

du 9 avril 2002

dans la cause

COMMUNE DE L.

représentée par Me David Lachat, avocat

contre

DÉPARTEMENT DES FINANCES

EN FAIT

1. En matière d'impôts communaux, le législateur genevois a prévu la constitution d'un fonds de péréquation financière intercommunale. La recette de ce fonds est répartie chaque année entre les communes en fonction notamment de leur capacité financière. Celle-ci est mesurée au moyen d'indices, dont l'un prend en compte l'importance du domaine public à charge des communes. Le Tribunal administratif reviendra sur les dispositions pertinentes dans la partie en droit du présent arrêt.
2. Jusqu'en 2000, la pratique du département des finances (ci-après : le département) était de laisser aux communes le soin de lui transmettre la surface de leur domaine public. C'est ainsi que la commune de L. (ci-après : la commune ou la recourante) a informé le département le 6 mars 2001 que sa surface totale au 31 décembre 2000 était de 484'318 m².
3. Par courrier du 4 juillet 2001 concernant le calcul provisoire de l'indice de capacité financière 2002, le département a fait savoir à la commune qu'elle retenait comme surface du domaine public à charge de la commune au 31 décembre 2000, 320'261 m² extraite du "Geokiosk", base de données du service des systèmes d'information et de géomatique (DIAE). Ledit service enregistrait ces surfaces en appliquant la loi sur le domaine public du 24 juin 1961 (L 1 05 - LDP). A noter que seules étaient retenues au titre de domaine public les voies publiques. La différence entre la surface annoncée par la commune et le chiffre retenu était dû à un souci d'homogénéité.
4. L'indice général de capacité financière passait de 63,90 en 2001 à 63,77 en 2002.
5. La commune a contesté le 8 août 2001 le calcul du domaine public opéré par le département. Le domaine public ne se limitait pas aux routes, ponts, etc. mais incluait également les parcs, cimetières, etc. Elle demandait par conséquent qu'y soient incluses les surfaces indiquées dans son courrier du 6 mars 2001.
6. Le 22 août 2001, le département a confirmé le contenu de son courrier du 4 juillet 2001.

7. Ne considérant pas la lettre précitée comme étant une détermination précise, la commune a sollicité le 19 septembre 2001 du département "une décision en bonne et due forme".
8. Le 24 septembre 2001 le département a rendu une décision rejetant la demande de la commune. L'article 11 alinéa 1 du règlement concernant le calcul de la capacité financière des communes du 3 avril 1974 (D 3 05.20 - le règlement) indiquait que le calcul de l'indice de capacité financière était de la compétence du département. Par souci d'homogénéité il retenait en conséquence les informations issues du DIAE. Un recours contre cette décision était ouvert auprès du Tribunal administratif dans les 30 jours.
9. Par acte du 23 octobre 2001, la commune a recouru contre cette décision. Principalement, le règlement prévoyait quatre indices pour mesurer la capacité financière de la commune. Trois des indices concernaient des charges communales, dont l'indice du revenu par rapport à l'importance du domaine public. Le quatrième concernait les recettes (centimes additionnels). Il ressortait de ces dispositions que la volonté manifeste du Conseil d'Etat était de prendre en considération les charges assumées par les communes. L'entretien des parcs publics ou des cimetières engendrait des frais pour les communes et devait par conséquent être pris en compte dans le calcul du domaine public. Subsidiairement, l'article 1er lettre c LDP prévoyait que constituaient le domaine public "les biens qui sont déclarés du domaine public en vertu d'autres lois". La commune de L. disposait d'un règlement des parcs, promenades et jardins publics de la Ville de L. (ci-après: le règlement communal); ce dernier avait qualité de loi au sens de l'article précité. Or, le règlement communal prévoyait que les parcs, promenades et jardins se trouvant sur le territoire municipal étaient administrés par la commune, ouverts au public en permanence et libres d'accès à quelques exceptions près. Cette réglementation permettait de considérer que la commune de L. les avait déclarés de facto parcelle du domaine public municipal. Enfin, l'Etat avait changé de pratique administrative en se basant désormais pour le calcul de la surface du domaine public sur les données du service de géomatique et non plus sur celles émanant des communes. Or, le principe de la légalité était violé car la notion de domaine public ne se limitait pas à celle définie par la LDP vu les

arguments ci-dessus évoqués et il n'y avait pas non plus d'intérêt public prépondérant à la limitation du Geokiosk aux voies publiques. La commune de L. concluait à l'annulation de la décision, au retour de la cause au département pour qu'il rende une nouvelle décision incluant dans le calcul de l'indice général de la capacité financière une surface du domaine public de 484'318 m² incluant les parcs, jardins et cimetières, et à une équitable indemnité.

10. Le département a répondu 12 décembre 2001. La LDP regroupait dans une seule loi des réglementations sur le domaine public qui se trouvaient notamment dans la loi sur les routes. Il s'agissait d'une loi-cadre. Il était logique que le département, qui suivait le Geokiosk, définisse le domaine public au sens du droit public, selon la définition donnée par une loi-cadre sur le domaine public. L'article 1er lettre c LDP ne visait que la loi au sens formel, soit la loi cantonale; tel n'était pas le cas du règlement communal. Le changement de pratique administrative respectait les principes constitutionnels régissant le droit administratif. Le principe de la légalité était respecté puisque le domaine public était clairement répertorié sur la base de l'article 1 LDP. L'intérêt public était de lutter contre les abus constatés. En prenant une notion précise, le Geokiosk, le département abandonnait des définitions imprécises que chaque commune pouvait composer à sa guise, défavorisant une commune par rapport à une autre dans le domaine de la péréquation. L'égalité de traitement était respectée car une unique définition du domaine public s'appliquait de manière identique à toutes les communes. Le principe de la bonne foi était lui aussi respecté car il était fait usage de façon plus complète de facultés prévues par la loi, ce qui n'était pas considéré comme un changement. Le département concluait au rejet du recours, à la confirmation de sa décision du 24 septembre 2001, et à la condamnation de la commune de L. aux frais de la cause.

11. L'affaire a été gardée à juger.

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 litt. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. a. La question principale à trancher dans le cas d'espèce est de savoir si le changement de pratique administrative du département, concernant la détermination de la surface du domaine public des communes dans le cadre du calcul de la capacité financière, en vue de la distribution du fonds de péréquation intercommunal, est valable.

b. Un changement de pratique est admissible s'il respecte cumulativement les principes régissant le droit administratif et en particulier les principes de la légalité, de l'intérêt public, de l'égalité de traitement et de la bonne foi (Blaise KNAPP, Précis de droit administratif, 1991, nos 403 et 404 et références citées). Ainsi, il suffit que l'un des principes ne soit pas donné pour que le changement de pratique administrative soit inadmissible.

c. In casu, c'est le principe de la légalité qui pose en priorité problème. En effet, la décision litigieuse en ce qui concerne la détermination de la surface du domaine public dans le calcul de la capacité financière, se réfère uniquement à l'article 1 LDP. La recourante conteste principalement l'application de cette loi et sa définition du domaine public.

d. Il s'agit donc en premier lieu de définir la notion de domaine public et de résoudre par là-même la question de la légalité de la décision.

3. L'article 664 alinéa 1 du Code civil suisse prévoit que les biens du domaine public sont soumis à la haute police de l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent.

a. C'est donc le droit cantonal qui doit définir quelle est la nature du droit sur le domaine public, à quelle collectivité il appartient, quels sont les usages des dépendances domaniales. La définition des critères délimitant ce qui est du domaine public par rapport à la pure propriété privée relève toutefois du droit fédéral, car il faut circonscrire son champ d'application (Pierre MOOR, Droit administratif, 1992, vol. III, p.255).

b. Le législateur genevois a édicté une loi générale

sur le domaine public, la LDP. Cette loi constitue de fait une sorte de "loi-cadre" qui fixe les principes généraux relatifs aux limites et à l'utilisation du domaine public (Mémorial des séances du Grand Conseil, 1987/IV, 5798, n.t. 1).

c. Dans un arrêt relativement ancien, le Tribunal fédéral spécifie que "Sans doute le droit public cantonal décide-t-il si les biens du domaine public sont régis par le droit privé ou le droit public. Mais aucun canton n'a édicté une réglementation complète en la matière" (ATF du 18 novembre 1971 en la cause Schaffouse, canton c. Schaffouse, commune). Dans le même sens, la doctrine estime que malgré les lois générales sur le domaine public présentes dans certains cantons, le droit cantonal est souvent lacunaire (MOOR, op. cit., p.257).

4. Ainsi, pour définir de manière complète la notion de domaine public, il ne faut pas se contenter de la définition retenue par la LDP, mais bien étudier ladite notion dans le contexte du cas d'espèce, à savoir dans le cadre de la loi générale sur les contributions publiques, du 9 novembre 1887 (LCP - D 3 05) et du règlement, lesquels fixent la distribution du fonds de péréquation intercommunal en fonction de la capacité financière.
5. L'article 295 alinéa 1 LCP prévoit en effet la constitution d'un fonds de péréquation intercommunale géré par le département des finances. L'alinéa 2 précise que ce fonds est alimenté par la perception de centimes additionnels sur 20% de l'impôt cantonal sur le bénéficiaire et le capital des personnes morales. L'alinéa 4 ajoute que le Conseil d'Etat répartit chaque année la recette du fonds entre les communes, compte tenu des charges qu'elles doivent assumer et de leur capacité financière.
6. L'article 1 du règlement dispose que la capacité financière est mesurée au moyen des 4 indices suivants :
 - a) l'indice des revenus par rapport au nombre d'habitants;
 - b) l'indice des revenus par rapport au nombre d'élèves des écoles communales;
 - c) l'indice des revenus par rapport à l'importance du domaine public à charge des communes;
 - d) l'indice du taux des centimes additionnels.
7. Dans le cas qui nous occupe, le seul indice qui pose problème est le troisième. L'article 6 dudit règlement prévoit à ce sujet que l'indice des revenus par rapport au domaine public se calcule en divisant tout

d'abord les revenus d'une année, déterminés selon l'article 3, par la surface de ce domaine à la fin de chaque année. L'alinéa 2 précise que le quotient ainsi obtenu pour chaque commune est ensuite converti en indice, la moyenne cantonale étant égale à 100.

8. Ainsi, les recettes du fonds visant à être redistribuées entre les communes, une commune à faible capacité financière profitera plus du fonds qu'une commune à haute capacité financière, d'où l'importance accordée par les communes à l'indice susmentionné. On comprend aisément que dans le calcul de l'indice, plus la surface du domaine public est grande plus l'indice de capacité sera petit et plus la commune recevra de parts du fonds de péréquation communal.
9. Dans le rapport de la commission chargée d'étudier la projet de loi modifiant la LCP, il était mis l'accent sur l'importance de mettre en parallèle les charges et ressources de la commune dans le calcul de la capacité financière des communes : "La prise en considération des charges est jugée indispensable et elle est réalisée, non par des éléments financiers, mais par des éléments objectifs connus et indiscutables : nombre d'habitants, nombres d'élèves fréquentant les écoles communales, surface du domaine public à charge des communes, taux des centimes additionnels. Ces données sont tour à tour confrontées à la masse des ressources. De cette confrontation résultent des rapports traduits en indices" (Mémorial des séances du Grand Conseil, 1974/1, 298-322).
10. La volonté du Conseil d'Etat était manifestement de prendre en considération toutes les charges de la commune sans se limiter aux voies publiques. L'entretien des parcs, jardins et cimetières engendre nécessairement des coûts. Font-ils pour autant partie du domaine public au sens des dispositions précitées ?
11. S'agissant des cimetières, le Tribunal de céans a rappelé qu'il ressortait de la loi sur les cimetières du 20 septembre 1876 (K 1 65), que ceux-ci faisaient partie du patrimoine administratif communal (ATA du 12 mars 1980, cause no 79.TP.216). Or le patrimoine administratif communal fait partie du domaine public (André GRISEL, Traité de droit administratif, 1984, vol. II, p.525). Pour Pierre Moor, les cimetières font partie du domaine public car " les usagers des cimetières, ne sont pas les défunts ensevelis, mais tous les vivants, qui, venant

rendre hommage aux morts, ont un droit de libre accès " (Moor, op. cit., p. 322). Les frais d'entretien des cimetières doivent par conséquent être pris en compte dans le calcul.

12. Quant aux parcs et jardins, le texte clair du règlement ne les exclut pas expressément. Sa ratio legis penche au contraire en faveur de leur prise en considération vu le coût que leur entretien génère.
13. La doctrine abonde dans ce sens. André GRISEL considère en effet que les parcs, promenades et jardins publics prennent place dans le domaine public au sens étroit, car ils sont susceptibles d'être utilisés par les administrés sans l'intervention d'agents publics, malgré la LDP qui les attribue au domaine privé communal (André GRISEL, op. cit., p.539). Quant à Pierre MOOR, il précise que les dépendances domaniales (domaine public) "sont les ouvrages aménagés par l'Etat pour servir directement à un usage collectif : principalement le réseau routier, y compris les places, les sentiers, les ponts, mais aussi les canaux, les digues les parcs, les fontaines" (Pierre MOOR, op. cit., p.269).
14. Le tribunal de céans est de cet avis également. Les jardins et les parcs sont affectés à l'usage commun, ils sont libre d'accès à l'exception des emplacements dûment signalés, gratuits, et peuvent être utilisés de façon égale par tout un chacun.

Par comparaison, le Tribunal fédéral a mentionné comme faisant partie du domaine privé de l'Etat: les espèces, papiers-valeurs, terrains, bâtiments locatifs, exploitations agricoles, forêts (ATF du 14 mars 1980 en la cause Chevalley contre Grand Conseil du canton de Genève). Les parcs et jardins ne font manifestement pas partie de cette catégorie.

Ainsi, en l'espèce, les parcs, jardins, et cimetières sis sur le territoire de la commune de L. doivent être intégrés dans le calcul de la surface du domaine public.

15. Or, le département a retenu la surface du domaine public de la commune de L. sur la base des informations issues du service des systèmes d'information et de géomatique en application de la LDP qui exclut du domaine public les cimetières, parcs et jardins. La décision ne

respecte par conséquent pas le principe de la légalité, puisqu'il eût fallu prendre en compte les éléments susmentionnés dans le calcul du domaine public. Le changement de pratique est de ce fait inadmissible, et il n'est dès lors pas nécessaire d'examiner les autres principes régissant le droit administratif.

16. Bien fondé, le recours sera admis et la cause renvoyée au département pour nouvelle décision.
17. Vu l'issue du litige, il ne sera pas perçu d'émolument. Une indemnité de procédure de CHF 2'500.- sera allouée à la commune de L., à la charge de l'Etat de Genève (art. 87 LPA).

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif
à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 23 octobre 2001 par la commune de L. contre la décision du département des finances du 24 septembre 2001;

au fond :

l'admet;

annule la décision du 24 septembre 2001 du département des finances;

renvoie la cause au département des finances pour nouvelle décision dans le sens des considérants;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument;

alloue une indemnité de procédure de CHF 2'500.- à la commune de L., à la charge de l'Etat de Genève;

communique le présent arrêt à Me David Lachat, avocat de la recourante, ainsi qu'au département des finances.

Siégeants : M. Paychère, président, MM. Thélin,

Schucani, Mmes Bonnefemme-Hurni, Bovy,
juges.

Au nom du Tribunal administratif :
la greffière-juriste adj. : le
vice-président:

M. Tonossi

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux
parties.

Genève, le

la greffière :

Mme M. Oranci