface de 11, 2 m².

Il avait effectué un essai concluant de trois jours et estimait que son offre satisfaisait la demande des employés travaillant dans les nombreuses entreprises de la zone industrielle et ne disposant pas d'autre point de vente proche.

Il était titulaire d'une carte de vendeur itinérant mais était sans travail depuis le mois de juin 2008, suite à la fermeture de la buvette provisoire du collège Aimée Stitelman et de celle de l'Ecole de commerce du Rolliet, pour lesquelles il avait bénéficié d'une concession d'exploitation. Il était divorcé et avait un enfant mineur dont il assumait seul la garde.

2. Le 10 septembre 2008, le chef du service de la sécurité publique de la Ville de Carouge a refusé l'octroi de la permission pour la vente sur le domaine public.

A l'exception des marchés, des manifestations, stands de glace et ventes de marrons, la vente sur le domaine public n'était pas autorisée. M. Fortugno pouvait solliciter l'octroi d'un emplacement fixe au marché du samedi matin et/ou de participer au marché du mercredi matin, jusqu'à 14 heures.

La décision n'indiquait aucun délai ni voie de recours.

3. Le 13 octobre 2008, M. Fortugno a recouru auprès du Tribunal administratif contre cette décision, reçue le 12 septembre 2008, en concluant à son annulation et à la délivrance de l'autorisation requise ainsi qu'au versement d'une indemnité de procédure.

- a. La Ville de Carouge justifiait son refus par sa pratique sans aucune considération pour les particularités du cas d'espèce. La restriction apportée à la liberté économique ne reposait sur aucun intérêt public.

- b. Exerçant la profession de marchand itinérant, la permission de faire usage du domaine public constituait une condition indispensable à l'exercice de son métier. A cet intérêt privé s'ajoutait l'intérêt des employés travaillant dans le secteur et ne disposant pas de point de restauration. L'emplacement convoité n'était revendiqué par personne et ne gênait pas le passage. La décision était disproportionnée.

c. Le principe de l'égalité de traitement était également violé. La restauration en plein air comprenait aussi bien la vente de sandwichs que celle de marrons ou de glaces. La Ville de Carouge avait une attitude discriminatoire en refusant de délivrer la permission demandée.

4. Le 13 novembre 2008, la Ville de Carouge a répondu au recours en concluant à son rejet.

Au cours des dernières années, elle avait opposé des refus à six demandes similaires en date des 3 février et 22 novembre 2006, 24 juillet 2007, 18 mars, 23 mai et 8 août 2008.

La vente de boissons et de nourriture sur le domaine public était réservée au marché tenu chaque mercredi matin et samedi matin sur la place du Marché. La seule exception se rapportait aux ventes saisonnières de glaces et de marrons, sous réserve des manifestations organisées dans les rues de la Ville. Il n'était pas envisagé d'autoriser la vente au moyen de véhicules ou de roulottes stationnées sur le domaine public, afin d'éviter la prolifération de telles activités susceptibles d'encombrer les rues de la commune. Du début mars à fin octobre, une grande partie du domaine public était occupée par les terrasses des restaurants. Les demandes d'usages accrus étaient nombreuses pour les écoles, les associations, les partis politiques. Il n'était pas envisageable d'étendre l'utilisation du domaine public à la vente de nourriture ou de boissons. La Ville de Carouge entendait privilégier les demandes portant sur des activités exercées à but idéal plutôt qu'à but commercial.

Selon la jurisprudence, l'usage accru du domaine public soumis à autorisation, était conforme à la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst - RS 101). Le refus d'octroyer une autorisation devait s'analyser comme une restriction à la liberté économique reposant sur des critères objectifs, respectant le principe de la proportionnalité et répondant à un intérêt public.

La pratique en la matière était constante et les refus systématiques, comme l'attestaient les décisions produites. En accordant une permission à M. Fortugno, un nombre indéterminé de candidats serait susceptible d'invoquer cette décision comme un précédent. Une telle prolifération de stands de toutes sortes dans les rues de Carouge était incompatible avec une saine gestion du domaine public.

5. Entendues en audience de comparution le 16 janvier 2009 par le juge délégué, les parties ont confirmé leur position.

a. M. Fortugno a précisé que l'emplacement choisi était situé partiellement sur le domaine public et partiellement sur la propriété de l'entreprise Bosson combustibles. Il ne projetait pas de laisser le camion à demeure mais seulement de

stationner du lundi au vendredi pendant les horaires des bureaux. Le camion avait une longueur de 5,6 m et une largeur de 2m. La surface de vente était de 6 m². La rue choisie n'était pas passante. Il n'avait pas déposé de demande dans d'autres communes. Le vendeur de glace de la place du Marché vendait également des sandwiches, des salades et des boissons.

b. La Ville de Carouge a indiqué que la requête posait un problème de cheminement puisque le camion était stationné sur le trottoir et ne laissait pas un passage d'un mètre cinquante. Il était vrai que des places de parcs en épis étaient situées sur le trottoir, empêchant le cheminement, à côté de l'emplacement choisi sur lequel il n'y avait pas de case de stationnement. Le cheminement à cet endroit était un trottoir. Si l'auvent du camion était déployé, les clients risquaient de stationner sur la chaussée. La requête de M. Fortugno était la première concernant la zone industrielle mais la pratique était la même sur tout le domaine public. Souvent les refus étaient oraux et les autorisations délivrées pour une journée, lors d'occasions ponctuelles, telles que des ventes de pâtisserie par des classes, la vente de mimosas par des associations à but caritatif, etc.

6. A l'issue de l'audience, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

Par courrier spontané du 30 mai 2009, M. Fortugno a, à nouveau, exposé sa situation personnelle et exprimé sa hâte de voir sa cause jugée.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. Le litige porte sur le refus d'une permission pour l'installation quotidienne d'un camion équipé pour la vente à l'emporter de sandwiches et boissons sur un emplacement partiellement situé sur le domaine public de la commune de Carouge.
3. Le recourant allègue en premier lieu une violation de sa liberté économique.
 - a. Toute activité lucrative privée exercée à titre professionnel qui vise à l'obtention d'un gain ou d'un revenu bénéficie de la liberté du commerce et de l'industrie, devenue la liberté économique (art. 27 Cst.). Les cantons peuvent cependant apporter à cette liberté des restrictions consistant, notamment, en des mesures de police justifiées par un intérêt public tel que la sauvegarde de la tranquillité, de la sécurité et de la moralité publiques ou encore le fait de prévenir

ou d'écarter un danger (ATF 114 Ia 36). Ces mesures de police doivent cependant reposer sur une base légale, être justifiées par un intérêt public prépondérant et, selon le principe de la proportionnalité, se limiter à ce qui est nécessaire à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis (ATF 119 Ia 59 ; 118 Ia 175 ; 117 Ia 440 ; 116 Ia 113). L'exigence d'une base légale peut être déduite du principe de la séparation des pouvoirs (A. GRISEL, *Traité de droit administratif*, 1984, p. 312 ; ATA/161/2002 précité).

b. La jurisprudence et la doctrine connaissent trois types d'usage du domaine public. Est considérée comme usage commun du domaine public l'utilisation que n'importe quelle personne peut en faire gratuitement et conformément à sa destination, sans que cet usage n'entrave ou n'exclut un usage similaire dans les mêmes conditions. L'usage accru du domaine public est caractérisé par l'exclusion de l'usage commun pour les tiers d'une certaine partie du domaine public, pour une durée déterminée ; à l'opposé de l'usage commun, cette utilisation va à l'encontre de la destination ordinaire de la chose et est soumise à autorisation. Enfin, l'usage privatif a une intensité et une durée supérieure à toute autre forme d'usage ; il n'est pas conforme à la destination ordinaire de la chose et s'oppose à l'usage commun ou à l'usage accru par les tiers de manière absolue. Il est soumis à concession et crée en faveur de son titulaire des droits acquis (cf. ATA/69/2004 du 20 janvier 2004 consid. 3).

Le stationnement sur le domaine public d'un camion équipé pour la vente à l'emporter constitue un usage accru du domaine public (ATF 77 I 279 ; F. BELLANGER, *Commerce et domaine public in Le domaine public*, p. 48 et p. 60).

4. En vertu de l'art. 13 de la loi sur le domaine public du 24 juin 1961 (LDP - L 1 05), toute utilisation du domaine public excédant l'usage commun est subordonnée à une permission.

L'art. 1 al. 2 du règlement concernant l'utilisation du domaine public du 21 décembre 1988 (RDP - L 1 10.12) reprenant, dans sa teneur du 27 janvier 1999, la jurisprudence fédérale en la matière, prévoit que, dans les limites de la loi et le respect des conditions liées à l'octroi de la permission, les particuliers disposent néanmoins d'un droit à l'utilisation du domaine public excédant l'usage commun si aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose. Ce droit est conditionnel, conformément à la jurisprudence, en ce sens qu'il n'est reconnu que dans les limites de la loi et moyennant le respect des conditions liées à l'octroi de la permission. Il ne doit en outre aller à l'encontre d'aucun intérêt prépondérant (M. HOTTELIER, *La réglementation du domaine public à Genève*, SJ 2002/II pp. 147-148). L'art. 1 al. 3 RDP précise que l'autorité compétente tient compte des intérêts légitimes du requérant, de ceux des autres usagers du domaine public et des voisins, de ceux découlant des concessions ou droits d'usage exclusif ainsi que du besoin d'animation de la zone concernée.

Les cantons ou les communes peuvent réglementer l'usage qui est fait du domaine public par les particuliers. Ainsi, ils sont en principe libres de décider par qui et à quelles conditions le domaine public peut être utilisé. Cependant, la jurisprudence a reconnu aux administrés un droit conditionnel à l'usage accru du domaine public à des fins notamment commerciales, comme l'installation d'un stand dans une foire. Une autorisation ne peut être refusée que dans le respect des droits fondamentaux, en particulier de l'égalité ainsi que de la liberté économique notamment sous l'angle de l'égalité entre concurrents (ATF 132 I 97 du 18 avril 2006 consid 2.2)

5. Le refus des autorités d'octroyer une autorisation pour un usage accru du domaine public doit s'analyser comme une restriction à la liberté économique (ATA/451/1998 du 28 juillet 1998 consid. 4). Cette restriction doit reposer sur une base légale, être motivée par un intérêt public et respecter le principe de la proportionnalité (art. 36 Cst).
6. L'art. 15 LDP, selon lequel la permission visée par l'art. 13 de la loi est accordée par l'autorité cantonale ou communale qui administre le domaine public, constitue une base légale suffisante même en l'absence de règlement formel de la Ville de Carouge (ATA/417/2007 du 28 août 2007). La compétence communale résulte en outre des art. 56 et 57 de la loi sur les routes du 28 avril 1967 (LRoutes - L 1 10) et de l'art. 1 al. 1 lettre b du règlement concernant l'utilisation du domaine public du 21 décembre 1988 (L 1 10.12), qui disposent que toute utilisation du domaine public excédant l'usage commun au sens de l'art. 13 LDP fait l'objet d'une autorisation délivrée par l'autorité communale (ATA/96/2005 du 1^{er} mars 2005).
7.
 - a. Le Tribunal fédéral a précisé en 2000 comment effectuer la pesée des intérêts dans les causes liées à l'utilisation accrue du domaine public. Le refus d'autorisation doit répondre à un intérêt public - des restrictions fondées sur des motifs de police ne sont pas les seules admissibles -, reposer sur des critères objectifs et respecter le principe de la proportionnalité (ATF 126 I 133, JdT 2001 I p. 787 ; cf. aussi ATA/69/2004 du 20 janvier 2004 ; ATA/27/2004 du 13 janvier 2004).
 - b. L'intérêt public peut viser aussi bien la nécessité de limiter un usage commercial accru ou anormal excessif du domaine public en cause que les intérêts des tiers à pouvoir utiliser le domaine public à d'autres fins (B. KNAPP, L'utilisation commerciale des biens de l'Etat par des tiers, in Problèmes actuels de droit économique, Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André Junod, 1997, p. 224). Ainsi le souci de la protection des usages communs, de la conservation du domaine public et de l'ordre public sont les intérêts les plus courants dans les décisions de refus (P. MOOR, Droit administratif, vol III, 1992, p. 305).

En matière de gestion du domaine public, il est dans la nature des choses que les questions d'ordre culturel, d'aménagement du territoire, d'esthétique et de besoins du consommateur local entrent en considération dans la pondération des intérêts en présence (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.107/2002 du 28 octobre 2002 consid. 3.1).

c. Le Tribunal fédéral a également précisé que les communes genevoises jouissent en vertu du droit cantonal d'une importante liberté d'appréciation dans la gestion du domaine public communal et, plus particulièrement, dans l'octroi ou le refus de permissions d'utilisation de ce domaine excédant l'usage commune (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.107/2002 précité consid. 2.3).

d. Le Tribunal fédéral a admis que l'instauration d'un *numerus clausus* est admissible s'il constitue le moyen de gérer une demande excédant l'offre disponible sur le domaine public. En matière de stationnement des taxis, une collectivité peut limiter le nombre de places sur le domaine public pour éviter des querelles entre chauffeurs, des problèmes de circulation et des difficultés de gestion de l'espace. Il a déclaré légitime que l'Etat entende assurer un équilibre entre les différents usages des voies publiques. Ces principes s'appliquent par analogie aux emplacements sur les marchés ou aux demandes d'octroi d'un espace pour la vente de boissons ou d'aliments. Dans le cas d'un *numerus clausus*, un système de liste d'attente est acceptable, s'il permet une évolution régulière des candidats inscrits (F. BELLANGER, *op. cit.* p. 60-61 et les références citées).

En l'espèce, la Ville de Carouge a réglementé la vente de denrées alimentaires sur le domaine public en la concentrant sur les marchés, excluant tout autre emplacement. Elle a élaboré un règlement (Règlement communal sur les marchés de détails et champs de foire du 12 février 1998 - LC 08 811) qui précise les lieux, les horaires, les modalités et les conditions de location des emplacements.

L'intimée a aussi indiqué qu'elle autorisait traditionnellement, de façon saisonnière, des stands de glaces en été et de marrons en hiver, ainsi que divers stands dans le cadre de manifestations journalières ou ponctuelles, uniquement. Sa pratique constante, telle qu'elle ressort des pièces versées au dossier, consiste à interdire la vente de produits à l'emporter sur son domaine public, mis à part les exceptions strictement limitées, citées ci-dessus.

Cette pratique, qu'elle justifie par l'existence de nombreuses permissions journalières accordées pour des manifestations à caractère idéal et par les nombreuses terrasses occupant déjà une grande partie du domaine public de début mars à fin octobre, permet d'éviter la prolifération d'autres stands ou le stationnement de véhicules qui encombreraient les rues de la commune.

La décision litigieuse, fondée sur la réglementation en vigueur est conforme aux principes exposés ci-dessus compte tenu de la liberté reconnue aux communes d'adapter, dans les limites fixées par la loi, la gestion de leur domaine public aux besoins qu'elles reconnaissent en tenant compte des questions de sécurité, de gestion de l'espace et des demandes, voire d'aménagement et d'esthétique.

L'intérêt public à préserver une partie du domaine public à son usage commun et la limitation des activités de vente sur le domaine public pour les concentrer sur les marchés, s'oppose ainsi valablement à l'intérêt privé du recourant à exercer son activité commerciale sur le domaine public ailleurs qu'aux emplacements et horaires prévus par la réglementation communale.

8. La mesure fondée sur une base légale, répondant à un intérêt public, doit encore être conforme au principe de la proportionnalité qui exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive ; en outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et il exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (ATF 126 I 219 consid. 2c et les références citées).

En l'espèce, conjointement au refus de permission, le recourant s'est vu offrir la possibilité d'exercer son activité sur le marché bihebdomadaire de la Ville de Carouge. L'atteinte à la liberté du recourant ne saurait être qualifiée de disproportionnée et le refus de permission est propre à atteindre le but visé par la réglementation.

9. Le recourant invoque finalement une violation du principe de l'égalité de traitement qui serait réalisée du fait que le stand de glaces de la place du Marché vend également des sandwiches et des boissons.

En matière d'usage accru du domaine public, la question de l'égalité de traitement des concurrents doit être examinée et la pratique des autorités ne saurait avoir pour objectif d'intervenir dans le jeu de la libre concurrence ou d'en atténuer les effets (ATA/27/2004 du 13 janvier 2004 et les références citées). Ainsi, par exemple lorsque la place à disposition est limitée, la collectivité publique doit opérer un choix entre concurrents selon des critères objectifs (ATF 132 I 97 consid. 4.1 et les références citées).

In casu, le recourant n'a pas sollicité l'exploitation d'un stand de glaces saisonnier, sa situation n'est donc pas comparable à celle de l'exploitant du stand de glaces de la place du Marché avec lequel il n'est pas dans une situation de concurrence et son argument tombe à faux. En outre, il n'allègue pas et rien n'indique que le système d'attribution de cet emplacement serait contraire aux règles énoncées plus haut en cas de numerus clausus. A cela s'ajoute que toutes les

demandes similaires à celles du recourant ont été traitées de la même façon par l'intimée.

En conséquence, le grief de violation du principe de l'égalité doit être écarté.

10. Mal fondé, le recours sera rejeté. Un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge du recourant (art. 87 LPA). Aucune indemnité ne sera allouée à la Ville de Carouge, collectivité publique d'une taille suffisante pour disposer d'un service juridique et par conséquent apte à assurer la défense de ses intérêts sans recourir aux services d'un avocat (ATA/618/2003 du 26 août 2003).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 13 octobre 2008 par Monsieur Carmelo Fortugno contre la décision de la Ville de Carouge du 10 septembre 2008 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 500.- à la charge du recourant ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément aux art. 82 et suivants de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Christophe Zellweger, avocat du recourant ainsi qu'à Me Jean-Pierre Carera, avocat de la Ville de Carouge.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Thélin, Mmes Hurni et Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

C. Del Gaudio-Siegrist

la présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :