

GE_GERICHTE A/3561/2007 vom 8. April 2008

GE Cour de justice, 2008-04-08, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_3561_2007

FR: GE_GERICHTE A/3561/2007 du 8 avril 2008

IT: GE_GERICHTE A/3561/2007 del 8 aprile 2008

Regeste

; DÉCISION ; STAND DE MARCHÉ ; LIBERTÉ ÉCONOMIQUE ; NATIONALITÉ ; ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ; USAGE COMMUN ACCRU ; DOMAINE PUBLIC ; MESURE DE POLITIQUE ÉCONOMIQUE ; CONCURRENT | Décision attribuant un emplacement sur le marché de la Fusterie à un autre marchand que le recourant, jugée conforme aux règles communales régissant les marchés de détail. Portée des critères de domicile et de nationalité dans l'ordre de ces attributions, au regard de la liberté économique et de la LMI. | Cst.8 ; Cst.27 ; Cst.94 ; LPA.4 ; LDP.15 ; art. 1er du règlement sur la régle des marchés (I 1 40.04) ; 2 du règlement sur les marchés de détail (RMD - LC 21 811) ; RMD.12 ; RMD.13

Erwägungen

E. 1

a. Selon l'article 56A alinéa 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 05), le recours au Tribunal administratif est ouvert contre les décisions des autorités et juridictions administratives, au sens des articles 4, 5, 6, alinéa 1, lettre d et 57, de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985, sauf exception prévue par la loi. Sont considérées comme des décisions au sens de l'article 4 alinéa 1 er de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas d'espèce fondées notamment sur le droit communal et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits et des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits, d'obligations ou de faits (let. b), de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou des obligations (let. c). b. En droit genevois, la notion de décision est calquée sur le droit fédéral (art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 - PA - RS 172.021), ce qui est également valable pour les cas limites, ou plus exactement pour les actes dont l'adoption n'ouvre pas de voie de recours. Ainsi, de manière générale, les communications, opinions, recommandations et renseignements ne déploient aucun effet juridique et ne sont pas assimilables à des décisions (ATA/42/2007 du 30 janvier 2007 consid. 4 ; ATA/602/2006 du 14 novembre 2006 consid. 3 ; ATA/836/2005 du 6 décembre 2005 consid. 2 ; P. MOOR, Droit administratif, Vol. 2, Berne 2002, p. 214, n. 2.2.3.3 ; B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 334-344). En l'espèce, la lettre de la Ville de Genève adressée à Mme Canosa le 5 septembre 2007 contre laquelle le recours est dirigé, explique à cette dernière les principes qui ont guidé l'autorité administrative dans l'attribution des places vacantes au marché de la Fusterie lors de la réunion du 28 juin 2007. Ce faisant, elle confirme implicitement le refus qui a été fait ce jour-là à Mme Canosa d'accéder à sa demande d'attribution des deux emplacements situés sur la voie centrale, portant les nos 32

et 33. Elle rejette ainsi une demande tendant à créer un droit et constitue, dès lors, une décision sujette à recours au sens des articles 4 alinéa 1 er lettre c LPA et 56A alinéa 2 LOJ. c. Le recours a par ailleurs interjeté en temps utile devant la juridiction compétente (art. 56A al. 2 LOJ ; art. 63 al. 1 let. a LPA).

E. 2

En tant que destinataire de la décision attaquée, Mme Canosa dispose enfin de la qualité pour recourir au sens de l'article 60 alinéa 1 er lettre b LPA.

E. 3

Son recours est donc recevable.

E. 4

La recourante conteste certes la décision de ne pas lui avoir attribué les deux places précitées lors de la réunion du 28 juin 2007, mais plus généralement, elle critique le mode d'attribution appliqué par le service, qui introduirait des critères discriminatoires et étrangers à la loi dans la distribution des emplacements vacants.

E. 5

Selon l'article 1 er alinéa 1er du règlement sur la régie des marchés (I 1 40.04, en relation avec l'art. 15 de la loi sur le domaine public du 24 juin 1961 - LDP - L 1 05), les marchés ne peuvent être organisés que par les autorités communales compétentes du lieu où ils se tiennent ou avec l'autorisation de celles-ci. Sur la base de cette disposition, la Ville de Genève a édicté le RMD.

E. 6

Aux termes de l'article 2 alinéa 1 er de ce règlement, le marché est un service public destiné essentiellement à l'approvisionnement de la population en produits du sol apportés par un certain nombre de marchands. D'autres marchandises, dont la liste figure en annexe dudit règlement, peuvent aussi y être vendues (art. 2 al. 2 RMD). Les parties ne contestent pas que la vente de crêpes fait partie des marchandises dont la vente est accessoirement autorisée au sens de cette disposition.

E. 7

Les heures d'ouverture des marchés sont de 6h30/7h à 13h, selon les saisons (art. 4 RMD).

E. 8

Les emplacements, au nombre de soixante-huit sur le marché de la Fusterie, sont loués pour partie à des abonnés auxquels une place est attribuée de manière fixe (locations à l'abonnement) et, pour le reste, "au ticket journalier" (locations à la journée ; art. 11 RMD). Les abonnements fixes sont délivrés par le service. La location au jour le jour est effectuée sur place par les agents municipaux (art. 11 al. 1 er RMD).

E. 9

a. Selon l'article 13 alinéa 1 er RMD, l'attribution des emplacements « à l'abonnement » se fait par le service, de la façon suivante : 1) à un locataire au même marché ou d'un marché ayant lieu le même jour, pour un échange ; 2) à une personne non locataire le même jour ; 3) à un locataire pour un emplacement supplémentaire sous réserve de l'article 14 RMD (qui fixe un maximum de deux emplacements par jour de marché pour chaque locataire, sauf dérogation expresse). b. En l'espèce, au moment de sa demande, la recourante disposait de

deux emplacements fixes. Souhaitant se trouver sur la voie centrale, elle a demandé un transfert de places. Lorsque la décision litigieuse a été prise, elle était ainsi "locataire au même marché" au sens de l'article 13 alinéa 1^{er} lettre a RMD. M. Abedinpour disposait, comme Mme Canosa, de deux places fixes avant l'attribution contestée. Il était donc également "locataire au même marché" conformément à cette disposition.

E. 10

Pour départager deux requérants se trouvant dans la même situation, il faut se référer à l'article 13 alinéa 2 RMD, qui indique qu'il est tenu compte, en outre, dans l'attribution : a. de la priorité accordée aux producteurs sur les revendeurs selon l'article 12 ; b. de la nationalité (suisse ou étrangère); le Conseil administratif pourra toutefois, dans certains cas, accorder la priorité à un locataire étranger eu égard à son ancienneté sur le marché ; c. du domicile (à l'intérieur ou hors du canton) ; d. de l'ancienneté comme locataire s'il s'agit d'un échange ou d'un emplacement supplémentaire ; e. du rang d'inscription par ordre chronologique. Lorsqu'il y a eu interruption de location, seule la date de reprise entre en ligne de compte pour déterminer l'ancienneté (art. 13 al. 3 RMD).

E. 11

L'article 13 alinéa 2 RLMD ne paraît pas clairement instaurer de hiérarchie dans les critères qui sont énoncés. Cela ne signifie toutefois pas que cette hiérarchie n'existe pas. En effet, selon l'article 12 RMD, auquel la lettre a de l'article 13 alinéa 2 RMD renvoie, les producteurs suisses domiciliés dans le canton sont prioritaires pour la location des emplacements de marchés à l'abonnement (1^{ère} phrase). Il en est de même pour les transferts de place (2^{ème} phrase). Ceux-ci bénéficient également de la priorité sur les revendeurs pour l'attribution des places au jour le jour (art. 13 al. 2 1^{ère} phrase). Indépendamment des exigences de nationalité et de domicile - dont on verra plus loin qu'ils ont perdu une grande partie de leur portée - l'article 12 instaure un ordre de priorité général des producteurs sur les revendeurs, et de ces derniers sur les marchands n'offrant pas de produits du sol. Cette interprétation découle du but assigné aux marchés par l'article 2 alinéa 1^{er} RMD, qui prévoit que "les marchés sont un service public destiné essentiellement à l'approvisionnement en produits du sol". L'article 2 alinéa 2 de cette disposition, qui dispose que "d'autres marchandises (...) pourront également y être vendues" - est éloquent s'agissant du caractère accessoire de ces dernières activités.

E. 12

La question de savoir si cet ordre de priorité est absolu et ne peut être contré par la présence des critères complémentaires énoncés aux lettres b à e de l'article 13 alinéa 2 RMD peut souffrir de rester ouverte, car la recourante ne saurait s'en prévaloir en l'espèce. a. En effet, contrairement à ce qu'elle soutient et à ce que laisse croire le texte légal, le critère de la nationalité figurant à l'article 13 alinéa 2 lettre b RMD ne pouvait intervenir dans l'attribution contestée et aider à départager les deux candidats, bien que M. Abedinpour soit iranien et Mme Canosa de nationalité suisse. Ce critère a perdu une grande partie de sa portée avec les développements législatifs et jurisprudentiels intervenus depuis 1973, date d'adoption dudit règlement, qui concernent la nouvelle portée donnée par la loi et par le Tribunal fédéral à la liberté économique garantie par les articles 27 et 94 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101). b. Le cercle des titulaires de cette liberté s'est étendu. Désormais, les étrangers régulièrement établis en Suisse - soit notamment les personnes au bénéfice du permis C, comme M. Abedinpour -

peuvent se prévaloir de la liberté économique (ATF 116 Ia 237). c. Le contenu de cette liberté a, lui aussi, été élargi. d. Un droit "conditionnel" à un usage accru du domaine public a été reconnu par le Tribunal fédéral (ATF 126 I 133 p. 140 consid. 4d ; 121 I 279 p. 282 consid. 2a ; 119 Ia 445 , p. 447 consid. 1a/bb ; 108 Ia 135 p. 136 consid. 3). Tous les titulaires de la liberté économique bénéficient de ce droit, indépendamment de leur nationalité. M. Abedinpour en dispose donc au même titre que la recourante. e. Certes, des restrictions à cette liberté peuvent être apportées, à condition qu'elles se fondent sur une base légale, sont justifiées par un intérêt public ou la protection d'un droit fondamental d'autrui et sont proportionnées au but visé (art. 36 Cst.). Toutefois, une restriction qui a pour seul but de protéger des acteurs économiques locaux ou nationaux au détriment d'acteurs étrangers (établis en Suisse) – telle l'exigence de la nationalité suisse dans le RMD - constitue une mesure de politique économique prohibée par la Constitution (art. 27, 36 et 94 Cst. ; ATF 130 I 26 consid. 6.3.3.1 p. 53 ; 125 I 322 consid. 3a p. 326 ; 97 I 499 ; D. HOFMANN, La liberté économique face au droit européen, Berne 2005, p. 79-80). Ainsi, un ordre de priorité fondé sur la nationalité constitue désormais une restriction inadmissible à la liberté économique du titulaire qui est lésé par cette mesure, si le but poursuivi par la loi est la protection des acteurs économiques locaux, comme c'est clairement le cas en l'espèce. Ce critère ne peut donc trouver application dans le cas soumis au Tribunal de céans. f. L'interdiction faite à la Confédération, aux cantons et aux communes d'intervenir, sans base constitutionnelle expresse, dans le jeu de la libre concurrence - désormais expressément consacrée dans la Constitution (art. 94 al. 2 Cst, en relation avec les art. 27 et 8 Cst.) - a, elle aussi, beaucoup contribué à amoindrir le critère. Elle protège essentiellement les concurrents directs, qui sont, selon la jurisprudence, les membres d'une même branche économique qui s'adressent avec les mêmes offres au même public pour satisfaire les mêmes besoins. Bien qu'elle ne soit pas applicable au cas d'espèce, qui n'oppose pas deux concurrents directs au sens de cette définition, cette interdiction a eu une très forte influence sur l'amoindrissement de cette condition. g. En résumé, le critère de la nationalité prévu par le règlement ne garde une portée que dans le cas - hypothétique - où il conviendrait de départager deux candidats dont l'un serait titulaire de la liberté économique et pas l'autre, sous réserve encore de l'inexistence de bases légales expresse accordant une protection particulière au candidat malchanceux (tel un accord international, par exemple). En tout état, ce critère ne peut plus servir à départager deux marchands titulaires de la liberté économique, qui ont le même droit conditionnel à un usage accru du domaine public et sont soumis aux mêmes conditions de restrictions applicables à cette liberté.

E. 13

Le critère du domicile (art. 13 al. 2 let. c RMD) a suivi des développements similaires. Avec l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02), celui-ci ne peut plus être opposé à un candidat domicilié en Suisse hors du canton. Cette situation découle de l'article 2 LMI, qui garantit désormais à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse - quelle que soit par ailleurs sa nationalité - l'accès libre et non discriminatoire au marché (dans son sens large et non dans le sens de "marché de détail") afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse. Ainsi, même si M. Abedinpour était domicilié dans le canton de Vaud, ce critère ne pourrait lui être opposé.

E. 14

La condition relative à l'ancienneté « comme locataire » (art. 13 al. 2 let. d RMD), également invoqué par Mme Canosa, peut, contrairement aux critères précédents, être pris en compte dans l'attribution litigieuse. Ce critère est toutefois de poids minime en l'espèce, M. Abedinpour ayant obtenu une carte de légitimation à peine deux mois après la recourante, le 25 avril 2002. Indépendamment de la longue absence de Mme Canosa, pour raisons de maternité, et de l'application discutée de l'article 13 alinéa 3 RMD à cette situation, la légère antériorité du statut de locataire de la recourante ne saurait aucunement prédominer sur la priorité instaurée par l'article 12 RMD.

E. 15

Le critère de l'antériorité de l'inscription (art. 13 al. 2 let e RMD), même s'il était réalisé, ne serait pas non plus de nature à remettre en cause cette priorité, qui est encore confirmée par la présence des éléments suivants.

E. 16

Ainsi que le soulève l'autorité intimée, la recourante offre un service qui ne commence pas aux aurores, comme celui des producteurs et des revendeurs de produits du sol, mais vers 11 heures. Ce fait n'a pas été contesté par Mme Canosa, lors des deux comparutions personnelles organisées par le tribunal de céans. Or, dans le cadre d'un tel marché où la prestation offerte par la recourante apparaît très secondaire, il est logique que la voie centrale soit laissée en priorité à des personnes qui offrent des prestations de l'ouverture à la clôture du marché. Certes, ces deux derniers critères ne figurent pas expressément dans la liste, de l'article 13 alinéa 2 RMD. Ces éléments, directement liés à l'offre présente sur le marché que les attributions ont pour fonction de gérer, pouvaient néanmoins, à l'évidence, entrer dans l'appréciation de l'autorité chargée de l'attribution litigieuse. Il faut en conclure que la liste en question n'est pas exhaustive.

E. 17

La recourante reconnaît au surplus elle-même que son activité est saisonnière et qu'entre le 1er juin et le 1er septembre, elle n'est pas présente sur le marché. Il découle également des documents produits par l'autorité intimée que le nombre des présences de l'intéressée est très inférieur à celles de M. Abedinpour. L'autorité pouvait ainsi, sans arbitraire, considérer la demande de ce dernier comme prioritaire.

E. 18

Enfin, la recourante se plaint de divers manquements et injustices commises par l'autorité dans le passé (attribution des places 1 et 2 à Mme Tran, 13 et 14 à M. Gasbarre et Mme Forel, notamment). Les décisions y relatives sont toutes entrées en force, faute d'avoir été contestées en temps utile (malgré l'absence de notification formelle avec indication des voies et délais de recours vu l'écoulement du temps et le fait que ces situations étaient connues de la recourante ; art. 47 LPA ; ATA/713/2005 du 25 octobre 2005 consid. 3). Les divers griefs soulevés par la recourante en rapport avec ces décisions (violations du principe de l'égalité de traitement, etc.) ne peuvent ainsi plus être examinés. Le service reconnaît que sa gestion n'a pas suivi les changements que la société et les acteurs économiques ont connus ces dernières années et qu'elle doit redonner une nouvelle ligne à sa pratique, plus claire et rigoureuse. Cette volonté est attestée par les démarches qu'il a organisées en rapport avec la réunion de juin 2008 et par l'élaboration du nouveau règlement sur lequel elle travaille. Certes, depuis la quasi disparition de la portée des critères de nationalité et de domicile, les critères légaux ne sont plus aussi favorables qu'avant pour la recourante, qui

offre des prestations secondaires sur un marché de détail, par rapport à d'autres marchands, et qui passe maintenant après tous les marchands de produits du sol, quels que soient leur domicile et leur nationalité. Cette situation provient de l'option fondamentale prise par le législateur communal de considérer comme secondaires, sur les marchés de détail, les activités des marchands n'offrant pas de produits du sol.

E. 19

Le recours ne peut donc qu'être rejeté.

E. 20

Un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 LPA). * * * * *

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.