RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3624/2006-DES **ATA/24/2007**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 23 janvier 2007

dans la cause

Monsieur Ali Reza EBRAHIM MALEK

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION DU COMMERCE

EN FAIT

1. Monsieur Ali Reza Ebrahim Malek exploite à l'adresse 36, avenue Théodore Weber à Genève, un local qui abrite les activités suivantes :

   - la location de cassettes vidéo à l'enseigne "Vidéo-club Nice" d'une part,

   - la vente de tabacs et d'alimentation à l'enseigne " Alimentation Nice" d'autre part.

   Les deux secteurs d'activité disposent chacun d'une entrée distincte et sont accessibles au public sept jours sur sept.

   Le vidéo-club, qui ne fait pas l'objet de la présente procédure, est ouvert du lundi au samedi de 14h00 à 23h00 ainsi que le dimanche de 14h00 à 22h00.

   Quant au secteur tabacs-alimentation, il est ouvert du lundi au samedi de 08h30 à 23h00 et le dimanche de 08h30 à 22h00.

2. Un premier contrôle du magasin a été opéré par un inspecteur de l'office cantonal de l'inspection du commerce (ci-après : l'office) le 14 mars 2005.

   A cette occasion, il a été constaté que ledit commerce était un magasin d'alimentation, exploité comme une entreprise familiale.

   L'office a ensuite prié M. Ebrahim Malek de produire sa comptabilité ; l'intéressé a remis une comptabilité partielle pour l'exercice 2003 ; selon la ventilation du chiffre d'affaires à laquelle l'office a procédé au vu de ces pièces, le 64 % du chiffre d'affaires était réalisé par le secteur de l'alimentation.

   Un nouveau contrôle a été opéré le 13 septembre 2006.

3. Par décision du 19 septembre 2006 expédiée par lettre-signature du même jour à M. Ebrahim Malek, l'office a constaté que seule une infime minorité d'articles faisait partie de l'assortiment de tabacs et d'articles pour fumeurs, que la surface de vente était essentiellement destinée à celle de produits d'épicerie et qu'en conséquence ce secteur du commerce n'était manifestement pas un magasin de tabacs et journaux mais un commerce d'alimentation, pouvant être assimilé à une entreprise familiale, et devant en conséquence respecter au moins un jour de fermeture hebdomadaire obligatoire de vingt-quatre heures consécutives. Quant à l'occupation du personnel le soir après l'heure prescrite pour les commerces de la branche ainsi que le dimanche et les jours fériés, elle n'était pas autorisée.

   Cette décision était fondée sur les dispositions pertinentes de la loi sur les heures de fermeture des magasins du 15 novembre 1968 (LHFM - I 1 05) ainsi

que la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr - RS 822.11).

De plus, il était indiqué que cette décision "était applicable immédiatement et en permanence". L'intéressé était prié de communiquer à l'autorité avant le 30 septembre 2006 le jour de fermeture hebdomadaire choisi. Enfin, ladite décision était susceptible de recours dans les trente jours auprès du Tribunal administratif.

4. Par acte posté le 5 octobre 2006, M. Ebrahim Malek a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif car si celle-ci était appliquée, il subirait un manque à gagner en raison de la fermeture hebdomadaire exigée. De plus, la classification comme épicerie de l'"Alimentation Nice" ne reflétait pas la situation réelle. Les sociétés Naville et la Loterie Romande, au bénéfice toutes deux de monopoles, ne lui avaient pas attribué de mandat et il avait dû remplacer les gains escomptés de la vente de billets de loterie et de journaux par celle d'un certain nombre d'autres articles. Ce commerce demeurait un magasin de tabacs. Il était injuste de le priver de son revenu quand, à quelques mètres de son commerce, La Poste vendait sans problème des boissons, des confiseries, des bonbons, de la papeterie, des téléphones portables, des billets de spectacle, des DVD et même des billets de la Loterie Romande.

Il sollicitait un réexamen de la situation au vu de ces arguments.

5. Le 8 novembre 2006, l'office a conclu au rejet du recours. Il avait procédé à l'analyse de la comptabilité partielle pour l'exercice 2003 que le recourant lui avait remise et il en était résulté que le chiffre d'affaires du commerce était réalisé à raison de 64 % par le secteur de l'alimentation. Il s'agissait donc d'une épicerie, exploitée comme une entreprise familiale, qui devait donc respecter un jour hebdomadaire de fermeture, pas nécessairement le dimanche, et renoncer à occuper du personnel en dehors des heures prescrites pour les magasins de même nature.

Les monopoles de Naville et de la Loterie Romande ou la position de La Poste qui n'était pas un magasin ne permettaient pas de fonder un grief d'inégalité de traitement. En conséquence, la décision attaquée ne pouvait qu'être confirmée.

6. Entendues en audience de comparution personnelle le 15 décembre 2006, les parties ont campé sur leur position.

a. L'office a indiqué qu'il avait renoncé à exiger l'exécution immédiate de cette décision, les termes figurant au pied de celle-ci n'étant pas suffisamment précis.

b. Le recourant a ajouté que la situation de son commerce était la même et qu'il n'avait rien changé à ce jour.

Il avait séparé en 2003 le vidéo-club et l'épicerie même si l'office indiquait que le tabacs-journaux était exploité grâce à une banque située au milieu du commerce qui permettait de servir d'un côté et de l'autre, soit du côté du vidéo-club et du côté de l'épicerie.

Le recourant a invoqué le cas de deux autres épiceries, situées l'une à Rive et l'autre à la rue Voltaire, qui ne fermaient jamais. Il s'indignait d'être le seul à être sanctionné. Il serait prêt à se plier à la décision attaquée si la loi était appliquée à tout le monde de la même manière.

L'autorité a indiqué qu'elle ne disposait que de trois inspecteurs pour tout le canton et que ces exigences légales n'étaient pas nouvelles mais qu'elle procédait à des contrôles, les infractions étant toutes sanctionnées de la même manière.

7. Sur quoi, la cause 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. En application de l'article 66 LPA, le recours a effet suspensif. Les termes "la décision est applicable immédiatement et en permanence" n'ont pas été compris différemment par les parties puisque l'autorité a renoncé à exiger l'application immédiate de sa décision et que le recourant n'a rien changé à la situation qui prévalait avant celle-ci, pas plus qu'il n'a communiqué à l'office le jour de fermeture hebdomadaire comme cela lui était demandé.

3. Les horaires d'exploitation du vidéo-club ne sont pas concernés.

4. Reste à déterminer si l'"Alimentation Nice" est un tabacs-journaux ou une épicerie puisque les horaires d'exploitation de l'un et de l'autre doivent être différents.

5. A teneur de l'article 1 LHFM, la loi s'applique à tous les magasins sis sur le territoire du canton de Genève. Selon l'article 4 lettres b et h LHFM ne sont pas assujettis :

b. "les magasins de tabacs et journaux, à la condition qu'ils n'occupent pas de personnel les dimanches et jours fériés légaux, ainsi qu'au-delà des heures de fermeture normale des magasins ;

…

h. "les magasins et les étalages de marchés considérés comme entreprises familiales au sens de l'article 4 LTr, à condition qu'ils n'occupent pas de personnel les dimanches et jours fériés légaux, ainsi qu'au-delà des heures de fermeture normale des magasins, et qu'ils observent au moins un jour de fermeture hebdomadaire".

6. En cas de contestation sur le régime applicable à un commerce en raison notamment de la diversité des articles vendus par celui-ci, l'office statue en se référant au caractère dominant des ventes de ce magasin (art. 3A LHFM).

7. Il résulte du dossier que l'analyse de la comptabilité partielle remise par le recourant pour l'année 2003 démontre que le chiffre d'affaires d'"Alimentation Nice" provient à 64 % du secteur de l'alimentation. Le recourant ne le conteste pas et n'allègue pas que ce pourcentage se serait modifié depuis lors. En conséquence, ce commerce doit être considéré comme une épicerie. Celle-ci n'étant pas au bénéfice des exceptions prévues par la loi, cette épicerie est soumise au régime ordinaire des horaires applicables à celles exploitées en la forme commerciale, à savoir un jour hebdomadaire de fermeture et l'interdiction d'occuper du personnel le soir après l'heure prescrite pour les commerces de la branche de même que les dimanches et les jours fériés.

8. Le recourant se plaint d'une violation du principe de l'égalité au motif qu'il serait le seul à être sanctionné, d'autres épiceries travaillant sept jours sur sept.

a. Le principe d'égalité de traitement déduit de l'article 8 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) n'est violé que si des situations essentiellement semblables sont traitées différemment ou si des situations présentant des différences essentielles sont traitées de manière identique (ATF 108 1a 114 ; ATA/661/2006 du 12 décembre 2006).

b. Selon la jurisprudence, un justiciable ne saurait en principe se prétendre victime d'une inégalité de traitement au sens précité lorsque la loi est correctement appliquée à son cas, alors que dans d'autres cas, elle aurait reçu une fausse application ou n'aurait pas été appliquée du tout (ATF 115 1a 93 ; ATA/36/2005 du 25 janvier 2005 ; ATA/832/2004 du 26 octobre 2004).

Cependant, cela présuppose de la part de l'autorité dont la décision a été attaquée la volonté d'appliquer correctement à l'avenir les dispositions légales en question et de les faire appliquer par les services qui lui sont subordonnés (A. AUER, L'égalité dans l'illégalité, ZBl 1978 p. 280 et ss, 290 et ss).

En revanche, si l'autorité persiste à maintenir une pratique reconnue illégale ou s'il y a de sérieuses raisons de penser qu'elle va persister dans celle-ci, le citoyen peut demander que la faveur accordée illégalement à des tiers le soit aussi à lui-même, cette faveur prenant fin lorsque l'autorité modifie sa pratique illégale (ATA/661/2006 précité).

9. En l'espèce, le fait que Naville et la Loterie Romande n'acceptent pas de traiter avec le recourant ne concerne pas l'autorité intimée. S'agissant de relations de droit privé, celles-ci ne sont pas du ressort des juridictions administratives.

Quant à l'entreprise La Poste, et quelle que soit l'activité de celle-ci, il ne s'agit pas d'une entreprise familiale et elle n'est pas ouverte sept jours sur sept. Cette comparaison est dès lors sans pertinence.

Restent les autres commerces similaires à celui du recourant, dont ceux qu'il a cités notamment à Rive et à la rue Voltaire. Sur ce point, l'autorité a indiqué qu'elle procédait à des contrôles car ces commerces ne pouvaient pas être ouverts tous les jours à l'instar de celui du recourant. Ce faisant, elle a démontré sa volonté d'agir, la loi devant s'appliquer de la même manière à chacun. Si lesdits commerces étaient en infraction, ils se verraient sanctionnés également.

En conséquence, il n'existe aucune inégalité de traitement qui justifierait que le recourant soit traité différemment.

11. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge du recourant (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 5 octobre 2006 par Monsieur Ali Reza Ebrahim Malek contre la décision de l'office cantonal de l'inspection du commerce du 19 septembre 2006 ;

au fond :

le rejette ;

confirme la décision attaquée ;

met à la charge du recourant un émolument de CHF 1'000.- ;

dit que, conformément aux articles 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'article 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. Monsieur Ali Reza Ebrahim Malek ainsi qu'à l'office cantonal de l'inspection du commerce.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Paychère, Mme Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la secrétaire-juriste :	la vice-présidente :
S. Hüsler Enz	L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :