



Chapitre d'actes

2004

Published version

Public access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

## Commerce et domaine public

---

Bellanger, François

### How to cite

BELLANGER, François. Commerce et domaine public. In: Le domaine public : Journée de droit administratif 2002. Bellanger, François et Tanquerel, Thierry (Ed.). Genève. Genève : Schulthess, 2004. p. 43–65. (Pratique du droit administratif)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:41239>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 14.03.2023 23:10

# Commerce et domaine public

FRANÇOIS BELLANGER

*Professeur à l'Université de Genève, Avocat*

## I. Introduction

La plupart des juristes connaissent l'arrêt Dame R.<sup>1</sup>, dans lequel, saisi d'un recours de prostituées genevoises, le Tribunal fédéral a reconnu un droit limité à l'exercice d'activités économiques sur le domaine public impliquant un usage accru de celui-ci.

A l'époque, le Tribunal fédéral avait assimilé les personnes voulant faire usage du domaine public à celles se trouvant dans un rapport de droit spécial avec l'Etat. Considérant que l'une et l'autre «doivent pouvoir jouir des libertés constitutionnelles dans la mesure où le but du domaine public ou du rapport spécial le permet»<sup>2</sup>, le Tribunal fédéral a renversé sa jurisprudence antérieure et a admis que «l'administré qui fait un usage commun accru du domaine public aux fins d'y exercer une activité lucrative professionnelle peut invoquer la liberté du commerce et de l'industrie, dans la mesure où le but du domaine public le permet»<sup>3</sup>.

Le Tribunal fédéral était prudent. Il ne faisait qu'entrouvrir une porte en réservant de manière assez ferme les limitations pouvant découler des contraintes de gestion du domaine public par les autorités. Cet arrêt a pourtant constitué un tournant et a marqué le point de départ d'une abondante jurisprudence concernant aussi bien la limitation des places de stationnement pour les taxis, l'installation de cirques ou de terrasses, la vente de marchandises et encore différentes formes de publicité.

Un quart de siècle plus tard, il est intéressant de faire le point de la situation et de présenter l'état du droit en matière d'utilisation commerciale du domaine public<sup>4</sup>. Après avoir déterminé l'étendue du droit à l'usage commercial du

<sup>1</sup> SJ 1976 465 (TF, 8.10.75).

<sup>2</sup> SJ 1976 465, 474 (TF, 8.10.75).

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Nous ne traiterons pas dans cet article des questions relatives à l'usage du sous-sol ou de l'espace aérien. Voir à ce sujet le rapport de BOVET dans cet ouvrage.

domaine public (II.), nous présenterons les conditions auxquelles une collectivité publique peut réglementer cet usage (III.).

## II. Un droit à l'usage du domaine public à des fins commerciales?

Comprise dans un sens large, la notion de «domaine public» couvre à la fois le patrimoine administratif et le domaine public dit «au sens étroit»<sup>5</sup>. Nous allons donc préciser la nature respective du patrimoine administratif et de ce domaine public et examiner en fonction de celle-ci l'étendue du droit d'usage commercial de ces biens par les particuliers.

### A. Le patrimoine administratif

Le patrimoine administratif est composé des biens appartenant à l'Etat et affectés à l'accomplissement des tâches publiques<sup>6</sup>. Selon l'article 62, alinéa 3, de la loi sur la gestion administrative et financière de l'Etat de Genève du 7 octobre 1993 (LGAF)<sup>7</sup>, il comprend «les biens affectés à l'accomplissement des tâches publiques. Ce sont notamment les investissements, les prêts, les subventions aux investissements, ainsi que les participations permanentes ou les dotations».

Les biens du patrimoine administratif se distinguent facilement du domaine public dans la mesure où ils ne peuvent être utilisés librement par tous les citoyens, car cela serait contraire à leur destination. Leur rôle est de permettre la réalisation de certaines tâches étatiques. A ce titre, ils constituent les infrastructures nécessaires au fonctionnement de l'Etat.

La distinction est parfois plus délicate avec les biens du patrimoine financier<sup>8</sup>. Toutefois, dans ce cas, l'élément déterminant est le lien avec l'exécution d'une tâche de l'Etat. Le patrimoine financier n'est pas utilisé pour exécuter une tâche publique. Le profit que l'Etat peut retirer de son patrimoine

<sup>5</sup> ATF 106/1980 Ia 389/391-392, *Chevalley*.

<sup>6</sup> GRISEL (1984), p. 525-526; HÄFELIN/MÜLLER (2002), p. 497, n. 2332 ss; HOTTELIER (2002) p. 126, n. 9; KNAPP (1991), p. 600, n. 2902 ss.

<sup>7</sup> RS/GE D 1 05.

<sup>8</sup> Le patrimoine financier comprend selon l'article 62, alinéa 2, LGAF, les valeurs et les placements qui peuvent être aliénés. Il s'agit de biens mobiliers ou immobiliers dont l'Etat est propriétaire et qui ne sont pas affectés à l'exécution d'une tâche publique. Ils sont soumis intégralement au droit privé.

financier sert généralement à financer des tâches publiques, mais, ce lien financier ne crée qu'une relation indirecte entre le patrimoine financier et l'exécution d'une tâche publique. En revanche, pour le patrimoine administratif, le lien est direct car ce patrimoine est l'infrastructure nécessaire pour l'exécution de la tâche publique. C'est pour ce motif que l'on peut définir le patrimoine administratif comme les biens étant directement affectés à une tâche publique.

En raison de sa nature, les particuliers n'ont aucun droit à l'utilisation du patrimoine administratif<sup>9</sup>. Ils ne peuvent invoquer la liberté économique pour exiger de mener une activité commerciale dans un bâtiment appartenant à ce patrimoine. Le Tribunal fédéral l'a récemment confirmé dans un arrêt relatif à l'affichage sur les bus dans la ville de Lucerne. Une entreprise exigeait de pouvoir bénéficier d'un espace d'affichage publicitaire sur les véhicules des transports publics. Le Tribunal a rejeté le recours notamment au motif de l'appartenance des bus au patrimoine administratif<sup>10</sup>.

L'inexistence d'un droit ne signifie pas l'absence complète de possibilité pour une entreprise privée d'exercer une activité commerciale dans un lieu appartenant au patrimoine administratif. Certains biens peuvent accueillir une activité commerciale. Un hall de gare se prête par exemple à l'aménagement d'un kiosque ou d'une boutique. Il appartient alors à l'autorité administrative qui gère les biens en cause de déterminer les possibilités d'utilisation. Sous réserve d'une application éventuelle du droit des marchés publics, sa décision n'est limitée que par l'interdiction de l'arbitraire et le respect de l'égalité de traitement.

### B. Le domaine public au sens étroit

Le domaine public au sens étroit comprend le domaine public naturel et artificiel<sup>11</sup>. Le premier se compose des choses sans maître qui servent à l'usage commun par nature. Il s'agit en principe des eaux publiques<sup>12</sup>, des régions

<sup>9</sup> HÄFELIN/MÜLLER (2002), p. 497-498, n. 2335 ss; KNAPP (1997), p. 227-228; KNAPP (1991), p. 606, n. 2940 ss.

<sup>10</sup> ATF 127/2001 I 84, 88 et 89, P. Voir sur ce point DE VRIES REILINGH (2002), p. 203.

<sup>11</sup> GRISEL (1984), p. 526-527; HÄFELIN/MÜLLER (2002), p. 499-500, n. 2346 s.; KNAPP (1991), p. 610, n. 2962 s.; MOOR (1992), p. 258 ss; RENTSCH (1980) p. 347-349.

<sup>12</sup> Pour une définition des «eaux publiques» en droit genevois, voir SJ 1995 617 (CE/GE, 28.11.94), 2001 I 493 (TF, 15.03.01).

impropres à la culture, des rochers, des éboulis, des névés, des glaciers et de certaines sources<sup>13</sup> selon l'article 664, alinéa 2, du Code civil (CC)<sup>14</sup>. Ces éléments forment le domaine public naturel. Le second comprend les autres biens du domaine public, définis par le droit cantonal<sup>15</sup>, qui servent à l'usage commun en vertu d'un acte d'affectation; les routes, places, ponts, etc. forment le domaine public artificiel. Dans les deux cas, la délimitation du domaine public par rapport au domaine privé incombe aux autorités cantonales<sup>16</sup>.

S'agissant de l'usage commercial, le régime juridique est similaire indépendamment du caractère naturel ou artificiel du domaine public. L'élément déterminant est l'intensité de l'usage du domaine public nécessité par les activités commerciales. Il faut effectuer une distinction entre les trois types d'usages possibles du domaine public: l'usage commun, accru ou privatif<sup>17</sup>.

### 1) *L'usage commun*

L'usage commun est celui qui est conforme à la destination du domaine public. Il présente quatre caractéristiques: il est accessible à tous, égal pour tous les usagers, conforme à la destination de la chose et gratuit. Cet usage consiste, par exemple, en l'utilisation des voies publiques ou des aires de gare<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Il appartient au droit cantonal de déterminer si des sources de ruisseaux font partie du domaine public: RDAF 1997 I 597 (TF, 20.03.96).

<sup>14</sup> RS 210.

<sup>15</sup> L'affectation d'un bien-fonds au domaine public doit faire l'objet d'une loi conformément à l'article 1 de la loi sur le domaine public du 24 juin 1961 (LDP; RS/GE L 1 05). De plus, en cas d'acquisition d'un bien-fonds en vue de son affectation au domaine public, l'Etat ou la commune intéressée doit requérir du registre foncier l'inscription du bien immobilier en cause comme élément du domaine public (article 10 LDP). En raison du principe du parallélisme des formes, la désaffectation d'un bien-fonds doit également faire l'objet d'une loi (article 11, alinéa 1, LDP). Toutefois, l'article 11, alinéa 2, LDP délègue au Conseil d'Etat la compétence de procéder à une désaffectation dans trois cas limités. Même s'il n'a pas formellement fait l'objet d'un acte d'affectation, un bien-fonds peut être assimilé, en raison de sa destination et de son caractère à une dépendance du domaine public (ATF 97/1971 I 911, 914-915, *Arnet et consorts*). Tel est le cas, par exemple, de la plaine de Plainpalais (Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 21 janvier 1987 (P 610/85), *Ville de Genève*). En général sur cette question, voir MOOR (1992), p. 270 ss.

<sup>16</sup> SJ 2001 I 493 (TF, 15.03.01); ATF 123/1997 III 454, 457 ss, *Stato del Cantone Ticino*; HOTTELIER/MARTIN (2002), p. 458-459 et 462-463.

<sup>17</sup> GRISEL (1984), p. 543 ss; HÄFELIN/MÜLLER (2002), p. 504 ss, n. 2371 ss; JAAG (1992a), p. 151 ss; KNAPP (1991), p. 615 ss, n. 2998 ss; MOOR (1992), p. 282 ss.

<sup>18</sup> JAAC 65/63 688, 693-694 (Comm. Rec. DETEC, 17.10.00).

En conséquence, pour rester dans le domaine commun, l'utilisation du domaine public par une personne ne doit pas entraver l'usage des autres personnes ou intervenir de manière incompatible avec celui-ci. Ainsi, en matière de stationnement, un déséquilibre entre une demande importante de stationnement et une offre de place limitée a pour conséquence que le stationnement n'est plus un usage commun du domaine public, car la majorité des automobilistes n'a pas accès à des places. Les personnes pouvant rester sans limite de temps sur les places disponibles privent de manière durable les autres usagers de cette faculté et ne font donc pas un usage commun de la chaussée. Dans ce cas, pour rétablir l'équilibre entre tous les automobilistes, le Tribunal fédéral admet la soumission du parcage à une taxe, car c'est le seul moyen d'assurer une rotation des véhicules permettant un accès équitable au stationnement<sup>19</sup>.

Compte tenu de ces éléments, la liberté économique n'a pas de portée particulière pour l'usage commun. Tous les citoyens ayant la faculté d'emprunter aux mêmes conditions les rues ou le lac pour aller et venir, ils n'ont pas besoin de se prévaloir d'un droit lié à leur activité économique.

## 2) *L'usage accru*

L'usage accru a pour caractéristique de priver temporairement les autres usagers de l'utilisation du domaine public. Il se caractérise par une incompatibilité entre un usage particulier du domaine public et l'usage commun. Ainsi, selon la jurisprudence, en ville, un stationnement de plus de 30 minutes constitue un usage accru, même si des places de stationnement gratuites n'existent pas à proximité<sup>20</sup>. De même, l'installation d'un stand ou une manifestation sur le domaine public peut constituer un usage accru<sup>21</sup>. De nombreuses activités économiques impliquent un usage accru du domaine public:

- La distribution de tracts ou d'échantillons sur la voie publique si cela crée une gêne, comme un attroupement ou un autre type d'entrave à la circulation des piétons ou des véhicules. En revanche, en l'absence de gêne, l'usage reste commun. Tel est le cas, par exemple, d'un homme sand-

<sup>19</sup> ATF 122/1996 I 279, 286-287, *Geschäftsvereinigung Limmatquai und Touring Club der Schweiz, Sektion Zürich*.

<sup>20</sup> SJ 1997 96-97 (TF, 11.10.96).

<sup>21</sup> ATF 109/1983 Ia 208, *Groupe Action Prison Genève*; 107/1981 Ia 226, *Unité jurassienne Corgémont*.

wich<sup>22</sup> s'il se limite à emprunter la chaussée comme un piéton. En revanche, la personne qui stationne de manière durable sur un trottoir avec ou sans panneau publicitaire pour attirer les chalands vers un magasin particulier à proximité fait à notre avis un usage accru du domaine public.

- La situation est similaire pour les véhicules sur lesquels sont apposés des panneaux publicitaires. Si le véhicule utilise de manière normale la voie publique comme tout autre véhicule, l'usage est commun. En revanche, si le véhicule stationne de manière prolongée ou circule exclusivement à des fins publicitaires, l'usage sera accru.
- La vente de marchandises, dans la mesure où elle embarrasse les allées et venues des passants, est aussi un usage accru. Tel sera le cas, dès que la vente intervient à partir d'un stand, d'un véhicule arrêté<sup>23</sup>, même s'il est itinérant et ne stationne qu'un temps limité<sup>24</sup>, ou sur un banc de marché<sup>25</sup>.
- L'installation d'un cirque, d'un manège ou d'une attraction de fête foraine sur une place publique.
- Les terrasses saisonnières pour les cafés et les restaurants.
- Le parcage temporaire de taxis sur des places réservées dans l'attente du chargement de clients<sup>26</sup>.
- L'affichage sur le domaine public ou sur le domaine privé visible du domaine public.

L'usage accru du domaine public peut être limité de manière générale par un texte normatif ou ponctuellement par la nécessité d'obtenir une autorisation préalable.

### 3) *L'usage privatif*

L'usage privatif est une utilisation du domaine public non conforme à sa destination ordinaire, qui présente une durée et une intensité supérieure aux autres formes d'usages. Il s'agira par exemple d'une terrasse installée pour une longue durée, supérieure à une saison. Dans cette perspective, l'usage

22 ATF 109/1983 Ia 208/209, *Groupe Action Prison Genève*.

23 ATF 77/1951 I 279, 289, *Genossenschaft Migros*.

24 RJN 2002 186 (Cour de cassation pénale/NE, 31.05.02).

25 ATF 76/1950 I 293, *Ghirardi*.

26 SJ 1996 533, 539, 540 (TF, 28.05.96).

privatif exclut tout autre usage pendant une longue période. Il implique généralement l'octroi d'une concession.

### C. Les autorisations d'usage accru ou privatif

Le droit genevois applique un régime analogue pour les autorisations d'usage accru ou privatif. L'élément déterminant est l'existence d'une utilisation excédant l'usage commun<sup>27</sup>. En effet, selon l'article 12 LDP, chacun peut, dans les limites des lois et des règlements, utiliser le domaine public conformément à sa destination et dans le respect des droits d'autrui. Toutefois, l'article 13 LDP subordonne à permission, ou à concession en présence de dispositions contractuelles, l'établissement de constructions ou d'installations permanentes sur le domaine public, son utilisation à des fins industrielles ou commerciales ou toute autre utilisation de celui-ci excédant l'usage commun<sup>28</sup>.

Le terme de «permission» vise les autorisations d'utilisation du domaine public. Ces «permissions» peuvent être accordées pour les deux types d'usage du domaine public. Toutefois, en pratique, lorsque le Canton ou une commune accorde un droit d'usage privatif du domaine public, les modalités d'usage sont souvent définies de manière contractuelle. Dans ce cas, l'article 13, alinéa 2, LDP, impose le recours à une concession plutôt qu'une permission<sup>29</sup>.

Sous réserve de dispositions particulières, il n'y a en principe pas de droit à un usage accru privatif du domaine public. L'autorité qui accorde les autorisations dispose *a priori* d'un pouvoir discrétionnaire et fixe les conditions d'autorisation conformément à l'article 17 LDP, sous réserve de l'interdic-

<sup>27</sup> HOTTELIER (2001), p. 158, n. 69.

<sup>28</sup> Dans le même sens, pour les voies publiques, l'article 56 de la Loi sur les routes du 28 avril 1967 (LRoutes; RS/GE L 1 10) prévoit que toute utilisation des voies publiques qui excède l'usage commun doit faire l'objet d'une permission ou d'une concession préalable (article 57, alinéa 1, LRoutes). L'autorité compétente peut assortir de conditions et même refuser les permissions d'occupation de la voie publique pour tout objet ou installation sur la voie publique qui, par sa couleur, ses dimensions, son éclairage, sa forme ou le genre de sujets présentés, peut nuire au bon aspect d'une localité d'un quartier, d'une voie publique, d'un site ou d'un point de vue (article 57, alinéa 3, LRoutes). Les articles 56 et 57 LRoutes constituent un cas d'application aux voies publiques des règles générales applicables à l'utilisation du domaine public.

<sup>29</sup> Voir le rapport de TANQUEREL dans cet ouvrage sur la question des instruments de mise à disposition du domaine public.

tion de l'arbitraire et de l'égalité de traitement. Cependant, l'article 2, alinéa 2, du Règlement concernant l'utilisation du domaine public du 21 décembre 1988 (RDP)<sup>30</sup>, dans sa teneur du 27 janvier 1999, prévoit que dans les limites de la loi et le respect des conditions liées à l'octroi de la permission, les particuliers disposent d'un droit à l'utilisation du domaine public excédant l'usage commun si aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose. L'alinéa 3 de cette disposition précise que, lors de l'octroi de la permission, 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 exclusifs concédés par les autorités compétentes, ainsi que du besoin d'animation de la zone concernée. En conséquence, les particuliers disposent d'un droit à obtenir une autorisation d'utilisation du domaine public<sup>31</sup>. Ce droit conserve cependant une portée relative dans la mesure où les permissions sont délivrées à titre précaire et peuvent être retirées sans indemnité pour de justes motifs, notamment si l'intérêt général l'exige, en application de l'article 19, alinéa 2, LDP. Cette solution est conforme à la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral qui reconnaît un certain droit à bénéficier d'un usage accru du domaine public: l'Etat peut soumettre l'usage accru à autorisation mais il doit prendre en compte les libertés individuelles lorsqu'il statue sur une demande d'autorisation<sup>32</sup> et, plus particulière en matière d'activités commerciales, la liberté économique<sup>33</sup>.

En revanche, les personnes physiques ou morales n'ont aucun droit à l'usage privatif du domaine public. L'Etat est libre d'accorder ou non un tel usage, notamment pour des activités commerciales, sous réserve du respect de l'interdiction de l'arbitraire et du principe d'égalité de traitement<sup>34</sup>.

Ces principes, qui s'appliquent naturellement à toutes les collectivités publiques qui gèrent leur domaine public valent par analogie pour l'entité à laquelle une collectivité délèguerait partiellement ou totalement la gestion de tout ou partie de son domaine public. Le Tribunal fédéral a jugé qu'une commune peut mettre à disposition d'une association de droit privé une partie du domaine

<sup>30</sup> RS/GE L 1 10.12.

<sup>31</sup> SJ 2003 I 199, 200 (TF, 28.10.02).

<sup>32</sup> ATF 127/2001 I 164, *Partei der Arbeit und Mitbeteiligte*.

<sup>33</sup> ATF 121/1995 I 279, 282, *Circus Gasser Olympia AG II*; 119 Ia 445, 447-449, *Circus Gasser Olympia AG I*; MÜLLER (1999), p. 219-220 ainsi que 652 ss.

<sup>34</sup> KNAPP (1997) p. 222.

public communal pour autant qu'elle soumette l'association à des conditions lui imposant le respect des droits fondamentaux<sup>35</sup>.

En conséquence, l'essentiel du débat juridique au regard des relations entre la liberté économique et le domaine public concerne les restrictions à l'usage commun de ce dernier. Voyons maintenant les conséquences des conditions posées pour admettre une restriction à la liberté économique.

### III. La réglementation de l'usage commercial du domaine public au regard de la liberté économique

En matière d'utilisation commerciale du domaine public, la liberté économique garantie par l'article 27 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst.)<sup>36</sup> remplit une fonction essentielle. En effet, la liberté économique garantit l'exercice, à titre principal ou accessoire, d'une activité économique privée<sup>37</sup>. Le «droit conditionnel» à l'octroi d'une autorisation pour un usage commun accru du domaine public signifie qu'un refus d'autorisation constitue potentiellement une atteinte à la liberté économique et doit donc remplir les conditions usuelles de limitation de cette liberté, soit reposer sur une base légale, être justifié par un intérêt public prépondérant, se conformer au principe de la proportionnalité et respecter le principe de l'égalité de traitement entre les concurrents<sup>38</sup>. Examinons successivement ces exigences.

#### A. La base légale

La condition de la base légale, qui découle de l'article 36, alinéa 1, Cst., soulève deux problèmes au regard de l'usage commun du domaine public. En premier lieu, il s'agit de déterminer si une base légale est toujours nécessaire pour restreindre l'usage du domaine public. En deuxième lieu, il convient de voir les contraintes particulières imposées aux autorités lorsqu'elles entendent prélever une taxe en relation avec l'usage du domaine public.

<sup>35</sup> SJ 2001 I 557, 562 (TF, 8.06.01).

<sup>36</sup> RS 101.

<sup>37</sup> AUER/HOTTELIER/MALINVERNI (2000), p. 307 ss, n. 584 ss; BIAGGINI (2001), p. 225-226; BIAGGINI (2001a), p. 779 ss.

<sup>38</sup> ATF 119/1993 Ia 59, 67-68, *Verband Schweizerischer Kreditbanken und Finanzierungs-institute*; 119/1993 Ia 445, *Circus Gasser Olympia AG I*; 121/1995 Ia 129, 135, *Margot Knecht*.

1) *Une base légale est-elle toujours nécessaire?*

Traditionnellement, la doctrine et la jurisprudence ont admis que la soumission à autorisation de l'usage du domaine public n'a pas à se fonder sur une loi. Le Tribunal fédéral l'a rappelé encore récemment dans l'arrêt *Decaux*<sup>39</sup>. Tout au plus, lorsque l'exercice des libertés implique l'usage du domaine public, le Tribunal fédéral a considéré comme souhaitable que les conditions d'octroi ou de révocation des autorisations figurent dans une loi formelle ou au moins dans une règle de droit<sup>40</sup>. La justification de cette dérogation au principe de la légalité est le monopole de fait dont disposent les collectivités publiques sur le domaine public en raison de leur souveraineté sur celui-ci qui leur permet d'exclure une activité économique privée en soi non prohibée. Ce monopole est distinct d'un monopole de droit où une norme légale réserve expressément l'exercice d'une activité en faveur de l'Etat. La ligne de démarcation entre les deux types de monopole revêt une grande importance, puisque selon la jurisprudence du Tribunal fédéral une base légale est nécessaire dans le premier cas et non dans le second<sup>41</sup>.

Il est discutable que cette approche soit encore compatible avec la teneur de la Constitution fédérale. En effet, selon le texte clair de l'article 36, alinéa 1, Cst., la seule exception à l'exigence de la base légale est l'existence d'un cas de danger sérieux, direct et imminent, soit l'application de la clause générale de police. En revanche, le constituant n'a pas prévu d'exception en faveur de l'usage du domaine public. Cette analyse littérale est confirmée par la lecture du message du Conseil fédéral à l'appui du projet de Constitution qui est muet sur une éventuelle exception en faveur de la gestion du domaine public<sup>42</sup>. Bien plus, le projet entendait imposer l'exigence d'une base légale pour les limitations des libertés en cas de rapport de droit spécial et c'est justement à de tels rapports que le Tribunal fédéral avait comparé l'usage commercial du domaine public dans l'arrêt *Dame R*<sup>43</sup>.

En conséquence, en dépit du monopole de fait des collectivités publiques, ou plutôt à cause de ce monopole de fait, il serait souhaitable de soumettre

<sup>39</sup> ATF 125/1999 I 209, 222, *JC Decaux Mobilier Urbain Genève SA et Decaux SA*.

<sup>40</sup> ATF 121/1995 Ia 279, 283, *Circus Gasser Olympia AG II*.

<sup>41</sup> ATF 128 /2002 I 3, 10-11, *Gemeinde Arosa*.

<sup>42</sup> FF 1997 I 1, 197.

<sup>43</sup> SJ 1976 465, 474 (TF, 8.10.75).

désormais les restrictions à l'exercice des libertés, idéales ou économiques, sur le domaine public à l'exigence stricte d'une base légale.

## 2) *Le cas particulier des taxes*

L'usage accru du domaine public à des fins commerciales s'accompagne généralement du paiement d'une redevance<sup>44</sup> ou d'une taxe en contrepartie des avantages accordés. Plusieurs types de taxes sont envisageables: l'émolument de chancellerie, la taxe d'utilisation ou la taxe d'orientation.

### a) *L'émolument de chancellerie*

L'émolument de chancellerie est une taxe causale perçue pour rémunérer un acte d'administration qui n'exige pas un examen ou un contrôle particulier et dont le montant reste modique<sup>45</sup>. Un tel émolument pourra être prélevé par une autorité en contrepartie de l'autorisation qu'elle aura octroyée et se fonder uniquement sur une base légale matérielle<sup>46</sup>. Le calcul de cet émolument devra toutefois respecter les principes d'équivalence<sup>47</sup> et de couverture des frais<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> Voir, p. ex. le Règlement fixant le tarif des empiètements sur ou sous le domaine public du 21 décembre 1988, RS/GE L 1 10.15. Sur la question de la perception d'une taxe ou d'une redevance pour l'usage d'une voie publique que nous ne traitons pas dans cet article, voir HAAS (1994); RUCH (2001), p. 934-935, n. 16.

<sup>45</sup> OBERSON (2002), p. 4-5; RDAF 1997 I 203 (TA/FR, 13.12.96).

<sup>46</sup> ATF 120/1994 Ia 171, 178, C. P., et les arrêts cités.

<sup>47</sup> Selon la règle de la couverture des frais, le produit global des taxes ne doit pas dépasser, ou ne peut dépasser que très légèrement, l'ensemble des dépenses du secteur administratif dans le cadre duquel est fournie l'activité ou la prestation. Pour apprécier le montant des dépenses, on tient compte non seulement des frais directs et immédiats, mais aussi des frais généraux, des amortissements et des équipements. En principe, le montant total des recettes provenant de la contribution publique ne doit pas dépasser la charge financière globale du service ou de l'installation concernée; toutefois une compensation limitée entre les grosses affaires et celles pour lesquelles l'importance des intérêts en jeu ne permet pas de prélever un émolument qui couvre les frais est possible (ATF 120/1994 Ia 171, 174, C. P.).

<sup>48</sup> Le principe d'équivalence exige que le montant de chaque émolument soit dans un rapport raisonnable avec la valeur objective de la prestation fournie. Cette dernière est appréciée soit en fonction du coût de la prestation de l'Etat, soit sur la base de son utilité pour le contribuable, qui n'est pas nécessairement économique. De plus, l'Etat ne doit pas appliquer ce principe de manière stricte, il peut procéder à une schématisation, par exemple au moyen de tarifs (ATF 120/1994 Ia 171, 174, C. P.).

## b) La taxe d'utilisation

La taxe d'utilisation est légèrement différente. En effet, elle n'a pas plus simplement un caractère causal comme l'émolument; elle comporte également un élément fiscal, car l'autorité prend en considération pour le calcul de la taxe le type d'utilisation commercial du domaine public et la localisation du commerce<sup>49</sup>. Pour une telle taxe, le principe de légalité s'applique pleinement, car elle est considérée comme une contribution publique<sup>50</sup>. Une délégation législative reste possible, mais la loi formelle doit au moins indiquer le cercle des contribuables, l'objet et la base de calcul de cette contribution<sup>51</sup>. Comme l'a relevé le Tribunal fédéral, «il importe en effet que le pouvoir de l'organe exécutif ne soit pas trop étendu, en particulier lorsque les principes de la couverture des frais et de l'équivalence n'interviennent pas comme éléments de contrôle; le législateur doit alors fixer lui-même le montant de la contribution, du moins dans ses grandes lignes»<sup>52</sup>. Dans cet arrêt, était en cause la taxe genevoise de CHF 1'300.- prévue par l'article 25 de la loi sur les services de taxis du 26 mars 1999<sup>53</sup> en contrepartie de l'octroi d'un permis de stationnement. Il s'agissait d'une taxe destinée à tenir compte de l'avantage économique conféré aux taxis qui bénéficient d'un permis de stationnement par rapport aux autres taxis. Le Tribunal a admis la légalité de cette taxe particulière, car le principe de sa perception, le cercle des contribuables, son montant maximal et son affectation étaient prévus par la loi, même s'il appartenait au Conseil d'Etat de fixer le montant annuel de la taxe et de définir les modalités précises de son utilisation<sup>54</sup>.

## c) La taxe d'orientation

Enfin, il est possible qu'une collectivité publique prévoit une taxe d'orientation pour inciter un certain type d'utilisation du domaine public<sup>55</sup>. La question a été soumise au Tribunal fédéral dans une affaire zurichoise. Le 19 décembre

<sup>49</sup> RDAF 1999 I 649 (TF, 23.12.96); MOOR (1992), p. 363-364; OBERSON (2002), p. 4.

<sup>50</sup> RJN 1997 203 (TA/NE, 11.11.97).

<sup>51</sup> ATF 125/1999 I 173, 179, *H und Mitbeteiligte*; 124/1998 I 247, 249, *T.*, et les arrêts cités.

<sup>52</sup> SJ 2001 56, 59 (TF, 25.05.00).

<sup>53</sup> RS/GE H I 30.

<sup>54</sup> SJ 2001 56, 58-60 (TF, 25.05.00).

<sup>55</sup> Voir, par exemple, RDAF 1999 I 205 (TA/NE, 17.9.98) s'agissant de l'installation de parcomètres destinée à favoriser la fluidité du trafic dans une rue commerçante; OBERSON (2002), p. 6-7.

1990, le Conseil communal de Zurich a modifié le règlement fixant les redevances à acquitter par les détenteurs de taxis. Le précédent texte légal prévoyait une taxe uniforme de 50 francs par véhicule et par mois pour le stationnement des taxis sur le domaine public; la nouvelle réglementation fait la distinction entre les véhicules avec liaison radio à une centrale en service 24 heures sur 24, qui sont soumis à une taxe de 35 francs par véhicule et par mois, et les véhicules sans liaison radio, pour lesquels la taxe se monte à 90 francs par mois. Selon les autorités, la redevance devait favoriser les taxis avec liaison radio dont les prestations étaient jugées d'intérêt public. Saisi d'un recours d'une exploitante d'une entreprise de taxi, Madame Margot Knecht, le Tribunal fédéral a confirmé la nature mixte d'une telle taxe qui n'est que partiellement liée à l'utilisation du domaine public<sup>56</sup>. Il n'a toutefois pas poussé son analyse, car la recourante invoquait essentiellement le non respect de l'égalité entre les concurrents. S'il avait examiné la légalité de la taxe, il aurait sans doute posé des principes similaires à ceux que nous avons énoncés pour la taxe d'utilisation.

## B. L'intérêt public

S'agissant de l'intérêt public justifiant une éventuelle restriction à la liberté économique, selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, il est interdit aux cantons de limiter cette liberté pour des motifs de politique économique. Les cantons peuvent uniquement restreindre la liberté économique pour des motifs de police ou de politique sociale. La détermination de la motivation de l'action de l'Etat est donc un enjeu important lors d'une restriction à des activités commerciales sur le domaine public. La jurisprudence admet que les questions d'ordre culturel, d'aménagement du territoire<sup>57</sup>, d'organisation de l'utilisation rationnelle du sous-sol<sup>58</sup>, d'esthétique<sup>59</sup>, de besoin des consommateurs locaux<sup>60</sup>, de limitation du démarchage commercial<sup>61</sup>, de sécurité du trafic<sup>62</sup> ou de protection de la santé<sup>63</sup> sont des intérêts légitimes qui peuvent justifier une limitation. Encore faut-il que ces intérêts soient réels, le

<sup>56</sup> ATF 121/1995 Ia 129, *Margot Knecht*.

<sup>57</sup> SJ 1987 509, 510-511 (TF, 12.03.87).

<sup>58</sup> ATF 104/1978 Ia 172, 178-179, *Schefer*.

<sup>59</sup> SJ 2003 I 199, 202 (TF, 28.10.02); RDAF 2000 I 288, 292-293 (TF, 1.02.99).

<sup>60</sup> SJ 1986 623 (CE/GE 16.06.86).

<sup>61</sup> ATF 126/2000 I 133, 140-141, *Stadt Zürich*.

<sup>62</sup> SJ 2001 I 529 (TF, 14.02.01).

<sup>63</sup> ATF 128/2002 I 295, 308-309, *Association suisse des annonceurs et consorts*.

motif avancé par une collectivité publique pour refuser une autorisation d'installer une buvette dans un parc public au motif de la préservation du site ne doit pas dissimuler le but réel de cette collectivité qui était de supprimer un concurrent pour sa propre buvette dans le même parc<sup>64</sup>. Il incombe donc aux juridictions de s'assurer de la réalité des motifs d'intérêt public avancés par les autorités.

### C. La proportionnalité

L'application du principe de la proportionnalité impose une pesée des intérêts en présence, soit ceux du requérant d'une autorisation à pouvoir faire un usage accru du domaine public, et de ceux de la collectivité publique et des autres personnes privées, qui comprennent aussi bien les intérêts de ceux qui ne veulent pas être privés de la possibilité de faire eux aussi usage du domaine public à l'endroit considéré, que les intérêts de ceux qui veulent pouvoir bénéficier des prestations que le requérant entend fournir. Il s'agit d'une opération délicate, dont la difficulté est illustrée par la problématique de l'affichage sur le domaine public ou sur le domaine privé visible du domaine public.

Dans l'arrêt AWAG<sup>65</sup>, qui reste l'arrêt de référence, le Tribunal a examiné la question du choix entre un système restrictif de monopole d'affichage et de contrôle plus souple d'autorisation ponctuelle. Examinant brièvement les arguments des recourants qui démontraient qu'un système d'autorisation permettait d'arriver au même résultat qu'un monopole, mais de manière plus proportionnée, le Tribunal fédéral a estimé «qu'entre les deux systèmes opposés, celui du monopole et celui de l'autorisation préalable dans un régime de libre concurrence, le premier permet d'atteindre de façon plus sûre, plus efficace et à moins de frais pour la collectivité les objectifs d'intérêt général poursuivis par la réglementation en question»<sup>66</sup>.

Cet arrêt a fait l'objet de critiques nourries de la part de la doctrine. GRISEL a par exemple considéré que l'affirmation des avantages du système de monopole par rapport au régime d'autorisation «procède d'une pétition de principe plutôt que d'une véritable démonstration juridique»<sup>67</sup>. RUEY a jugé que le

<sup>64</sup> SJ 2003 I 199 (TF, 28.10.02).

<sup>65</sup> ATF 100/1974 Ia 445, *AWAG Aussenwerbungs AG et hoirs Stegmann*.

<sup>66</sup> ATF 100/1974 Ia 445, 452, *AWAG Aussenwerbungs AG et hoirs Stegmann*.

<sup>67</sup> GRISEL (1995), p. 228.

monopole d'affichage est en réalité un monopole à but fiscal<sup>68</sup>. Dans le même sens, SCHÜRMANN a considéré que le but du monopole d'affichage n'est pas un but de police<sup>69</sup>. Dès 1978, des tribunaux cantonaux se sont également distancés de la position adoptée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt AWAG<sup>70</sup>. En dépit de toutes ces critiques, le Tribunal fédéral a maintenu son analyse de la proportionnalité dans l'arrêt Decaux<sup>71</sup>. L'arrêt ne portait toutefois que sur la proportionnalité d'un monopole de fait alors que l'arrêt AWAG concernait un monopole de droit<sup>72</sup>.

En revanche, dans le récent arrêt Commune d'Arosa du 13 novembre 2001, le Tribunal fédéral a ouvert une brèche dans sa jurisprudence antérieure<sup>73</sup>. Il a en effet estimé disproportionné un monopole d'affichage sur le domaine privé, qui est un monopole de droit<sup>74</sup>. Son analyse est intéressante dans la mesure où le Tribunal fédéral commence par admettre l'adéquation du monopole par rapport au but poursuivi, la gestion globale de l'affichage sur une commune pour éviter notamment des atteintes à l'esthétique et garantir la sécurité du trafic. Toutefois, à l'aune de la subsidiarité, se fondant sur les jurisprudences cantonales et les auteurs qui critiquaient l'arrêt AWAG, le Tribunal fédéral a considéré ce monopole comme excessif, les procédures d'autorisation usuelles suffisant pour atteindre l'intérêt public en cause. Il s'agit d'une première brèche dans la religion du monopole en matière d'affichage pratiquée depuis de nombreuses années par le Tribunal fédéral. Elle ne concerne que le domaine privé mais permet d'espérer également une évolution s'agissant du domaine public.

#### D. L'égalité de traitement entre les concurrents

Selon le principe de l'égalité de traitement entre concurrents, les mesures étatiques qui faussent les rapports de concurrence entre concurrents directs<sup>75</sup>,

<sup>68</sup> RUEY (1988), p. 99 et en particulier la note 60.

<sup>69</sup> SCHÜRMANN (1994), p. 76.

<sup>70</sup> ZBI 1979, p. 224 ss (TA/ZH, 31.03.78); ZBI 1993, p. 421 ss (TA/AG, 17.12.92).

<sup>71</sup> ATF 125/1999 I 209/224-226, *JC Decaux Mobilier Urbain Genève SA et Decaux SA*; BELLANGER/BOVET (1999), p. 165-166; ZUFFEREY (1999).

<sup>72</sup> Sur l'application du droit des cartels aux monopoles d'affichage sur le domaine public, voir BOVET (2001), p. 424-425.

<sup>73</sup> ATF 128/2002 I 3, *Gemeinde Arosa*.

<sup>74</sup> Dans ce sens ATF 100/1974 Ia 445, 450, *AWAG Aussenwerbungs AG et hoirs Stegmann*; RDAF 1995, p. 260/262-263 (TA/NE, 7.02.95); GRISEL (1983), p. 402; GRISEL (1995), p. 205; SUTTER-SOMM (1989), p. 150.

<sup>75</sup> ATF 119/1993 Ia 433, *S. B. und Mitbeteiligte*; 120/1994 Ia 236, *S.*

ou dont les effets sur les rapports de concurrence ne sont pas neutres<sup>76</sup>, sont prohibées. Sont des concurrents directs les entreprises de la même branche économique, qui s'adressent à la même clientèle en présentant une offre identique, en vue de satisfaire les mêmes besoins<sup>77</sup>.

En matière d'utilisation du domaine public, le Tribunal fédéral a estimé dans l'arrêt Margot Knecht que tous les détenteurs de taxis munis d'une autorisation de stationnement de la ville de Zurich sont des concurrents directs<sup>78</sup>. En revanche, selon l'arrêt Circus Gasser Olympia AG II, un cirque traditionnel et un cirque de jeunes ne sont pas des concurrents directs<sup>79</sup>. Ils n'ont donc pas le même droit à l'utilisation du domaine public.

Ce principe est extrêmement important, car il interdit les différences de traitement qui favorisent ou désavantagent certains acteurs économiques par rapport à leurs concurrents, notamment dans les réglementations étatiques de l'accès au marché, quand bien même les distinctions seraient fondées sur des motifs sérieux et objectifs<sup>80</sup>. Il offre une protection supérieure au principe d'égalité de traitement prévu par l'article 8 Cst. En conséquence, en réglant l'utilisation du domaine public, l'Etat ne doit pas favoriser certains commerçants vis-à-vis de leurs concurrents directs. Ainsi, dans l'arrêt Margot Knecht<sup>81</sup>, le Tribunal fédéral a estimé que tous les taxis zurichois avec des permis de stationnement étaient des concurrents directs, qu'ils soient ou non équipés de radios. La différence de taxe appliquée en fonction de leur équipement était donc discriminatoire<sup>82</sup>. Toutefois, ce devoir n'exclut pas qu'une collectivité choisisse parmi plusieurs offres similaires celle qui est objectivement la meilleure, même si elle provient constamment du même candidat. Le principe d'égalité de traitement n'impose pas une égalité absolue, sans prise en compte de l'aspect qualitatif des offres<sup>83</sup>.

Outre les cas clairs d'inégalité de traitement, l'impact le plus important de ce principe concerne le *numerus clausus*. La liberté économique garantit un

76 ATF 119/1993 Ia 445, 450-451, *Circus Gasser Olympia AG I*.

77 ATF 119/1993 Ia 433, 436, *S. B. und Mitbeteiligte*.

78 ATF 121/1995 Ia 129, 136-137, *Margot Knecht*.

79 ATF 121/1995 Ia 279, 285-286, *Circus Gasser Olympia AG II*.

80 BIAGGINI (2001), p. 240 ss; JAAG (1992).

81 ATF 121/1995 Ia 129, 132-135, *Margot Knecht*.

82 SJ 2001 65, 75-76 (TF, 25.05.00); JT 1998 I 784 (TF, 5.02.97).

83 ATF 128/2002 Ia 136, 147-148, *Politische Gemeinde St. Gallen und Y. AG*; voir également SJ 1998 489, 497 (TF, 18.12.97).

accès raisonnable au domaine public à tous les acteurs économiques et exclut de la sorte les rentes de situation dont pourraient bénéficier des entreprises installées sur le domaine public avant l'arrivée de leurs concurrents. La jurisprudence a fixé plusieurs principes permettant de déterminer si un *numerus clausus* est admissible et, dans l'affirmative, d'organiser l'accès de tous les concurrents au marché<sup>84</sup>.

En premier lieu, le *numerus clausus* est admissible lorsque l'autorité démontre qu'il s'agit du seul moyen envisageable pour gérer un certain type d'activité commerciale sur le domaine public.

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'examiner cette question dans un de ses récents arrêts de principe sur le stationnement des taxis sur la voie publique à Genève<sup>85</sup>. La loi sur le service des taxis entrée en force en 1999<sup>86</sup> fixe un nombre maximal de permis de stationnement sur le domaine public. Seuls peuvent utiliser les emplacements réservés aux taxis les véhicules au bénéfice d'un tel permis, identifiés par leur enseigne de couleur orange<sup>87</sup>. Les autres taxis, qui ont une enseigne bleue<sup>88</sup>, ont l'interdiction de stationner sur ces emplacements et doivent en principe rejoindre un parking privé entre deux courses, car il est interdit aux taxis de rouler à la recherche de clients<sup>89</sup>. Les taxis avec un permis de stationnement disposent ainsi d'un avantage concurrentiel dans la mesure où ils bénéficient de nombreux emplacements dans la zone urbaine où ils peuvent attendre des clients ou des ordres de course émanant d'une centrale. En raison de cette différence de traitement, près de cinquante chauffeurs sans permis de stationnement ont recouru au

<sup>84</sup> WOLF BURKARD (2001), p. 436-437.

<sup>85</sup> SJ 2001 65 (TF, 25.05.00).

<sup>86</sup> Sur la saga antérieure des différents mode de *numerus clausus* des permis de stationnement, voir notamment RDAF 1996 161 (TA/GE, 5.03.96); SJ 1996 533 (TF, 28.05.96); RJN 1996 93 (DJSS/NE, 19.032.96); ATF 121/1995 Ia 129, 136-137, *Margot Knecht*; RDAF 1984 384 (TA/GE, 19.10.83); ATF 108/1982 Ia 135, *Hosig und Mitbeteiligte*; 99/1973 Ia 381, *Taxi Herold AG*; 99/1973 Ia 389, *Bienz*; 99/1973 Ia 394, 397-399, *Geiger und Mitbeteiligte*; 97/1971 I 653, *Schönenberger*; RDAF 1971 209 (TF, 3.11.70); ATF 81/1955 I 16, *Bourguignon et consorts* ainsi que les arrêts non publiés du Tribunal fédéral du 2 juin 1989 (2P.303/1988) dans la cause *B., G. et C.*, du 12 novembre 1975 (P 652/75), dans la cause *G.* et du 6 mars 1974 (P 716/73) dans la cause *B., G. et B.*, qui contiennent un exposé assez complet des anciennes règles relatives à ces permis à Genève.

<sup>87</sup> Article 41, alinéa 3, du Règlement d'exécution de la loi sur les services de taxis du 8 décembre 1999 (RST; RS/GE H I 30.01).

<sup>88</sup> Article 41, alinéa 4, RST.

<sup>89</sup> Articles 47 à 50 RST.

Tribunal fédéral contre la nouvelle loi. Ils affirmaient qu'elle avait un but de politique économique, car elle aurait été selon eux destinée à réduire le nombre de taxis à Genève pour permettre l'augmentation des revenus des chauffeurs. Or, un *numerus clausus* visant à limiter artificiellement l'offre de prestations en fonction de la demande et donc, selon la formule traditionnelle, à orienter un secteur de l'économie dans un sens déterminé est une mesure prohibée par l'article 27 Cst. Le débat était intéressant, car l'Etat soutenait que la mesure avait effectivement pour objectif de réduire le nombre de taxis. Toutefois, selon l'Etat, la réduction était justifiée par les contraintes liées à l'utilisation accrue du domaine public, les dangers de troubles en cas de déséquilibre entre l'offre de places et le nombre de taxis, ainsi que l'impossibilité de disposer d'emplacements pour un nombre illimité de taxis. Le Tribunal fédéral a admis ces arguments et a jugé qu'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. De plus, le Tribunal fédéral a déclaré légitime que l'Etat entende assurer un équilibre entre les différents usages des voies publiques, notamment entre les besoins des pistes cyclables, des voies de bus et les places de stationnement de taxis<sup>90</sup>.

Ces principes posés pour les taxis 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. L'instauration d'un *numerus clausus* n'est admissible que s'il constitue le moyen de gérer une demande excédant l'offre disponible sur le domaine public. L'autorité doit donc démontrer, d'une part, qu'elle ne peut augmenter le nombre d'emplacements utilisables pour une activité sur le domaine public et, d'autre part, qu'en octroyant autant d'autorisations qu'il y a de demande, elle créerait une situation qui serait la source de troubles, soit pour l'ordre public, soit pour les autres usagers.

En deuxième lieu, si un *numerus clausus* est instauré, le système mis en place pour le gérer doit porter le moins possible atteinte aux intérêts des personnes concernées. En particulier, le modèle classique de la liste d'attente fonctionnant sur la base de l'ordre des inscriptions n'est admissible que s'il ne rend pas illusoire l'accès au domaine public. Ainsi, dans l'hypothèse où une collectivité disposerait de vingt emplacements pour la vente de boissons sur le domaine public, et qu'elle ne pourrait satisfaire toutes les deman-

<sup>90</sup> SJ 2001 65, 72 (TF, 25.05.00).

des, le vingt-et-unième requérant et tous les suivants seraient inscrits une liste d'attente et auraient un droit à obtenir un emplacement dès le départ de l'un des vingt premiers en fonction de leur place sur la liste. En soit, ce système semble raisonnable. Toutefois, l'attente peut durer longtemps, voire indéfiniment, si les vingt premiers ont le droit d'utiliser leur emplacement de manière illimitée dans le temps. Il serait concevable qu'aucune place ne se libère avant dix ou quinze ans<sup>91</sup>. Dans ce cas, le principe d'égalité est violé, car le système mis en place ne garantirait pas un accès au marché dans un délai raisonnable, avec pour conséquence que la collectivité procurerait aux commerçants bénéficiant d'un emplacement un avantage économique injustifié qu'elle n'accorde pas à leurs concurrents directs<sup>92</sup>.

Pour réparer cette inégalité, la collectivité doit aménager un système assurant un accès équitable au marché.

Elle peut organiser une rotation de tous les demandeurs<sup>93</sup> grâce à une limitation de durée des autorisations ou des concessions. Elle peut aussi répartir l'espace disponible entre les anciens bénéficiaires et le nouveau concurrent. C'est le système retenu par le Tribunal administratif de Neuchâtel et confirmé par le Tribunal fédéral pour régler le problème des terrasses de café sur la place des Halles: un nouveau café a un droit à obtenir une terrasse sur une place où trois cafés occupent déjà l'espace disponible; il appartient à l'autorité chargée de délivrer les autorisations d'examiner les modifications à apporter aux emplacements anciennement attribués pour répartir équitablement l'espace disponible<sup>94</sup>.

Il est aussi possible d'utiliser un système de liste d'attente s'il permet une évolution régulière des candidats inscrits. En matière de *numerus clausus* des permis de stationnement pour taxis, le Tribunal fédéral a admis un système de liste chronologique visant à assurer l'égalité des candidats en prenant en compte, pour chaque demande, non seulement le critère de l'équili-

<sup>91</sup> Dans l'ancien système de limitation des permis de stationnement pour les taxis à Genève, abrogé en 1992, les candidats attendaient parfois jusqu'à trente ans pour obtenir un permis (voir arrêt du Tribunal fédéral non publié du 2 juin 1989, en la cause *B., G. et C.*, p. 3).

<sup>92</sup> ATF 121/1995 I 129, 135, *Margot Knecht*; 121/1995 I 279, 285, *Circus Gasser Olympia AG II*.

<sup>93</sup> Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 28 juin 2001 (2P.77/2001), *Municipalité de Nyon*, consid. 2b.

<sup>94</sup> RJN 1997 195 (TA/NE, 30.04.97).

bre entre les divers types d'exploitation, mais aussi la durée de travail effective dans la profession et le temps écoulé depuis l'obtention du brevet d'exploitant<sup>95</sup>. De plus, dans ce cas, non seulement les autorisations délivrées sont strictement personnelles et intransmissibles, ce qui garantissait une rotation régulière en fonction des départs naturels, mais le nombre de permis disponible doit être adapté annuellement par le Conseil d'Etat en fonction des places disponibles sur le domaine public et des exigences relatives au bon fonctionnement des services de taxis. Pour apprécier cette exigence, le département se fonde sur une analyse statistique des données relatives aux courses de taxis, fournies par les milieux professionnels et portant, notamment, sur la demande du public, la durée moyenne des courses, le temps d'attente moyen pour l'obtention d'un taxi et l'évolution du trafic automobile<sup>96</sup>. A cet effet, il peut utiliser un modèle informatique intégrant les données relatives à la circulation automobile, le fonctionnement des services de taxis et la demande du public.

Une fois le système mis en place, l'autorité peut prévoir des dérogations, mais elles doivent avoir une portée limitée et être justifiées par un intérêt public prépondérant. Ainsi, dans le modèle genevois des permis de stationnement, le Tribunal fédéral a jugé contraire à l'égalité de traitement entre les concurrents la faculté donnée à l'autorité de déroger au régime de la liste d'attente pour permettre le transfert en bloc de tout ou partie des permis d'une entreprise à une autre entreprise. Pour le Tribunal fédéral, l'intérêt public allégué par l'Etat au maintien par ce moyen des entreprises de taxis qui assurent l'essentiel du travail de nuit n'était pas suffisant. D'autres moyens permettaient de garantir un service au public 24 heures sur 24<sup>97</sup>.

En conséquence, l'égalité de traitement entre les concurrents impose de répartir les autorisations nécessaires à l'exercice d'une activité économique en autant d'entreprises que possibles sur la base de critères objectifs.

<sup>95</sup> SJ 2001 65, 74 (TF, 25.05.00).

<sup>96</sup> Article 9, alinéas 2 et 5, LTaxis.

<sup>97</sup> SJ 2001 65, 76 (TF, 25.05.00).

#### **IV. Conclusion**

1975 a été l'année de la reconnaissance de l'ébauche d'un droit conditionnel à l'usage du domaine public pour des activités commerciales. Depuis ce moment, un grand chemin a été parcouru.

En particulier, avec le développement de l'exigence de l'égalité de traitement entre les concurrents depuis le début des années 90, le Tribunal fédéral a imposé à l'Etat un devoir de neutralité concurrentielle, qui impose désormais une gestion très dynamique du domaine public. Les collectivités publiques ne peuvent plus accorder des autorisations de longue durée en faisant patienter les concurrents éventuels ou en les excluant. Elles doivent veiller à assurer un accès raisonnable à intervalles réguliers. Ce devoir ouvre la porte à une nouvelle activité de planification pour les collectivités publiques portant sur la gestion du domaine public.

Il reste malheureusement encore un point sur lequel un progrès est souhaitable: l'exigence de la base légale. Certes, le Tribunal fédéral a exprimé le souhait que les collectivités publiques adoptent des normes fixant les limitations à l'usage du domaine public, mais il serait préférable de franchir un pas de plus et d'exiger la présence d'une telle base légale comme le requiert l'article 36 Cst.

## Bibliographie

- AUER ANDREAS, HOTTELIER MICHEL, MALINVERNI GIORGIO (2000), *Droit constitutionnel suisse*, vol. II «Les droits fondamentaux», Berne.
- BELLANGER FRANÇOIS, BOVET CHRISTIAN (1999), «Marché de l'affichage public ou marché public de l'affichage?», *Droit de la construction* 1999, p. 164 ss.
- BIAGGINI GIOVANNI (2001), «Von der Handels- und Gewerbefreiheit zur Wirtschaftsfreiheit», *ZBl* 2001, p. 225 ss.
- BIAGGINI GIOVANNI (2001a), «Wirtschaftsfreiheit», in: THÜRER DANIEL ET AL. (éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zurich, p. 779 ss.
- BOVET CHRISTIAN (2001), «Le contentieux des marchés publics», *RDAF* 2001 I, p. 415 ss.
- DE VRIES REILINGH JEANINE (2002), «Commentaire de l'ATF 127 I 84», *AJP/PJA* 2002, p. 202 ss.
- GRISEL ANDRÉ (1984), *Traité de droit administratif*, Neuchâtel.
- GRISEL ETIENNE (1983), «Les monopoles d'Etat», in: *Mélanges André Grisel*, Neuchâtel, p. 399 ss.
- GRISEL ETIENNE (1993 & 1995), *Liberté du commerce et de l'industrie*, Berne.
- HAAS ADRIAN (1994), *Staats- und verwaltungsrechtliche Probleme bei der Regelung des Parkierens von Motorfahrzeugen auf öffentlichem und privatem Grund, insbesondere im Kanton Bern*, Berne.
- HÄFELIN ULRICH, MÜLLER GEORG (2002), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4<sup>ème</sup> éd., Zurich, Bâle et Genève.
- HOTTELIER MICHEL (2002), «La réglementation du domaine public», *SJ* 2002 II, p. 123 ss.
- HOTTELIER MICHEL, MARTIN RAPHAËL (2002), «Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral du 15 mars 2001», *AJP/PJA* 2002, p. 458 ss.
- JAAG TOBIAS (1992), *Wettbewerbsneutralität bei der Gewährung von Privilegien im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, in *Aspekte des Wirtschaftsrecht*, Zürich.
- JAAG TOBIAS (1992), «Gemeingebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen», *ZBl* 1992, p. 145 ss.
- KNAPP BLAISE (1991), *Précis de droit administratif*, 4<sup>ème</sup> éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main.

- KNAPP BLAISE (1997), «L'utilisation commerciale des biens de l'Etat par des tiers», in: *Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André Junod*, Bâle, p. 213 ss.
- MOOR PIERRE (1992), *Droit administratif*, vol. III «L'organisation des activités administratives de l'Etat», Berne.
- MÜLLER JÖRG PAUL (1999), *Grundrechte in der Schweiz*, 3<sup>ème</sup> éd., Berne.
- OBERSON XAVIER (2002), *Droit fiscal suisse*, 2<sup>ème</sup> éd., Genève/Bâle/Munich.
- RENTSCH MAX (1980), «Öffentliche Sachen», *RNRF* 1980, p. 337 ss.
- RHINOW RENÉ (2000), *Die Bundesverfassung 2000 – eine Einführung*, Bâle/Genève/Munich.
- RUCH ALEXANDER (2001), «Öffentliche Werke und Verkehr», in: THÜRER DANIEL ET AL. (éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zurich, p. 929 ss.
- RUEY CLAUDE (1988), *Monopoles cantonaux et liberté économique*, Lausanne.
- SAXER URS (1988), *Die Grundrechte und die Benutzung öffentlicher Strassen – Eine Untersuchung der Bundesgerichtspraxis unter Berücksichtigung deutscher Entscheidungen*, Zurich.
- SCHÜRMAN LEO (1994), *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Berne.
- WERREN HUGO (1986), *Zur rechtlichen Analyse der Parkplatzbenützung*, Zurich.
- SUTTER-SOMM KARIN (1989), *Das Monopol im schweizerischen Verwaltungs- und Verfassungsrecht*, Bâle.
- WOLF BURKARD J. (2001), «Wirtschaftsfreiheit und Nutzung öffentlicher Sachen, Widersprüchliches aus dem Bundesgericht», *AJP/PJA* 2001, p. 430 ss.
- ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE (1999), «Affichage sur le domaine public: monopole admissible», *Medialex* 1999, p. 169 ss.