RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/457/2021-DIV **ATA/176/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 18 février 2021

sur mesures provisionnelles

dans la cause

A_____ (SUISSE) SA
représentée par Mes Vincent Jäggi et Adrian Veser, avocats

contre

VILLE DE GENÈVE, DÉPARTEMENT DES FINANCES, DE L'ENVIRONNEMENT ET DU LOGEMENT
représentée par Me Adrien Alberini, avocat

Vu, en fait, le recours interjeté le 10 février 2021 par A_____ (Suisse) SA (ci-après : A_____ (Suisse) SA) contre la décision de la Ville de Genève (ci-après : ville), département des finances, de l'environnement et du logement (ci-après : département) l'excluant de l'opération « bons d'achat solidaires », celle-ci concluant, sur mesures provisionnelles et sur le fond, à sa réintégration immédiate ainsi que, sur le fond, à la constatation que son exclusion était illicite, subsidiairement au renvoi de la cause à la ville pour nouvelle décision, plus subsidiairement au constat que la ville a commis un déni de justice ;

qu'en novembre 2020, la ville a lancé l'opération « bons d'achat solidaires » (ci-après : opération) proposant à la population des bons d'achat de CHF 20.-, CHF 50.- et CHF 100.- avec un rabais de 20 % financé par la ville, en partenariat avec la Fondation communale pour le développement des emplois et du tissu économique (ci-après : Fondetec), la plateforme GenèveAvenue et le réseau « monnaie Léman » ; les commerces participant à l'opération devaient être situés sur le territoire de la ville et être inscrits sur le site de GenèveAvenue ; les arcades alimentaires étaient exclues ; les bons étaient valables jusqu'au 31 décembre 2021, mais la Fondetec versait au commerçant, dans les dix jours après l'achat du bon, la valeur de celui-ci ;

que A_____ (Suisse) SA, dont le siège est à Satigny, B_____ SA (ci-après : B_____), dont le siège est à Lausanne, et C_____ SA (ci-après : C_____), dont le siège est à Bâle-Ville ont participé à l'opération ;

que A_____ (Suisse) SA explique qu'elle exploite treize magasins en Suisse, dont les quatre sis à Genève emploient 149 personnes ; qu'entre sa mise en ligne le 22 décembre 2020 sur le site de GenèveAvenue et le 21 janvier 2021, des « bons d'achat solidaires » pour une valeur totale de CHF xxx ont été vendus en sa faveur ; ce montant correspondait à environ un tiers de son chiffre d'affaires mensuel ;

que selon A_____ (Suisse) SA, B_____, sa concurrente directe sur le marché du livre, était détenue à 20% par la société française D_____ SA, exploitait treize magasins en Suisse, dont deux en ville de Genève ; que C_____ exploitait une soixantaine de magasins en Suisse, dont un en ville de Genève, employait 10'000 personnes et appartenait à E_____ SA, qui, active sur le plan international, réalisait un chiffre d'affaires annuel de CHF xxx; C_____ était sa concurrente dans le domaine des produits électroniques ;

que le 18 janvier 2021, la ville avait annoncé qu'elle reconduisait l'opération jusqu'au 28 février 2021 ; que le 21 janvier 2021, A_____ (Suisse) SA s'était rendu compte que son nom ne figurait plus sur la liste des commerçants participant à l'opération ; elle s'était alors aperçue que les conditions générales avaient été modifiées en ce sens que « les entreprises participantes doivent avoir leur siège mondial en Suisse » ;

que lors d'un entretien téléphonique avec la ville le 22 janvier 2021, une collaboratrice du département lui avait indiqué que la ville ne souhaitait pas subventionner

des enseignes appartenant à des groupes, dont le siège était « situé à l'international », l'opération étant destinée aux petits commerçants genevois ;

que les demandes répétées de A_____ (Suisse) SA d'obtenir une décision la réintégrant ou confirmant son exclusion de l'opération étaient restées vaines ; que l'avocat de la ville avait indiqué le 2 février 2021 qu'il avait pris note des courriers de A_____ (Suisse) SA et reviendrait à elle « en temps opportun » ; que le 2 février également, A_____ (Suisse) SA aurait reçu un courriel de GenèveAvenue lui indiquant que celle-ci avait le plaisir de la compter dans la seconde opération de « bons d'achat solidaires » ;

que le 5 février 2021 toutefois, le conseil de la ville avait fait savoir que l'opération n'incluait pas « les entités appartenant à des groupes internationaux dont la maison-mère est basée à l'étranger » et qui n'avaient pas le même besoin de soutien que les entités locales ; A_____ (Suisse) SA était un grand groupe et son éviction ne constituait pas une discrimination ou une distorsion de la concurrence à l'égard de C_____ ou B_____ ;

qu'interpellé par la presse sur le subventionnement à C_____, le chef du département avait répondu que C_____ était une entreprise familiale genevoise qui générait de l'emploi ; toujours selon la presse, les bons d'achat avaient trouvé preneur pour CHF 8'000'000.-, dont x % avaient été vendus à C_____ ; la ville avait déclaré qu'elle n'inclurait dans la seconde phase de l'opération que « les entreprises ayant un siège social dans le canton ou y ayant une activité prépondérante » ;

que A_____ (Suisse) SA fait valoir que son exclusion constitue une décision au sens de l'art. 4 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (ci-après : LPA) ; si tel n'était pas le cas, il convenait d'admettre que le refus de rendre une décision visant à faire cesser ou révoquer l'acte illicite, malgré les mises en demeure, devait être assimilé à une décision ; son droit d'être entendue avait été violé, n'ayant pas pu se déterminer avant son exclusion et n'ayant pas reçu de décision motivée ; sa liberté économique était également violée, la décision d'exclusion favorisant ses concurrents directs, notamment B_____ en ce qui concernait la vente du livre et C_____ en ce qui concernait les articles électroniques, informatiques et électroménagers ; ses ventes dans ces domaines étaient quasiment nulles depuis son exclusion ; aucune base légale ne fondait la distinction opérée par la ville ; le critère du « siège mondial » à Genève avait été ajouté après son exclusion ; il s'agissait d'un critère flou et peu clair ; il était discriminatoire et n'était pas appliqué systématiquement puisque des sociétés étrangères (F_____, G_____, H_____, I_____ etc.) restaient admises ; par ailleurs, C_____ et B_____ ne pouvaient être qualifiées de commerces de proximité ; l'exclusion n'était pas non plus justifiée par un intérêt public ni proportionnée, un plafonnement du montant total aurait paru plus proportionné ; tant la motivation de l'exclusion que l'exclusion étaient arbitraires ; J_____, une société française appartenant à A_____ France, pouvait participer du seul fait que sa succursale se trouvait dans le magasin B_____ ;

que les mesures provisionnelles sollicitées étaient justifiées, compte tenu de l'urgence, chaque jour passant consacrant une grave distorsion du marché, ayant un effet

immédiat sur son chiffre d'affaires et l'opération se terminant le 28 février 2021 ; en refusant de rendre une décision, la ville avait privé A_____ (Suisse) SA de l'effet suspensif qu'un recours aurait déployé ; aucun intérêt public ne s'opposait à sa réintégration sur mesures provisionnelles ;

que la ville, se déterminant sur mesures provisionnelles et sur le fond, a conclu au rejet des deux ; elle a relevé que la recourante n'avait jamais sollicité de décision de sa part, mais une prise de position, qui lui avait été donnée par courrier du 5 février 2021 ; l'opération avait été affinée au gré du contexte incertain et changeant, dans le respect des libertés individuelles et du principe de proportionnalité, dans le but de la meilleure utilisation possible des deniers publics ; après l'expérience de l'opération conduite jusqu'en janvier 2021, la ville avait souhaité restreindre son aide aux besoins devenus les plus urgents, à savoir le soutien au commerce local, ce qui avait conduit à l'introduction du critère du siège mondial en Suisse ; ce critère se justifiait par le fait que les entités appartenant à des groupes internationaux pouvaient bénéficier d'une couverture financière (telles qu'avances de trésorerie par la maison-mère ou d'autres sociétés du groupe ; aide étatique ; aide de l'Union Européenne) potentiellement différente de celle des commerces locaux ; dans la seconde phase, entrée en vigueur le 21 janvier 2021, la ville avait également introduit un plafond à CHF 100'000.- par établissement ; A_____ (Suisse) SA, comme d'autres commerçants ne remplissant plus les critères de l'opération, n'avait pas été informée des modifications, une telle démarche ayant été jugée disproportionnée ; seule la ville fixait les conditions, GeneveAvenue se limitant à les exécuter ;

que C_____ et B_____ avaient leur siège mondial en Suisse ; E_____ SA, société-mère du groupe comprenant C_____, avait son siège à Genève ; si C_____ était concurrente sur le même marché que A_____ (Suisse) SA, son chiffre d'affaires reposait aussi sur d'autres activités que celles de A_____ (Suisse) SA ; B_____ était également concurrent de A_____ (Suisse) SA, mais son activité n'était pas comparable à celle de A_____ (Suisse) SA, dont le groupe et l'activité globale étaient plus importants ; les autres commerces cités par la recourante travaillaient au bénéfice d'une franchise et, donc, à leur propre risque financier, contrairement à A_____ (Suisse) SA ; une entité avait d'ailleurs été retirée de l'opération, lorsque la ville avait appris qu'elle n'était pas exploitée sous franchise ; le groupe A_____ avait bénéficié d'un prêt de l'État français de EUR xxx ; A_____ (Suisse) SA n'avait établi ni la diminution de son chiffre d'affaires ni que celle-ci était liée à son exclusion de l'opération ; que le groupe A_____ avait fortement augmenté son chiffre d'affaires au troisième trimestre de 2020 ;

que dans sa réplique sur mesures provisionnelles et sur le fond, A_____ (Suisse) SA a relevé qu'il appartenait à la ville d'exposer les critères selon lesquels elle privilégiait certains acteurs économiques et non à A_____ (Suisse) SA de démontrer qu'elle avait le droit de participer à l'opération ; elle n'avait reçu aucun soutien financier du groupe K_____ auquel elle appartenait ni d'aucun autre membre de ce groupe ; la compréhension que la recourante avait du système de l'opération ne constituait pas une motivation de son exclusion ; le plafonnement à CHF 100'000.- par établissement ne ressortait pas des

conditions générales publiées le 22 janvier 2021, ni d'ailleurs du communiqué du presse du Conseil administratif ; la presse avait mentionné un possible plafonnement à 5 % du montant total, soit CHF 250'000.- (5% de CHF 5'100'000.-) ; au vu des pièces produites, il ne pouvait être exclu que les conditions aient été modifiées après l'introduction du recours ; compte tenu de l'incitation que les bons d'achat pouvaient constituer, l'impact sur le chiffre d'affaires était considérable ; en outre, pour CHF 100'000.- de participation de la ville, la consommation y relative se montait à CHF 500'000.- ; l'atteinte portée à la neutralité concurrentielle et à la liberté économique était ainsi importante ;

que le seul marché auquel il fallait comparer B_____ était le marché genevois ; C_____ appartenait, comme la recourante, à un groupe, de sorte qu'elle pourrait aussi bénéficier du soutien financier de celui-ci ; les chiffres que la ville tirait du rapport financier du Groupe A_____ K_____ étaient des chiffres consolidés, qui ne concernaient pas A_____ (Suisse) SA ; par ailleurs, la ville n'avait pas produit les chiffres de C_____, B_____ ou E_____ SA ; la discrimination fondée sur l'appartenance à un groupe étranger contrevenait aux engagements internationaux de la Suisse et à la loi sur le marché intérieur ; en outre, les entreprises bénéficiant d'aides étatiques n'avaient pas le droit de transférer cette aide à une société n'ayant pas son siège dans le même pays ; la recourante n'était ainsi pas aidée par le groupe K_____ ; par ailleurs, l'intimée n'était pas en mesure de démontrer que le capital-actions des sociétés ayant leur siège en Suisse ne serait pas détenu par des actionnaires « étrangers » ; il y avait un intérêt public à réintégrer la recourante, les consommateurs genevois bénéficiant ainsi d'un plus large choix ; le montant de l'aide étant déjà arrêté, la réintégration n'aurait aucun impact sur les deniers publics ; l'argument relatif aux établissements franchisés ne résistait pas à l'examen, la ville n'étant pas en mesure de savoir si ceux-ci étaient soutenus par les franchiseurs ;

que les mesures provisionnelles se justifiaient, la recourante subissant une perte de clientèle et de fidélisation, et la distorsion de la concurrence étant susceptible de durer au-delà du 28 février 2021 ; étaient joints les conditions générales valables au 21 janvier 2021, un tableau avec les encaissements par A_____ (Suisse) SA des bons d'achat solidaires en janvier et en février 2021 ainsi qu'un extrait du site d'un syndicat dénonçant les pressions exercées par C_____ sur ses employés pour accepter une augmentation de leur temps de travail ;

que la recourante a encore produit une attestation du directeur financier de A_____ K_____ qu'en 2020, A_____ (Suisse) SA n'avait pas bénéficié d'aide financière ni d'avance de trésorerie de A_____ K_____ ou d'une société appartenant au groupe ;

que sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger sur mesures provisionnelles et sur le fond ;

Considérant, en droit, l'art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative de la Cour de justice du 26 mai 2020, à teneur duquel les décisions sur effet suspensif sont prises par la présidente de ladite chambre, respectivement par le vice-président, ou en cas d'empêchement de ceux-ci, par un juge ;

qu'aux termes de l'art. 66 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA-GE - E 5 10), sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif à moins que l'autorité qui a pris la décision attaquée n'ait ordonné l'exécution nonobstant recours (al. 1) ; que toutefois, lorsque aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, retirer ou restituer l'effet suspensif (al. 3) ;

que, par ailleurs, l'art. 21 al. 1 LPA permet le prononcé de mesures provisionnelles ;

que selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, des mesures provisionnelles, dont fait partie la restitution et le retrait de l'effet suspensif, ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/1043/2020 du 19 octobre 2020 ; ATA/303/2020 du 19 mars 2020 ; ATA/503/2018 du 23 mai 2018) ;

qu'elles ne sauraient, en principe, anticiper le jugement définitif (Isabelle HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess in RDS 1997 II 253-420, 265) ; que, par ailleurs, l'octroi de mesures provisionnelles présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3) ;

que lors de l'octroi ou du retrait de l'effet suspensif, l'autorité de recours dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui varie selon la nature de l'affaire (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1) ;

qu'en l'espèce, la recourante sollicite, par voie de mesures provisionnelles, ce qu'elle demande au fond ; que comme cela vient d'être exposé, les mesures provisionnelles ne sauraient, a priori, anticiper le jugement définitif ;

qu'il convient ainsi d'examiner les chances de succès du recours ;

que le fait qu'elle n'ait pas été acceptée à participer à la seconde phase de l'opération peut, prima facie et sans préjudice de l'examen au fond, être considéré comme une décision, dont la ville a apporté les motifs dans son courrier du 5 février 2021 ;

que s'agissant d'une opération visant à soutenir un grand nombre de commerces, il n'apparaît, à première vue, pas qu'au moment de la reconduire, l'intimée aurait dû individuellement informer les participants qui n'en remplissaient plus les conditions ;

que la recourante conteste les conditions de participation fixées à la seconde phase de l'opération des bons d'achat, notamment celle exigeant que le commerçant ait son « siège mondial » en Suisse, se plaignant d'une discrimination inadmissible et d'une atteinte à sa liberté économique et au principe de la liberté économique ;

que la liberté économique (art. 27 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) protège toute activité économique privée, exercée à titre

professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (ATF 137 I 167 consid. 3.1) ; elle englobe le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique, en vertu duquel les mesures étatiques qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence entre les concurrents directs sont prohibées ; ce principe offre une protection plus étendue que l'art. 8 Cst. ; l'égalité de traitement entre concurrents n'est toutefois pas absolue et autorise des différences, à condition que celles-ci reposent sur une base légale, qu'elles répondent à des critères objectifs, soient proportionnées et résultent du système lui-même (ATF 140 I 218 consid. 6.3 et les références citées) ;

qu'ainsi, selon le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique découlant des art. 27 et 94 Cst. sont interdites les mesures qui causent une distorsion de la compétition entre concurrents directs, c'est-à-dire celles qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence (ATF 130 I 26 consid. 6.3.3.1) ; on entend par concurrents directs les membres de la même branche qui s'adressent avec les mêmes offres au même public pour satisfaire les mêmes besoins ;

que la question de savoir si la recourante peut être considérée, au regard des art. 27 et 94 Cst., comme une concurrente directe des deux sociétés (C_____ et B_____) auxquelles elle se compare est délicate, dès lors qu'a priori, C_____ offre également d'autres marchandises que celles vendues par la recourante et cette dernière propose un assortiment, notamment électronique, que B_____ ne vend pas, comme la recourante l'indique d'ailleurs elle-même ;

qu'il ne suffit pas que les deux sociétés précitées vendent également des biens qu'elle-même propose ; le principe d'égalité de traitement des concurrents d'une même branche économique ne s'applique, en effet, pas dans l'hypothèse où deux catégories d'entreprises se trouvent dans une situation de concurrence pour une partie seulement de leurs activités (ATF 120 Ia 236 consid. 2b ; 119 Ia 433 consid. 2b) ;

que par ailleurs, le critère du « siège mondial en Suisse » permettant de participer à la seconde phase de l'opération menée par l'intimée soulève la question de savoir s'il est suffisamment compréhensible et précis, d'une part, et s'il est arbitraire, d'autre part ;

que l'interprétation par la ville de la notion de « siège mondial en Suisse », soit d'un terme qui n'est pas utilisé par la loi, visant à définir les sociétés ayant une activité internationale ou faisant partie d'un groupe actif dans plusieurs pays, mais ayant leur siège principal ou le siège de la société-mère en Suisse n'apparait pas d'emblée insoutenable ;

que la question de savoir si ce critère, qui vise à traiter différemment des commerces appartenant à un groupe dont le siège est sis à l'étranger de ceux qui ont leur siège en Suisse, est arbitraire nécessite un examen plus approfondi ; que la distinction opérée repose sur l'hypothèse que les sociétés appartenant à un groupe dont le siège se trouve à l'étranger peuvent bénéficier d'aides financières de leur pays de domiciliation, différentes de celles perçues en Suisse ;

qu'à cet égard, A_____ K_____ a perçu, selon un communiqué de presse du 19 avril 2020 produit par l'intimée, un prêt de EUR xxx garanti par l'État français ;

que, certes, selon l'attestation produite par A_____ K_____, la recourante n'a pas reçu d'aide de ce groupe en 2020 ; que cette dernière semble, cependant, selon les pièces produites par la ville et l'allégation non contestée de celle-ci, avoir réalisé un bon chiffre d'affaires en 2020 ;

que quoi qu'il en soit, dans la mesure où l'aide apportée par l'opération aux entreprises – et indirectement aux consommateurs – s'inscrit dans le contexte très particulier de la crise sanitaire actuelle, a une durée limitée dans le temps et vise à préserver le commerce local, le critère justifiant l'admission à l'opération menée par la ville, bien que discutable, n'apparaît pas, prima facie et sans préjudice de l'examen au fond, manifestement incompatible avec l'interdiction de l'inégalité de traitement ;

qu'enfin, la recourante a un intérêt privé financier et de fidélisation de sa clientèle à être immédiatement réintégrée dans l'opération des bons d'achat ; qu'elle allègue subir un préjudice important qu'elle ne rend toutefois pas vraisemblable, ne produisant que la comparaison du montant réalisé en janvier et début février 2021 en lien avec ladite opération, mais ne fournit aucune indication sur son chiffre d'affaires réalisé depuis le 19 janvier 2021 ;

que l'intérêt public réside, en particulier, dans la préservation des deniers publics et dans le respect, par la ville, des conditions de participation à l'opération des bons d'achat solidaires fixées par elle-même ;

qu'au vu de ce qui précède, il n'apparaît pas que les chances de succès du recours soient manifestes ni que l'intérêt privé de la recourante doive l'emporter sur l'intérêt public, au stade de mesures provisionnelles ;

que, partant, la requête de mesures provisionnelles sera rejetée ;

qu'il sera statué sur les frais de la présente décision avec le fond.

* * *

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette la requête de mesures provisionnelles ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée 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. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision à Mes Vincent Jäggi et Adrian Veser, avocats de la recourante, ainsi qu'à Me Adrien Alberini, avocat de l'intimée.

La Juge :

F. Krauskopf

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :