RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3804/2006-DES **ATA/279/2007**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 5 juin 2007

dans la cause

Madame K_____

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION DU COMMERCE

EN FAIT

1. Domiciliée dans le canton de Genève, Madame K_____ exploite, en raison individuelle, un magasin de vente de tabacs et d'alimentation à l'enseigne « P_____ », sur le territoire de la commune du Grand-Saconnex.

2. Le 15 septembre 2006, un fonctionnaire de l'office cantonal de l'inspection du commerce (ci-après : l'OCIC) a procédé à un contrôle de la boutique de Mme K_____. L'horaire affiché indiquait que les heures d'ouverture étaient de 7 heures à 21 heures, du lundi au vendredi et de 7h30 à 21h00, les samedis et dimanches. L'échoppe n'était pas un « tabacs-journaux », car l'essentiel de la surface était destiné à la vente d'articles d'épicerie et une petite partie seulement à celle d'articles pour fumeurs ainsi que de journaux et de magazines.

   Il s'agissait d'une entreprise familiale au sens de l'article 4 de la loi fédérale sur le travail de l'artisanat de l'industrie et le commerce du 13 mars 1964 (loi sur le travail - RS 822.11). Un tel magasin relevait de l'article 4 lettre h de la loi cantonale sur les heures de fermeture des magasins du 15 novembre 1968 (LHFM - I 1 05), ce qui impliquait un jour au moins de fermeture hebdomadaire.

3. Le 25 septembre 2006, l'OCIC a invité Mme K_____ à lui faire connaître le jour de fermeture hebdomadaire qu'elle choisissait dans un délai venant à échéance le 30 septembre 2006.

4. Par lettre postée le 18 octobre 2006, Mme K_____ a recouru contre la décision précitée. Le choix de produits d'épicerie qu'elle vendait n'était pas très grand. Il avait pour seul but de dépanner les habitants du quartier. Comme tous les autres exploitants de tabacs-journaux, elle vendait des magazines, des cartes, du tabac, des articles pour fumeurs, des boissons, de la confiserie et des glaces. Ces derniers articles n'étaient pas placés au fond du magasin afin que le consommateur les voie dès son entrée. La surface louée était telle qu'il lui aurait été impossible de se contenter des seuls articles pour fumeurs ainsi que des journaux. La rentabilité du commerce était très faible et il lui serait impossible de le fermer à raison d'un jour par semaine.

5. Le 6 décembre 2006, l'OCIC a répondu au recours. Les magasins de tabacs et journaux, à condition de ne pas employer de personnel les dimanches et les jours fériés légaux, ainsi qu'au-delà des heures de fermeture normale n'étaient pas assujettis à la LHFM. Quant aux magasins et aux étalages de marchés considérés comme des entreprises familiales, ils n'étaient pas non plus assujettis à ladite loi, sous condition toutefois d'observer un jour de fermeture hebdomadaire.

Selon l'article premier alinéa premier du règlement d'exécution de la loi sur les heures de fermeture des magasins du 21 février 1969 (RHFM - I 1 05.01), sont considérés comme des magasins de tabacs et journaux les commerces qui réalisent la majeure partie de leur chiffre d'affaires avec de tels articles et qui s'en tiennent pour le reste à la vente de produits dont le prix ne dépasse CHF 100.- la pièce.

Or, le commerce exploité par Mme K_____ n'était pas un magasin de tabacs et journaux avec vente d'alimentation, mais un seul commerce regroupant deux branches commerciales distinctes relevant de régimes différents. Les arguments ayant trait à la taille du local loué et aux besoins de Mme K_____ de nourrir sa famille ne relevaient pas de l'OCIC.

L'intimé conclut au rejet du recours et à la confirmation de sa propre décision du 25 septembre 2006.

6. Le 26 janvier 2006, le juge délégué, accompagné de sa greffière, s'est transporté au Grand-Saconnex afin de procéder à diverses constatations :

Il s'est rendu tout d'abord dans la partie postérieure du magasin où se trouvaient des articles tels que boissons non alcoolisées, huile, condiments, céréales, produits d'entretien et d'hygiène. Sur place, la recourante a expliqué qu'elle vendait encore quelques aliments frais comme du lait, du beurre, de la crème et quelques produits de charcuterie. Le juge délégué a relevé encore la présence de trois réfrigérateurs contenant des aliments surgelés, comme des pizzas, des légumes et des glaces.

La partie antérieure du kiosque était consacrée à la vente d'articles traditionnels dans les magasins de tabacs et journaux, ce que l'office intimé ne contestait pas. L'office n'avait pas calculé la part du chiffre d'affaires généré par les articles de tabacs et journaux avant de rendre la décision attaquée. En application de celle-ci, il convenait de procéder à une séparation physique des deux espaces du magasin et de fermer la partie épicerie à raison d'un jour par semaine, pour autant que cette partie dispose d'une entrée indépendante.

Sur quoi, le juge délégué a constaté qu'il était impossible d'accéder directement de l'extérieur à la partie postérieure du magasin, car celle-ci n'était pas au niveau du sol, mais le surplombait en raison d'un vide d'étage.

A l'issue de cette mesure d'instruction, la recourante a indiqué qu'elle était en litige avec le propriétaire de l'immeuble par-devant la juridiction des baux et loyers et qu'elle déposerait copie des écritures échangées à l'occasion de cette procédure.

Le juge délégué a indiqué aux parties, sans que celles-ci n'émettent d'autres réquisitions, que la cause serait alors gardée à juger.

7. Les 12 et 16 février 2007, les parties ont renvoyé au greffe du tribunal un exemplaire signé du procès-verbal de transport sur place.

Le 2 mars 2007, Mme K_____ a déposé un tirage des conclusions après enquêtes déposées par-devant le Tribunal des baux et loyers par la fondation D_____, propriétaire, et Monsieur O_____, locataire de l'arcade dans laquelle la recourante exploitait son kiosque.

8. Le 29 mai 2007, les parties ont été informées que la cause était 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 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. La recourante peut se prévaloir de la liberté économique, garantie par l'article 27 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), toute restriction à ce droit devant être fondée sur une base légale, être justifiée par un intérêt public et respecter le principe de la proportionnalité en application de l'article 36 alinéas 1 et 3 Cst.

3. La loi sur le travail ne s'applique pas aux entreprises dans lesquelles sont occupés le conjoint ou le partenaire enregistré du chef de l'entreprise, de même que d'autres parents.

En l'espèce, il n'est pas contesté que la recourante n'emploie pas de personnel extérieur au cercle défini par l'article 4 alinéa premier de la loi sur le travail.

4. Selon l'article 4 lettre b LHFM, 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 normales de tels magasins, ne sont pas assujettis aux restrictions d'horaires prévues par cette loi.

a. A teneur de l'article premier RHFM, bénéficient du statut de tabacs-journaux, les magasins qui réalisent la majeure partie de leur chiffre d'affaires avec la vente de tabacs, journaux et articles pour fumeurs et qui s'en tiennent pour le reste à la vente de produits dont le prix ne dépasse pas CHF 100.- pièce.

L'autorité intimée admet n'avoir pas procédé à une analyse du chiffre d'affaires de la recourante, afin de déterminer quelle était la part dans celui-ci des

articles offerts dans la partie antérieure du magasin et qui correspondent à l'assortiment traditionnel d'un magasin de tabacs et journaux.

Elle considère en effet qu'une telle mesure d'instruction est superflue, dès lors que la boutique exploitée par la recourante abriterait en fait deux commerces distincts.

b. Selon l'article 19 LPA, l'autorité établit les faits d'office.

En l'espèce, l'autorité intimée n'a pas analysé la comptabilité de la recourante ; elle est donc dans l'incapacité de prouver que le magasin exploité par celle-ci a perdu le statut de commerce de tabacs et journaux. Avant de rendre la décision litigieuse, elle eût dû procéder à une telle analyse, raison pour laquelle la cause sera renvoyée à l'autorité intimée.

S'il était alors établi que l'entreprise de la recourante a perdu le caractère d'un magasin de tabacs et journaux, il faudrait alors examiner la possibilité de clore l'espace dévolu à la vente de produits d'alimentation par une porte qui resterait fermée à raison d'un jour par semaine. L'exigence d'une entrée indépendante est étrangère au but de la loi, qui est d'éviter des distorsions de concurrence : la question pertinente n'est pas de savoir si un commerce d'alimentation est accessible de manière indépendante ou s'il y a lieu de traverser une zone dévolue à l'assortiment traditionnel d'un magasin de tabacs et journaux. Il suffit que la zone consacrée aux produits d'alimentation ne soit pas accessible à raison d'un jour par semaine pour que le but contenu dans la LHFM soit atteint.

5. Le recours sera donc partiellement admis. La recourante, quoiqu'elle obtienne partiellement gain de cause, n'a pas droit à une indemnité dès lors qu'elle n'y a pas conclu. L'autorité intimée, qui succombe partiellement, s'acquittera d'un émolument de CHF 500.- ainsi que des frais de transport sur place à hauteur de CHF 25,90.

******

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 18 octobre 2006 par Madame K_____ contre la décision de l'office cantonal de l'inspection du commerce du 25 septembre 2006 ;

au fond :

admet partiellement le recours ;

renvoie le dossier à l'autorité intimée pour instruction au sens des considérants ;

rejette le recours pour le surplus ;

met à la charge de l'office un émolument de CHF 500.- ainsi que les frais de transport sur place d'un montant de CHF 25,90 ;

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 Madame K_____, à l'office cantonal de l'inspection du commerce, ainsi qu'au secrétariat d'Etat à l'économie.

Siégeants : M. Paychère, président, Mmes Bovy et Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

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 :