

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3168/2015-DOMPU

ATA/1019/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 27 juin 2017

2^{ème} section

dans la cause

COLLONGE-BELLERIVE WAKE SPORT BOARD SOCIETY (CBWSS)

représentée par Me Alexandre Schwab, avocat

contre

**DÉPARTEMENT DE L'ENVIRONNEMENT, DES TRANSPORTS ET DE
L'AGRICULTURE - DGEAU**

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
12 mai 2016 (JTAPI/474/2016)**

EN FAIT

- 1) L'association Collonge-Bellerive Wake Sport Board Society (ci-après : l'association), créée en 1995, a pour but de favoriser la pratique du wakeboard et les disciplines assimilées.
- 2) Par arrêté du 15 mai 1998, le département de l'aménagement, de l'équipement et du logement a accordé, sous conditions une permission d'occupation du domaine public concernant le plan d'eau situé le long du quai de Cologny entre le Centre véliplanchistes et Port Tunnel.
- 3) Le 1^{er} janvier 2015, le département de l'environnement, des transports et de l'agriculture (ci-après : le département) a adopté un règlement d'utilisation du plan d'eau situé le long du quai de Cologny entre le Centre Nautique de Genève-Plage et Port Tunnel abrogeant l'arrêté du 15 mai 1998. Il octroyait à l'association une permission d'occupation du domaine public sur le plan d'eau en question, en la soumettant à plusieurs conditions.
- 4) Le 31 mars 2015, la Capitainerie cantonale rattachée au département (ci-après : la capitainerie) a octroyé à l'association une permission d'occupation du domaine public sur le site du Centre nautique de Genève-Plage sous plusieurs conditions.
- 5) Le 18 mai 2015, suite à une dénonciation, la capitainerie a indiqué à l'association qu'elle avait connaissance des locations de paddles effectuées sur le site du Centre nautique de Genève-Plage. S'agissant d'une location effectuée sur le domaine public cantonal, l'association devait demander une autorisation de louage à la capitainerie et cesser cette activité avec effet immédiat.
- 6) Par deux courriers du 4 juin 2015 - dont l'un d'eux mentionnait qu'il s'agissait d'une décision et indiquait les voies de droit -, la capitainerie a sommé l'association de supprimer les offres d'utilisation de paddles sur son site internet et de cesser cette activité avec effet immédiat. À défaut, elle procéderait aux sanctions administratives prévues dans la permission du 31 mars 2015 qui serait retirée.

L'entreposage des paddles devant l'entrée du local empêchait l'accès si bien que l'association devait enlever immédiatement le râtelier et le matériel présents. Un délai au 9 juin 2015 lui était imparti à cet effet.
- 7) Par courrier du 9 juin 2015 adressé à la capitainerie, l'association a demandé l'annulation de la décision du 4 juin 2015 estimant son contenu disproportionné voire illégal. Elle a également sollicité l'annulation du deuxième courrier.

- 8) L'association a finalement pris le parti d'exécuter cette décision et a déposé le 2 juillet 2015 une demande d'autorisation pour la location de paddles.

L'association avait acquis ces engins l'année précédente pour ses membres, dans l'optique de les initier à ce sport et de créer une équipe de compétition à même de rivaliser avec les autres équipes et clubs du lac. Le wake-cable amenait plus de gens sur la plage et les enfants devaient attendre leur tour. Leur permettre l'utilisation des paddles était un moyen idéal de les occuper et de les faire patienter. Ces engins étaient utilisés par les membres de l'équipe de compétitions wake-board dans le cadre de leur préparation physique. Au même titre que les indo-boards pour la technique et l'équilibre, le paddle était devenu un outil de préparation physique indispensable pour générer de la force. L'association souhaitait également proposer ses paddles à d'autres de ses clients. Ceux-ci se plaignaient de la situation monopolistique de Same-Same Rérat & Cachin Sàrl et des prix de location surfaits affichés par celle-ci. L'objectif était de proposer des paddles à des prix concurrentiels, conformes à ce que préconisaient les autres clubs de location de paddles sur le lac, soit environ 30 à 40 % de moins que les prix actuellement pratiqués par Same-Same. L'absence d'une concurrence saine allait à l'encontre du but premier de la plage, à savoir offrir un accès libre et bon marché au sport pour la population genevoise désirant bénéficier de la plage du Centre nautique de Genève.

L'association disposait de 14 paddles gonflables stockés sur des racks à roulettes. Aucune infrastructure particulière n'était nécessaire pour réaliser la mise à disposition de ces engins.

- 9) Par décision du 15 juillet 2015, la capitainerie a refusé la demande d'occupation du domaine public cantonal et ainsi de location de paddles.

L'association n'avait jamais fait mention de sa volonté de développer une activité sportive et/ou commerciale dans le domaine du paddle-board, ni de l'existence ou du besoin d'une telle activité. Cette dernière était dès lors considérée comme une extension de l'activité de l'association en tant que nouvelles activités sportives et/ou commerciales. L'occupation du domaine public sur le site du Centre nautique de Genève-Plage nécessitait une régulation visant l'équilibre et la coordination des activités qui y étaient pratiquées, compte tenu du fait que la surface à disposition n'était pas extensible. Selon la demande déposée par l'association, l'objectif était de concurrencer l'activité de l'école de planches à voile et de paddle exploitée par une autre entité sur ce site, en l'occurrence Same-Same Rérat & Cachin Sàrl. Celui-ci était cependant notoirement saturé et la capitainerie cantonale avait reçu plusieurs demandes de libérer des espaces, tant pour les navigateurs privés que pour l'association véliplanchiste de Genève-Plage, pour Tropical et pour l'association. Les espaces dévolus à l'association ne permettaient pas, sans porter atteinte aux activités des autres usagers, de

développer une nouvelle activité consistant en la mise à disposition ou la location de paddles.

- 10) Par acte du 14 septembre 2015, l'association a recouru auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) à l'encontre de la décision du 15 juillet 2015 en concluant préalablement à la restitution de l'octroi de l'effet suspensif et principalement à l'annulation de la décision litigieuse et au paiement d'une indemnité de procédure.

La décision entreprise était arbitraire et contrevenait au principe de la liberté économique. La disposition légale mentionnée dans celle-ci n'étant pas suffisamment précise pour en déduire que les paddles ou autres matelas gonflables ou canots pneumatiques devaient être soumis à autorisation. Cette décision consacrait un changement de pratique dans le but de limiter l'exercice d'une activité commerciale qui serait concurrente à Same-Same. Cette concurrence serait pourtant saine et permettrait à toutes les bourses de pouvoir louer un paddle.

- 11) Par réponse du 28 septembre 2015, le département a conclu à l'irrecevabilité, subsidiairement au rejet de la conclusion sollicitant l'effet suspensif.

- 12) Par décision du 8 octobre 2015, le TAPI a rejeté la demande de restitution de l'effet suspensif et d'octroi de mesures provisionnelles en tant qu'elle devrait être considérée comme telle.

L'association n'a pas contesté cette décision.

- 13) Par réponse du 10 décembre 2015 sur le fond, le département a conclu au rejet du recours.

Proposer des paddles à des clients constituait une cession de l'usage d'une chose pendant une certaine durée, à titre onéreux (conclusion d'un contrat de bail) par une personne morale dans le cadre d'une activité commerciale, correspondant à la notion de louage professionnel nécessitant une autorisation.

Il se rapportait à l'aide-mémoire n°6 de l'association des services de la navigation, édition 12-2014 relatif aux bateaux à pagaie « pagayeurs permanents » entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015 (ci-après : l'aide-mémoire) selon lequel les bateaux à pagaies forment un sous-groupe des bateaux à rames.

L'association n'avait aucun droit à l'usage privatif du domaine public, l'État étant libre d'accorder un tel usage, sous réserve du respect des principes de l'interdiction de l'arbitraire et de l'égalité de traitement. L'espace dévolu à l'association ne permettait pas de développer une nouvelle activité telle que la location de paddles sans porter atteinte aux activités des autres usagers. La capitainerie visait un équilibre et une coordination des activités offertes dans le

site. L'intérêt public à proposer une offre diversifiée en matière de sports nautiques et la préservation du principe d'égalité entre concurrents avaient guidé sa décision de refus.

- 14) Par réplique du 7 mars 2016, l'association a maintenu son recours.

L'aide-mémoire avait été adopté en novembre 2014, la capitainerie avait attendu jusqu'en juillet 2015 avant de mettre en place un régime d'autorisation sur les rives genevoises du lac Léman.

- 15) Par duplique du 31 mars 2016, le département a confirmé son écriture.

Il a transmis en particulier un courrier de Same-Same mettant en cause la responsabilité civile de l'État en raison des défauts des aérations de son local dus à l'entreposage par l'association de son matériel et dénonçant l'utilisation de paddles par celle-ci.

- 16) Par jugement du 12 mai 2016, le TAPI a rejeté le recours de l'association du 14 septembre 2015.

L'association n'avait qu'un droit conditionnel à pouvoir utiliser le domaine public. Une saine gestion du domaine public devait impliquer que ceux qui en faisaient un usage accru à des fins commerciales ne bénéficiaient de cette possibilité que pendant une durée limitée.

Le règlement d'utilisation du plan d'eau du 1^{er} janvier 2015 précisait que la permission accordée à l'association concernait exclusivement le plan d'eau situé le long du quai de Cologny entre le Centre nautique de Genève-Plage et Port Tunnel, était réservée en priorité à la pratique du ski nautique et du wakeboard et que les activités dérivées telles que le wakeskate, wakesurf, l'air chair, le barefoot et la bouée tractée étaient tolérés. Ces engins avaient tous pour point commun la nécessité d'un dispositif de traction contrairement au paddle.

Les intérêts économiques de l'association devaient être mis en balance avec les divers intérêts publics liés à la gestion du domaine public. La décision entreprise n'intervenait pas dans une situation de libre concurrence mais visait à empêcher l'émergence d'une concurrence qui n'existait pas jusqu'alors s'agissant des paddles pour une utilisation globalement harmonieuse et pacifique du domaine public.

L'association ne démontrait pas que d'autres entités bénéficiant des mêmes droits auraient bénéficié de l'avantage supplémentaire consistant à pouvoir louer des paddles.

La décision litigieuse ne constituait pas un changement de pratique dans une situation stable mais une adaptation à de nouvelles circonstances.

- 17) Par acte du 13 juin 2016, l'association a interjeté un recours contre le jugement du TAPI précité par-devant la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), concluant à l'annulation du jugement du TAPI et au versement d'une indemnité de procédure.

Elle invoquait la constatation inexacte et incomplète des faits et la violation du principe de l'interdiction de l'arbitraire, de la liberté économique et de la proportionnalité. Il n'y avait pas d'intérêt public prépondérant ni de motif de politique économique reconnaissable justifiant la violation de la liberté économique.

Elle reprenait en substance l'argumentation développée par-devant le TAPI.

- 18) Par courrier du 16 juin 2016, le TAPI a transmis son dossier à la chambre administrative sans formuler d'observations.

- 19) Dans sa réponse du 4 juillet 2016, le département a conclu au rejet du recours et repris en substance l'argumentation développée dans ses précédentes écritures.

- 20) Par réplique du 15 septembre 2016, la recourante a confirmé son recours.

L'intérêt public ne pouvait pas être galvaudé.

L'arbitraire tenait au modus operandi de la capitainerie dont la décision n'avait pas pour but de réguler le problème mais d'aller à l'encontre du droit de la recourante de pouvoir louer 12 paddles.

- 21) Le 15 novembre 2016, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

- 2) Le pouvoir d'examen de la chambre administrative est limité à la violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (art. 61 al. 1 let. a LPA). Sauf exception prévue par la loi, la chambre de céans ne peut pas revoir l'opportunité de la décision litigieuse (art. 61 al. 2 LPA).

- 3) La recourante conteste la décision du département refusant sa demande d'occupation du domaine public cantonal et de ce fait la location de paddles. Elle

se plaint du caractère arbitraire de la décision qui violerait sa liberté économique et serait disproportionnée.

4) Une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) lorsqu'elle est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou encore lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable (ATF 141 I 70 consid. 2.2 ; 141 I 49 consid. 3.4 ; 140 I 201 consid. 6.1 ; 133 I 149 consid. 3.1). De plus, il ne suffit pas que les motifs de la décision attaquée soient insoutenables, encore faut-il que cette dernière soit arbitraire dans son résultat (ATF 141 I 49 consid. 3.4 ; 140 I 201 consid. 6.1 ; 138 I 305 consid. 4.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_199/2015 du 31 mai 2016 consid. 6.1).

5) a. Le lac et les cours d'eaux font partie du domaine public conformément à l'art. 1 let. b de la loi sur le domaine public du 24 juin 1961 (LDPu - L 1 05).

La loi sur l'occupation des eaux publiques du 19 septembre 2008 (LOEP – L 2 10) régit l'occupation des eaux publiques cantonales et communales, de leur lit et de leurs rives publiques (art. 1 al. 1). Toute occupation excédant l'usage commun des eaux publiques, de leur lit et de leurs rives fait l'objet d'une permission ou d'une concession (art. 4 LOEP). L'occupation excédant l'usage commun des eaux publiques concerne notamment l'exercice d'activités commerciales ou sportives dans ou en bordure des eaux publiques (art. 5 let. b LOEP). L'octroi d'une permission est assorti de conditions fixées par l'autorité (art. 7 al. 1 LOEP). Une permission ou une concession peut être refusée, suspendue ou soumise à des garanties ou à des conditions, en cas de gêne ou de danger pour la navigation ou pour les installations portuaires, ou pour tout autre motif d'intérêt général, d'ordre esthétique ou environnemental notamment (art. 8 al. 1 LOEP).

b. 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 (ATF 132 I 97 consid. 2.2 ; ATA/554/2014 précité et la référence citée).

6) a. Aux termes de l'art. 27 Cst., la liberté économique est garantie (al. 1). Celle-ci comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 al. 2 Cst.). Cette liberté protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (ATF 128 I 19 consid. 4c aa ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 4.1 ; ATA/554/2014 du 17 juillet 2014 et les références citées).

b. Selon l'art. 36 al. 1 Cst., toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale ; les restrictions graves doivent être prévues par une loi ; les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés. Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (art. 36 al. 2 Cst.) et proportionnée au but visé. L'essence des droits fondamentaux est inviolable (art. 36 al. 4 Cst.).

c. Les restrictions à la liberté économique peuvent prendre la forme de prescriptions cantonales instaurant des mesures de police proprement dites, mais également d'autres mesures d'intérêt général tendant à procurer du bien-être à l'ensemble ou à une grande partie des citoyens ou à accroître ce bien-être, telles que les mesures sociales ou de politique sociale. Ces restrictions cantonales doivent 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 (ATA/554/2014 précité).

Les restrictions cantonales à la liberté économique ne peuvent toutefois se fonder sur des motifs de politique économique et intervenir dans la libre concurrence pour favoriser certaines formes d'exploitation en dirigeant l'économie selon un certain plan, à moins que cela ne soit prévu par une disposition constitutionnelle spéciale (ATF 128 I 3 consid. 3a et b ; ATF 125 I 209 consid. 10a et la jurisprudence citée ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_253/2013 du 1^{er} novembre 2013 consid. 3.2 ; ATA/554/2014 précité et les références citées).

d. 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/554/2014 précité et les références citées), laquelle doit respecter les conditions de l'art. 36 Cst. La jurisprudence considère que, s'agissant de l'exercice de la liberté économique sur le domaine public, l'intéressé peut se prévaloir de cette garantie constitutionnelle, dans la mesure où le but d'intérêt public le permet et où son utilisation accrue est nécessaire à l'exercice d'une activité lucrative protégée (ATA/554/2014 précité ; Pierre MOOR, Droit administratif, vol. II, 3^{ème} éd., 2013, p. 447 n. 957 et la jurisprudence citée).

e. Le Tribunal fédéral a précisé 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 ; ATA/554/2014 précité).

L'intérêt public peut viser aussi bien la nécessité de limiter un usage commercial accru, anormal ou excessif du domaine public en cause que les

intérêts des tiers à pouvoir utiliser le domaine public à d'autres fins (ATA/554/2014 précité et la référence citée).

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 ; ATA/554/2014 précité).

f. Pour être conforme au principe de la proportionnalité, une restriction à un droit fondamental doit être apte à atteindre le but visé, lequel ne peut pas être obtenu par une mesure moins incisive ; il faut en outre qu'il existe un rapport raisonnable entre les effets de la mesure sur la situation de la personne visée et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 137 I 167 consid. 3.6 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_138/2015 précité consid. 4.1 ; 2C_793/2014 précité consid. 4.1 ; ATA/386/2016 du 3 mai 2016).

- 7) En l'espèce, la décision de refus de location et mise à disposition de paddles constitue une restriction à la liberté économique fondée sur une base légale formelle, soit l'art. 8 LOEP. Cette disposition permet à l'autorité de refuser une concession ou permission pour tout motif d'intérêt général autorisant une restriction de la liberté économique (art. 36 al. 2 Cst.).

L'intérêt général invoqué par l'intimé est la coordination et la régulation des activités pratiquées sur le site de Centre-Nautique de Genève-Plage (CNGP), celles-ci étant réparties harmonieusement entre les différentes entités présentes sur ce site saturé (planches à voile et paddles pour une association de planches à voile et paddleboard et la société Same-Same Rérat & Cachin, ski nautique et wakeboard pour la recourante).

Au regard de la liberté d'appréciation dont jouit l'autorité, on ne saurait lui reprocher la pesée des intérêts effectuée, selon laquelle l'intérêt public à la gestion harmonieuse du domaine public prévaut sur l'intérêt économique privé de la recourante. Cette appréciation paraît d'autant moins contestable que la recourante bénéficie déjà d'une permission pour l'exercice d'une activité économique dans les domaines du ski nautique et du wake-board, sports qu'elle est seule à proposer sur ce site.

Quant à la proportionnalité, il ne ressort pas du dossier que l'intimé aurait excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation en considérant que sa décision de refus était apte et nécessaire à maintenir l'harmonie entre les différentes entités présentes sur ce site, à assurer un équilibre entre celles-ci et à limiter l'utilisation du site déjà surchargé. Cette mesure ne remet pas en question l'activité économique principale de la recourante, soit le ski nautique et le wakeboard, conformément au règlement d'utilisation du plan d'eau du 1^{er} janvier 2015.

Vu ce qui précède, la décision litigieuse qui restreint la liberté économique de la recourante respecte les conditions de l'art. 36 Cst. et n'est pas empreinte d'arbitraire.

- 8) Mal fondé, le recours sera rejeté.
- 9) Un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 13 juin 2016 par Collonge-Bellerive Wake Sport Board Society (CBWSS) contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 12 mai 2016 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Collonge-Bellerive Wake Sport Board Society (CBWSS) un émolument de CHF 500.- ;

dit qu'aucune indemnité de procédure ne sera allouée ;

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 Alexandre Schwab, avocat de la recourante, au département de l'environnement, des transports et de l'agriculture - DGEAU, ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeants : Mme Junod, présidente, M. Dumartheray, Mme Payot Zen-Ruffinen, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

Ch. Junod

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :