RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1266/2004-EP **ATA/36/2005**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 25 janvier 2005

dans la cause

G_____ S.A.
représentée par Me Alain Gros, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION DU COMMERCE

EN FAIT

1. G_____ S.A., Luxembourg, dispose d'une succursale à Genève à l'adresse X_____ (ci-après : G_____). Son but, tel qu'il ressort de l'inscription de la société au Registre du commerce de Genève, consiste en le développement et l'administration de commerces de livraisons de D_____ et concessions de sous-licences des droits de développement et gestion des commerces de livraison de D_____ ainsi que toutes activités commerciales s'y rapportant. A Genève, la société exploite trois laboratoires de fabrication de pizzas à cette enseigne, situés pour l'un à X, pour l'autre Y à Onex et pour le troisième, Z à Genève.

   G_____ est installée à Genève depuis 1999. Dans les trois lieux précités, ses employés confectionnent des pizzas destinées à la vente à l'emporter ou des pizzas pouvant être livrées à domicile par les livreurs de la société. Il n'est en aucun cas possible de consommer cette marchandise sur place.

2. G_____ n'a requis aucune autorisation à l'ouverture de ses points de vente. Les habitants voisins du commerce situé à la route Y ont déposé plainte auprès de la gendarmerie en raison du bruit occasionné par les véhicules des clients et les motos des livreurs et en raison des odeurs de même que des horaires de vente. G_____ et son conseil ont ainsi eu plusieurs entretiens avec des responsables de l'office cantonal de l'inspection du commerce (ci-après : l'office), celui-ci estimant que G_____ devait être soumise à la loi sur les heures de fermeture des magasins du 15 novembre 1968 (LHFM – I 1 05) et respecter ainsi les heures de fermeture des magasins pour la vente à l'emporter, soit du lundi au mercredi 19h00, le jeudi 21h00, le vendredi 19h30, le samedi 18h00 et les dimanches et les jours fériés, fermé.

3. Constatant que G_____ ne respectait pas les horaires précités, l'office a écrit le 9 février 2004 à son directeur concernant les magasins sis à l'avenue X et à la route Y, ouverts du lundi au vendredi de 10h00 à 14h00 et de 17h00 à 24h00, les samedis et dimanches de 10h00 à 24h00, les livraisons s'effectuant dès 11h00 et la vente à l'emporter dès 10h00. Dans ce courrier, l'office précisait à G_____ qu'elle n'était pas soumise à la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (LRDBH – I 2 21), que ses commerces étaient assimilés à un magasin de vente au détail et son activité soumise à la LHFM, aucune des exceptions figurant à l'article 4 de ladite loi n'étant réalisée. De plus, cette loi prévoyait l'obligation de fermeture hebdomadaire d'une demi-journée en plus du dimanche et cette obligation n'était pas davantage respectée. Ce courrier rappelait à G_____ qu'elle devait se soumettre aux dispositions légales de la LHFM, faute de quoi des sanctions seraient prononcées à son encontre.

4. Par courrier du 24 février 2004, le conseil de G_____ a réagi à celui de l'office du 9 février 2004 pour souligner que l'application de la LHFM au type d'activité qui était le sien, de même qu'au grand nombre d'établissements offrant des plats cuisinés à l'emporter, n'était pas satisfaisante. La vente à l'emporter de pizzas était précisément une activité s'exerçant principalement le soir, après la fermeture des magasins. Une nouvelle réunion était sollicitée ou, à défaut, une décision constatant l'assujettissement de G_____ à la LHFM afin qu'une telle décision puisse être contestée.

5. Le 29 mars 2004, une réunion a eu lieu une nouvelle fois entre G_____ et son conseil d'une part, et l'office, d'autre part.

6. Le 22 avril 2004, deux inspecteurs de l'office ont constaté que sur les trois magasins de G_____ figuraient les horaires d'ouverture suivants :

« ouverture tous les jours 7 jours sur 7 – 24h00 ».

7. Par lettre signature du 23 avril 2004, l'office a enjoint G_____ de se conformer immédiatement à toutes les prescriptions légales régissant son activité, ce courrier constituant un ultime avertissement avant sanction.

8. Par courrier du 29 avril 2004, le conseil de G_____ a prié l'office de rendre une décision constatatoire formelle indiquant les voie et délai de recours.

9. Le 11 mai 2004, par courrier adressé au conseil de G_____, l'office a accusé réception de la lettre du 29 avril. Elle a rappelé les horaires de fermeture auxquels G_____ était tenue, lesquels ne s'appliquaient pas à la livraison à domicile. De plus, l'office a rappelé la teneur des articles 32 et 34 LHFM prévoyant des sanctions administratives et une amende. Le courrier ne mentionnait aucune voie de droit quelconque.

10. Par acte déposé au greffe le 14 juin 2004, G_____ a saisi le Tribunal administratif d'un recours contre cette dernière décision constituant soit une décision constatatoire, soit un refus de statuer, susceptible dans les deux cas d'un recours auprès du Tribunal administratif. Après avoir rappelé l'historique de la loi, elle a conclu au fait que la décision de l'office du 11 mai 2004 devait être annulée. Il devait être constaté qu'elle n'était pas assujettie à la LHFM et que la décision attaquée violait le principe de liberté du commerce et de l'industrie. Dans son recours, elle a incriminé le défaut de base légale et elle a invité le tribunal de céans à combler la lacune existant dans la loi pour saisir la situation qui était la sienne. Elle s'est plainte du fait que le refus de la mettre au bénéfice de l'exception prévue par l'article 4 litt c LHFM visant les établissements soumis à la LRDBH et permettant à ceux-ci de vendre, en dehors des heures d'ouverture prescrites pour les magasins d'alimentation des mets à l'emporter, se traduisait par une inégalité de traitement entre concurrents directs ce qui constituait une

injustice flagrante. La décision de l'office du 11 mai 2004 constatant son assujettissement à la LHFM, pour son activité de vente à l'emporter, était dénuée de toute base légale.

Dans un courrier ultérieur du 1er juillet 2004, G_____ a informé le tribunal de céans du fait qu'elle avait fait l'objet, les 8 et 11 juin 2004, de plusieurs amendes à la suite de contrôles opérés par l'office pour non respect des heures de fermeture de la LHFM et cela alors même que le recours interjeté avait effet suspensif.

11. Le 31 août 2004, le département de l'économie, de l'emploi et des affaires extérieures (ci-après : DEEE) a conclu au rejet du recours. G_____ mélangeait les faits et le droit, invoquait le principe d'égalité de traitement pour des situations différentes, omettait le fait que la LHFM était une loi de police et n'était pas édictée comme la loi sur le travail en vue de protéger les travailleurs. La LHFM à laquelle la recourante était soumise ne comportait pas de lacune ; enfin G_____ avait choisi de développer son activité sous la forme décrite et ne pouvait se prévaloir des exceptions prévues par la LRDBH à laquelle elle n'était pas soumise.

12. Par un courrier spontané du 22 septembre 2004, le DEEE a soumis au tribunal les pétitions d'un certain nombre de voisins de G_____ à la route Y étant précisé que le tribunal de céans avait connaissance de ce litige en raison d'une autre procédure pendante par devant lui.

13. Le 1er octobre 2004, le conseil de G_____ s'est ému de la production non autorisée et non pertinente de ces pièces, raison pour laquelle il a été invité à se déterminer à leur sujet ce qu'il a fait le 29 octobre 2004, en demandant à ce que ces documents soient écartés de cette procédure-ci.

14. Le litige concernant les voisins et G_____ à la route Y a fait l'objet d'un arrêt du tribunal de céans en date du 16 novembre 2004.

15. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Le courrier du 11 mai 2004 adressé par l'office au conseil de G_____ ne fait que confirmer celui du 9 février 2004 envoyé à la société elle-même. Il en résultait que les trois commerces à Genève à l'enseigne D_____ étaient assujettis à la LHFM.

Aucune des deux lettres n'était désignée formellement comme étant une décision et ni l'une ni l'autre ne mentionnaient les voie et délai de recours.

En revanche, et l'une et l'autre imposaient des obligations à G_____ et assujettissaient implicitement la société à la loi, alors qu'il appartenait au département, en application de l'article 3 A LHFM, de statuer sur cette question, comme le requérait d'ailleurs G_____.

Il faut admettre cependant que ces lettres constituent des décisions au sens de l'article 4 alinéa 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA – E 5 10), prises par une autorité administrative au sens de l'article 5 litt c) LPA, et que leur notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties (art. 46 et 47 LPA).

Il en résulte en particulier qu'aucun délai de recours n'a commencé à courir, de sorte que le recours, interjeté auprès du Tribunal administratif par G_____ le 14 juin 2004 contre la décision du 11 mai 2004 est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 et 63 al. 1 litt a LPA), sans qu'il soit nécessaire d'examiner si la décision du 11 mai est une décision d'exécution de celle du 9 février 2004, laquelle n'a d'ailleurs pas été notifiée au domicile élu.

2. G_____, dont la qualité pour recourir résulte de l'article 60 lettre b) LPA, invoque tous les principes constitutionnels pour soutenir qu'elle n'est pas assujettie à la LHFM mais elle ne conteste à aucun moment que les trois commerces en cause soient des magasins, au sens des articles 1 et 3 alinéa 1 de cette loi.

Or, cette loi s'applique à tous les magasins sis sur le canton et, par magasin, il faut entendre « tout local ou installation accessible au public et utilisé pour la vente au détail de marchandises de toute nature… » (art. 3 al. 1 LHFM).

Dans ses trois points de vente, G_____ dispose d'un four à pizza et confectionne sur place ses pizzas que les clients peuvent venir chercher ou se faire livrer à domicile.

Les clients venant chercher les pizzas accèdent ainsi à un magasin, soit un local utilisé pour la vente au détail d'une marchandise, fût-ce un plat cuisiné à l'emporter.

Ni la pizza ni aucune boisson ne peuvent être consommées sur place, raison pour laquelle aucun de ces magasins n'est un café-restaurant : il est admis et non contesté que la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (LRDBH) n'est ainsi pas applicable (art. 1 litt a) LRDBH a contrario).

3. G_____ ne remplit par ailleurs aucune des conditions pour bénéficier de l'une des exceptions à l'assujettissement, énoncées aux article 4 et suivants

LHFM, et notamment pas celle de l'article 4 lettre c) relative aux établissements régis par la LRDBH.

4. En conséquence, les trois commerces sis sur le territoire du canton sont tenus de respecter les horaires prévus par les articles 9, 14, 14A, 16 à 18, et 24 LHFM. Les dispositions différentes, en vigueur dans d'autres cantons ou communes suisses, sont sans pertinence, la compétence de fixer ces heures d'ouverture ressortissant aux cantons d'une part, et l'article 31 A LHFM réservant les dispositions de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LT – RS 822.11), d'autre part.

5. Quant à la livraison à domicile, elle n'est pas régie par la LHFM, ainsi qu'en convient le DEEE dans sa réponse au recours (p. 3 ch. 5).

6. Contrairement aux allégués de la recourante, il n'existe aucune lacune que le juge devrait combler.

G_____ soutient en effet qu'elle devrait pouvoir bénéficier, pour la vente à l'emporter, de l'exception de l'article 4 litt c) LHFM dûment complétée, afin d'être traitée de la même manière que les établissements soumis à la LRDBH, lesquels peuvent, depuis la novelle de 1991, vendre à l'emporter, en dehors des heures d'ouverture prescrites aux magasins d'alimentation, des préparations offertes usuellement par les établissements de type « restauration rapide ».

L'exception prévue par l'article 4 litt c) LHFM s'applique aux établissements soumis à la LRDBH, dont les heures de fermeture sont précisément régies par cette dernière loi et dont les conditions d'exploitation sont différentes.

Leur situation n'est donc pas comparable de sorte qu'il n'est pas arbitraire de les traiter différemment et qu'il n'en résulte aucune violation du principe d'égalité de traitement (ATF 130 V 18 consid. 5.2 ; 127 V 255 consid. 3b ; 126 V 52 consid. 3b ; ATA 913/04 du 23 novembre 2004 ; ATA 744/04 du 21 septembre 2004 ; ATA 608/2004 du 5 août 2004 ; A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Les droits fondamentaux, vol II, Berne 2000, no 1014-1031, pp. 497 à 506).

Enfin, la recourante allègue que les magasins accessoires aux stations-service vendent des mets à l'emporter. Ceux-ci ne sont d'ailleurs pas confectionnés sur place et en tout état, cette constatation est irrelevante car la recourante n'allègue pas exploiter des stations-service de sorte que là encore, les situations de ses commerces et de celles des exceptions voulues par la loi sont dissemblables.

7. Quant à la liberté économique, énoncée à l'article 27 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, entrée en vigueur le ler janvier 2000 (Cst. féd. – RS 101), la recourante peut s'en prévaloir puisqu'elle exerce une activité lucrative

tendant à la production d'un gain. Cette liberté garantit un minimum de concurrence (A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, op. cit. vol. II, pp. 329 et 339 et 340) mais elle peut être restreinte, notamment par des mesures de police prises par les cantons, pour autant que lesdites mesures reposent sur une base légale formelle, se justifient par un intérêt public et respectent le principe de proportionnalité (art. 36 Cst féd. ; op. cit. pp. 350 ss),

En l'espèce,

a) la base légale formelle se trouve être la LHFM ;

b) l'intérêt public réside dans le respect de la tranquillité des voisins, comme le tribunal de céans l'a jugé dans la cause concernant la recourante (ATA/889/2004 du 16 novembre 2004) et il n'existe aucune distorsion de la concurrence, les établissements auxquels se compare la recourante appartenant à une autre catégorie que la sienne ;

c) les horaires prévus par la LHFM sont conformes au principe de proportionnalité et aucune autre mesure moins incisive ne permettrait d'atteindre le but poursuivi par la loi, consistant à adapter celle-ci aux nouvelles habitudes des consommateurs en offrant une plus grande souplesse dans les heures d'ouverture sans péjorer la situation du personnel de vente desdits magasins (Mémorial des séances du Grand Conseil, 1991/V p. 4609), ce qui ne suppose pas pour autant une libéralisation complète ni un alignement sur les horaires des cafés-restaurants.

8. La recourante a choisi d'exercer son activité sous les deux aspects précités.

Il lui incombe de le faire dans le respect de la législation cantonale en vigueur, raison pour laquelle son recours ne peut qu'être rejeté.

9. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de G_____ S.A.. Il ne lui sera pas alloué d'indemnité de procédure (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 14 juin 2004 par G_____ S.A. contre la décision de l'office cantonal de l'inspection du commerce du 11 mai 2004 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de la recourante un émolument de CHF 1'500.- ;

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

communique le présent arrêt à Me Alain Gros, avocat de la recourante, à l'office cantonal de l'inspection du commerce et pour information au Parquet de Monsieur le Procureur général.

Siégeants : M. Paychère, président, Mmes Bovy, Hurni, M. Thélin, juges. M. Torello, juge suppléant.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :	le président :
C. Del Gaudio-Siegrist	F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :