**Ville de Genève**
**Conseil municipal**

# PR-1358

*17 avril 2019*

## Proposition du Conseil administratif du 17 avril 2019 en vue de la modification de l'article 23A, alinéa 5 du règlement relatif aux aides financières du Service social (LC 21 511).

Mesdames les conseillères municipales, Messieurs les conseillers municipaux,

**Exposé des motifs**

Le 17 janvier 2017, le Conseil municipal adoptait une délibération relative au projet de délibération PRD-130, qui a abouti à une modification du Règlement relatif aux aides financières du Service social (LC 21 511), avec l'ajout, à l'art. 23A al. 5, de la notion de délivrance de l'allocation de rentrée scolaire (ARS) «sous forme de bon uniquement valable dans les commerces genevois (en ville de Genève)».

Le 8 mars 2017, le Service de surveillance des communes a émis un avis relatif à la délibération du 17 janvier 2017 considérant que celle-ci «ne pourra être mise en œuvre que dans le respect du droit supérieur, notamment la loi sur le marché intérieur».

Le 2 octobre 2017, la Commission de la concurrence (COMCO) a rendu la recommandation N° 6220008, qui constatait, en premier lieu, que ce nouvel alinéa, s'agissant de la restriction de l'utilisation du bon dans les commerces genevois, constituait une mesure de restriction au marché; en second lieu, la COMCO a jugé que cette mesure ne répondait à aucune des conditions cumulatives posées par la loi pour qu'une restriction au marché soit valable; la COMCO ne s'est pas prononcée sur le fait que le montant de l'allocation puisse être versé sous forme de bon.

Le 24 janvier 2018, le secrétariat de la COMCO a pris acte du fait que les allocations scolaires resteront sous forme de bons devant être compris comme des cartes électroniques de dépenses. La modification envisagée de l'art. 23A al. 5 du règlement, à savoir la radiation de la validité des bons limitée aux commerces en Ville de Genève, est jugée très positive, et conforme à la recommandation du 2 octobre 2017. La COMCO déclarait rester dans l'attente de nouvelles concernant la modification du règlement et la décision du législatif (sic).

Le Conseil administratif a pris acte de la volonté du Conseil municipal. Depuis fin août 2018, la prestation d'ARS est effectivement octroyée sous forme d'une carte électronique de paiement, assimilable à un «bon», soit un moyen de paiement qui s'est substitué à un versement monétaire. Ce bon est à faire valoir dans un réseau de vingt points de vente (neuf enseignes partenaires), répartis sur le canton de Genève. Ce réseau de partenaires a été constitué suite à un appel à manifestation d'intérêt.

La périodicité de soumission de la demande d'ARS, comme celle de l'utilisation de la carte électronique de paiement, ont déjà été modifiées (art. 23A al. 4 et 6) pour tenir compte de la volonté du Conseil municipal, telle que ressortie des débats ayant prévalu à la délibération PRD-130 du 17 janvier 2017 susmentionnée.

Demeure dès lors la question de la conformité du règlement avec le droit fédéral, particulièrement de l'art. 23A al. 5, tel que modifié le 17 janvier 2017.

Le projet de délibération qui est soumis au Conseil municipal permettrait de résoudre cette question de conformité du règlement avec le droit fédéral. Selon la LAC, il revient en effet au Délibératif de modifier une norme (ici l'al. 5 de l'art. 23A) qu'il a adoptée précédemment (cf. art. 30 al. 2 et 48 lettre v LAC).

Dans la rédaction du projet de délibération, les éléments suivants ont été pris en considération.

La recommandation de la COMCO fixe ceci: «La mise en œuvre de l'art. 23A al. 5 du règlement relatif aux aides financières du service social du 17 décembre 1986 ne peut se faire dans le respect de la LMI» (N. B. loi fédérale sur le marché intérieur).

Une solution technique a pu être mise en œuvre par l'Administration pour répondre à l'esprit de la demande du Conseil municipal sans pour autant restreindre les achats aux seuls commerces situés en Ville de Genève.

Le projet de délibération qui est soumis au Conseil municipal a pour objet un ajustement de l'art. 23A du règlement qui permettrait sa mise en conformité avec le droit fédéral et respecterait les avis de la COMCO et du Service de surveillance des communes, tout comme les compétences découlant de la loi sur l'administration des communes (LAC) (cf. art. 30 al. 2 et 48 lettre v LAC).

Au bénéfice de ce qui précède, nous vous invitons, Mesdames les conseillères municipales, Messieurs les conseillers municipaux, à approuver le projet de délibération ci-après.

*PROJET DE DÉLIBÉRATION*

LE CONSEIL MUNICIPAL,

vu les articles 30, alinéa 2 et 48 lettre b), de la loi sur l'administration des communes du 30 avril 1984;

sur proposition du Conseil administratif,

*décide:*

*Article premier.* – L'article 23A, alinéa 5 du règlement relatif aux aides financières du Service social (LC 21 511) est modifié comme suit:

«**Art. 23A Allocation de rentrée scolaire**

»1 *(Inchangé.)*

»2 *(Inchangé.)*

»3 *(Inchangé.)*

»4 *(Inchangé.)*

»5 *(Modifié.)* Le montant de l'allocation est versé sous forme de bon.

»6 *(Inchangé.)*

*Art. 2.* – De fixer l'entrée en vigueur au lendemain de l'approbation par le département compétent *(première date possible)*.

*Annexes:* – avis du SSCO du 8 mars 2017
– recommandation N° 6220008 de la COMCO du 2 octobre 2017

REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE
Département présidentiel
**Service de surveillance des communes**

Ville de Genève
Administration centrale
Reçu le 13 MARS 2017
Séance CA du:
Décision:
A traiter par:
Copies:

Service de surveillance
des communes
Rue de l'Hôtel-de-Ville 2
Case postale 3964
1211 Genève 3

*N/réf. : GZU/cgs/42/17*

Monsieur le Maire
de la Ville de Genève
Palais Eynard
Case postale 3983
1211 Genève

**DIFFUSION**
MM. Barazzone
Pagani
Mmes Salerno
Alder
MM. Kanaan
Moret
Burri
Schweri
SCM
Service juridique
Dossiers-Documentation

Genève, le 8 mars 2017

**Concerne : Délibération du 17 janvier 2017**

Monsieur le Maire,

Nous vous informons que la délibération relative à

**la modification de l'article 23A du règlement relatif aux aides financières du service social ayant trait à l'allocation de rentrée scolaire**

que nous avons soumise pour préavis au service concerné, a suscité la remarque suivante :

*La présente délibération ne pourra être mise en oeuvre que dans les respects du droit supérieur, notamment la loi sur le marché intérieur.*

Le délai référendaire étant échu, nous classons cette délibération devenue exécutoire, en application de l'article 88, alinéa 2, de la loi sur l'administration des communes.

Nous vous prions de croire, Monsieur le Maire, à l'assurance de nos salutations distinguées.

Guillaume Zuber
Directeur

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Wettbewerbskommission WEKO
Commission de la concurrence COMCO
Commissione della concorrenza COMCO
Competition Commission COMCO

# 622-0008 : Recommandation du 2 octobre 2017 à l'attention de la Ville de Genève

concernant

la modification de l'article 23A du Règlement relatif aux aides financières du service social du 17 décembre 1986

## 1 Etat des faits

1. Les autorités de la Ville de Genève ont adopté en 2013 l'art. 23A du Règlement relatif aux aides financières du service social du 17 décembre 1986 (LC 21 511 ; ci-après : le Règlement). Avec cet article, une allocation de rentrée scolaire a été introduite, dont l'octroi est soumis à diverses conditions.

2. Ainsi, afin qu'un enfant puisse bénéficier de cette allocation, celui-ci doit premièrement fréquenter un degré de la scolarité obligatoire (art. 23A al. 1 du Règlement). Deuxièmement, l'enfant et son parent titulaire du droit de garde doivent être au bénéfice d'un titre de séjour, être domiciliés et résider effectivement sur le territoire de la Ville de Genève (art. 23A al. 1 en relation avec l'art. 2 al. 1 du Règlement). Enfin, l'enfant doit bénéficier personnellement et pour l'année civile en cours du subside destiné à la couverture totale ou partielle des primes de l'assurance-maladie que l'Etat de Genève accorde aux assurés de condition économique modeste (art. 23A al. 2 du Règlement).

3. L'art. 23A al. 3 du Règlement prévoit que le montant de l'allocation de rentrée scolaire se monte à CHF 130.- pour les enfants fréquentant les degrés 1 à 8 de la scolarité obligatoire, correspondant au degré primaire, puis à CHF 180.- pour les enfants fréquentant les degrés 9 à 11 (degré secondaire).[1]

4. Le versement de l'allocation de rentrée scolaire doit faire l'objet d'une demande adressée au Service Social de la Ville de Genève entre la date de la rentrée et le 31 décembre pour l'année scolaire en cours. Cette demande doit inclure certains documents prouvant que les

[1] Art. 6 de l'Accord intercantonal sur l'harmonisation de la scolarité obligatoire du 14 juin 2007 ; RS/GE C 1 06.

conditions détaillées ci-dessus (ch. 2) sont remplies.[2] Chaque année, plus de 2'500 familles bénéficient de l'allocation de rentrée scolaire, et le montant global octroyé annuellement se chiffre à environ CHF 550'000.-.[3]

5. En l'état actuel, l'allocation de rentrée scolaire est versée sur le compte bancaire des parents ayant rempli les conditions d'octroi, sans qu'aucune autre condition d'utilisation de celles-ci ne soit prévue.[4]

6. Le 17 janvier 2017, le Conseil municipal de la Ville de Genève a adopté un alinéa 5 à l'art. 23A du Règlement, qui prévoit que « [le] montant de l'allocation sera versé sous forme de bon uniquement valable dans les commerces genevois (en ville de Genève) »[5]. Il ressort clairement des débats menés au Conseil municipal[6] que ce nouvel alinéa vise à soutenir les commerces genevois.[7] Ainsi, il s'agit de « réinjecter cet argent [celui des allocations de rentrée scolaire] dans l'économie genevoise municipale »[8].

7. Deux options sont envisagées pour la mise en œuvre de ce nouvel alinéa. La première option serait que la Ville de Genève achète des bons dans les « commerces genevois », lesquels seraient ensuite distribués aux bénéficiaires de l'allocation, alors que la deuxième prévoit que la Ville de Genève émette et distribue elle-même aux bénéficiaires de l'allocation des bons à faire valoir dans les « commerces genevois », lesquels se feraient ensuite rembourser par la Ville de Genève.[9]

8. L'octroi de l'allocation de rentrée ainsi que la limitation de sa validité au territoire de la commune qui les émet semblent être une spécificité de la Ville de Genève et ne pas exister ailleurs en Suisse.

9. Suite à l'adoption de l'art. 23A al. 5 du Règlement, le Service cantonal de surveillance des communes a adressé un courrier le 8 mars 2017 à l'attention de la Mairie de la Ville de Genève, lui indiquant que ce nouvel alinéa ne pourrait être mise en œuvre « que dans les respects du droit supérieur, notamment la loi sur le marché intérieur »[10].

10. Dans ce contexte, une demande de préavis signée par la Conseillère administrative de la Ville de Genève en charge du Département de la cohésion sociale et de la solidarité est parvenue au Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après : Secrétariat) le 31 mars 2017. En plus d'y requérir un préavis du Secrétariat, il y était aussi fait part d'un intérêt pour un éventuel avis ou une éventuelle recommandation de la Commission de la concurrence (ci-après : COMCO). Deux questions sont ainsi adressées, à savoir :

---

[2] Art. 4 s. de la Directive départementale relative à l'allocation de rentrée scolaire (D5.08.071.v1, entrée en vigueur le 2 septembre 2013).

[3] Demande de préavis de la Ville de Genève du 30 mars 2017, p. 2.

[4] Demande de préavis de la Ville de Genève du 30 mars 2017, p. 2.

[5] PRD-130.

[6] Mémorial des séances du Conseil municipal de la Ville de Genève, 174 30, p. 4184 ss (ci-après : Mémorial).

[7] Voir notamment les interventions de Mme Richard (« Peut-on continuer à laisser crever le petit commerce en Ville de Genève ? ») p. 4187, de M. Daniel Sormanni (« Nous voulons simplement que son attribution [celle de l'allocation] soit contrôlée, afin qu'elle serve bel et bien à l'achat de fournitures scolaires dans les commerces de Genève. ») p. 4210, Mme Danièle Magnin (« Le seul objectif de ce projet est de faire en sorte que l'argent de la Ville soit dépensé en ville. ») p. 4206 et de M. Adrien Genecand (« Je ne vois pas de mal à demander que les prestations que nous fournissons (...) bénéficient aux commerces qui y contribuent. ») p. 4219 du Mémorial.

[8] Intervention de M. Pascal Spuhler, p. 4191 du Mémorial.

[9] Demande de préavis de la Ville de Genève du 30 mars 2017, p. 3.

[10] Annexe 4 à la demande de préavis de la Ville de Genève.

1) si la mise en œuvre du nouvel alinéa 5 de l'art. 23A du Règlement peut être faite en conformité au droit supérieur, et en particulier à la Loi sur le marché intérieur ;

2) le cas échéant, quelles seraient les éventuelles conditions pour ce faire.[11]

11. Par courrier du 13 avril 2017, le Secrétariat a accusé réception de la demande de préavis, précisant qu'il ne pouvait indiquer de délai exact quant au traitement de ce sujet par la COMCO. La date de traitement a été communiquée ultérieurement par e-mail.

## 2 En droit

12. La Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02) garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI). La LMI vise en particulier à faciliter la mobilité professionnelle et les échanges économiques en Suisse, à soutenir les efforts des cantons visant à harmoniser les conditions d'autorisation d'accès au marché, à accroître la compétitivité de l'économie suisse et à renforcer la cohésion économique de la Suisse (art. 1 al. 2 LMI).

13. La COMCO est chargée de veiller au respect de la Loi fédérale sur le marché intérieur. Elle veille ainsi à ce que la Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques respectent la LMI (art. 8 al. 1 LMI). À cet effet, la COMCO peut adresser à la Confédération, aux cantons et aux communes des recommandations concernant les actes législatifs envisagés ou existants (art. 8 al. 2 LMI).

14. Les subventions visent à influencer les activités lucratives dans l'intérêt public ; ainsi, certaines entreprises reçoivent des avantages économiques dont elles ne profiteraient pas dans des conditions normales de marché.[12] La question de savoir si la LMI doit s'appliquer aux subventions ou allocations n'a été jusqu'à ce jour traitée ni par les tribunaux, ni par les autorités de la concurrence, et la doctrine n'est pas unanime à ce sujet.[13]

15. Selon l'article 1 al. 1 en lien avec l'al. 3 LMI, cette loi s'applique à toute activité « non régalienne » ayant pour but un gain.[14] Cette disposition a été introduite dans la LMI lors de sa révision partielle en 2005, sans que le Message à l'appui de la novelle ne précise la notion d'activité « non régalienne » – « nicht hoheitliche […] Tätigkeit » en allemand.[15] Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la nouvelle définition s'étend aux activités exercées dans le cadre de rapports de droit public qui ne relèvent pas de la puissance publique et peuvent ainsi

---

[11] Demande de préavis de la Ville de Genève du 30 mars 2017, p. 3.

[12] RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2e éd., Bâle 2011, § 16 n° 63

[13] Contre un contrôle des subventions sous la LMI : BIANCHI DELLA PORTA, in : Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (édit.), Droit de la concurrence – Commentaire Romand, 2e éd., Bâle 2013, art. 1 LMI n° 37 ss; LIVIO BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft 2016 105 , 273-305, 287 et – malgré une opinion plus nuancée - MATTHIAS OESCH, Die (fehlende) Diziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone, AJP 2013, 1337, 1340 ; favorable à contrôle des subventions sous la LMI : NICOLAS DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem – Eine Rechtsvergleichung der Liberalisierungsprinzipien im Binnenmarkt-, Aussenwirtschafts- und Europarecht (Freizügigkeit), Zürich 2016, ch. 486 s.

[14] En ce qui concerne l'interprétation et la signification de l'article 1 al. 3 LMI, cf. MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten, *in* : ZBJV 2012 377 ss ; NICOLAS DIEBOLD, Gerichtliche Sachverständige als hoheitlich tätige Organe ?, *in* : AJP/PJA 8/2012 1162 ss ; lors de la révision de la LMI en 2005, le terme « *non régalien* » a remplacé la notion de « bénéficiant de la protection de la liberté du commerce et de l'industrie », cf. Message relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur du 24 novembre 2004, FF 2005 421, p. 440.

[15] L'intervention du Conseiller aux États EUGEN DAVID lors de débats parlementaires indique que le législateur entendait cette notion dans un sens étroit, cf. Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale (BO) 2005 E 762.

aussi être offertes sur le marché, telles que, par exemple, l'enseignement dans une école publique.[16] Ainsi, toute activité ne relevant pas de la puissance publique – dite dès lors non régalienne au sens de l'article 1 al. 3 LMI – entre dans le champ d'application de la LMI.

16. Concrétisant l'article 1 al. 1 LMI, l'article 2 LMI définit les bases du principe du lieu de provenance, qui s'applique à l'activité économique par-delà les frontières intérieures et permet de justifier la création d'un établissement. En cela, un état de fait intercantonal ou intercommunal – c'est-à-dire un cas où un offreur est soumis à son lieu de provenance à un cadre juridique différent de celui du lieu où il fournit sa prestation – est indispensable à l'application de la LMI.[17] Tout comme la liberté économique[18], les libertés du marché intérieur valent tant pour les personnes physiques que pour les personnes morales.[19] Ainsi, tout commerçant suisse peut, en tant que personne physique ou morale avec un siège en Suisse, en appeler à la LMI.

17. Selon l'art. 2 al. 1 LMI, toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement. À cet effet, les prescriptions du canton ou de la commune où l'offreur a son siège ou son établissement sont relevantes (art. 2 al. 3 LMI).

18. La disposition de l'art. 2 al. 1 LMI octroie aux personnes tombant dans le champ d'application de la Loi sur le marché intérieur un droit individuel et subjectif au libre accès au marché. Les al. 3 et 4 de cette disposition prévoient le principe du lieu de provenance, lequel s'applique tant au déploiement d'une activité économique par-delà les frontières intérieures qu'à la création d'un établissement (secondaire).

19. Un acte public établissant une inégalité de traitement entre offreurs locaux et externes est toujours illicite, de telle sorte qu'il existe une restriction de l'accès au marché au sens de la LMI non seulement lorsqu'un offreur externe est désavantagé, mais également lorsque les offreurs locaux sont avantagés.[20] Les restrictions de l'accès au marché au sens de la LMI comprennent non seulement les mesures qui restreignent l'activité économique d'un offreur externe, mais également celles qui renforcent la concurrence locale face à celle qui vient d'autres cantons ou communes.[21]

20. L'application des principes se fonde sur l'équivalence des réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché (art. 2 al. 5 LMI). Des restrictions pour les offreurs externes ne sont admissibles que sous la forme de charges ou de conditions, pour autant que les prescriptions du lieu de provenance ne permettent pas, dans le cas concret, de garantir un niveau de protection des intérêts publics équivalent à celui du lieu de destination (réfutation

---

[16] ATF 136 II 470, consid. 3.2.

[17] ATF 125 I 267 consid. 3b (dentiste, Grison) ; ATF 125 I 276 consid. 4b (prothésiste dentaire, Grison) ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.362/1998 du 6 juillet 1999, consid. 4e (aubergiste, Bâle-Campagne), *in* : ZBl 2000, 496 ss ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5515/2011 du 26 août 2014, consid. 6.2.1 s. (Swissmedic).

[18] ATF 124 I 25 (Wiggis-Park AG) ; ATF 120 Ia 286 (Verband Schweizerischer Kreditbanken und Finanzierungsinstitute) ; ATF 106 Ia 191 (Escor Automaten AG).

[19] NICOLAS DIEBOLD/GAËL SCHAFFTER, La liberté d'établissement pour les personnes morales à l'exemple d'une clinique de soins médicaux dentaires, DPC 2012/3 526 ; Message concernant la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) du 23 novembre 1994 (ci-après : « Message LMI (1994) »), FF 1994 I 1193, 1243 ; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, *in* : Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (édit.), Wettbewerbsrecht II, Orell Füssli Kommentar, Zurich 2011, art. 1 LMI n° 7; Commission de gestion du Conseil national, Rapport du 27 juin 2000 sur les effets de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) sur la libre circulation des services et des personnes en Suisse, FF 2000 5603, p. 5604.

[20] CR Concurrence-BIANCHI DELLA PORTA (n° 13), art. 3 LMI n° 7 ss; dans le même sens, cf. déjà Message LMI (1994), p. 1245 ; NICOLAS DIEBOLD (n° 13), ch. 478.

[21] NICOLAS DIEBOLD (n° 13), ch. 480.

de la présomption d'équivalence).[22] Par ailleurs, la présomption d'équivalence devient quasiment irréfragable pour des mesures n'ayant pas de pendant dans la plupart des autres cantons ou communes semblables du point de vue de leur ordre économique et social.[23]

21. Ces charges ou conditions doivent en plus respecter les conditions cumulatives des let. a à c de l'art. 3 al. 1 LMI. Ainsi, la mesure envisagée doit tout d'abord ne pas constituer une discrimination formelle (let. a). En effet, un acte public établissant une inégalité de traitement entre offreurs locaux et externes est toujours illicite.[24]

22. L'art. 3 al. 1 let. b LMI exige en plus des charges ou conditions en question d'être indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants. Peuvent notamment constituer de tels intérêts publics la protection de la vie et de la santé de l'être humain, des animaux et des végétaux, la protection de motifs tirés de la politique économique, par exemple pour revitaliser l'économie d'un territoire, ne sont pas recevables.[25]

23. Les charges ou conditions envisagées doivent par ailleurs être proportionnelles (art. 3 al. 1 let. c LMI), ce qui n'est notamment pas le cas lorsque le siège ou l'établissement au lieu de destination est exigé comme préalable à l'autorisation d'exercer une activité lucrative (art. 3 al. 2 let. c LMI).

24. Finalement, comme dernier rempart, la LMI prohibe toute restriction qui constituerait une barrière cachée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économique locaux (art. 3 al. 3 LMI).

## 3 Application au cas d'espèce

25. La vente de fournitures scolaires est une activité visant un gain et, ne relevant pas de la puissance publique, ne constitue pas une activité régalienne. Ainsi, la vente de fournitures scolaires, en tant qu'elle constitue une activité lucrative, tombe dans le champ d'application défini par l'art. 1 al. 1 LMI.

26. Le Règlement (et plus particulièrement son nouvel art. 23A al. 5) constitue un acte législatif existant, émanant d'une commune, de telle sorte que la COMCO est compétente pour adresser une recommandation au sens de l'art. 8 al. 2 LMI le concernant.

27. La question de savoir si les allocations de rentrées scolaires constituent une subvention et si une telle subvention tombe sous la LMI ne nécessite pas d'être tranchée dans le cadre de cette analyse, puisque la présente problématique concerne les effets de la restriction géographique de la validité des allocations de rentrée scolaire sur le marché intérieur (cf. ci-dessus ch. 14). L'existence d'une allocation et son octroi sous l'angle de la LMI n'entrent en principe ici pas en question.

28. En permettant aux bénéficiaires de l'allocation de rentrée scolaire de ne faire valoir celle-ci qu'auprès des commerces situés en Ville de Genève, l'art. 23A al. 5 du Règlement avantage ces derniers par rapport aux autres commerces situés en dehors de ce territoire. Ces derniers se voient donc restreints dans leur droit conféré par l'art. 2 al. 1 LMI d'offrir des marchandises (en l'espèce des fournitures scolaires) sur l'ensemble du territoire suisse. Cette

---

[22] MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD (n. 19), n° 4 ad art. 2 LMI.

[23] CR Concurrence-BIANCHI DELLA PORTA (n. 13), art. 2 LMI n° 36 et la référence citée.

[24] CR Concurrence-BIANCHI DELLA PORTA (n 13), art. 3 LMI n° 7 ss; dans le même sens, cf. déjà Message LMI (1994), p. 1245 ; NICOLAS DIEBOLD (n° 13), ch. 478.

[25] Message LMI (1994), p. 1231.

limitation constitue donc d'une restriction de l'accès au marché en Ville de Genève à l'encontre des offreurs externes, au sens de l'art. 3 al. 1 LMI.

29. Il convient donc de vérifier si cette restriction répond aux exigences de la LMI, à commencer par la réfutation de la présomption d'équivalence des réglementations. Bien qu'on ne puisse exclure des différences entre la réglementation de la vente de fournitures scolaires à Genève en comparaison avec d'autres communes ou cantons, le fait que ces allocations de rentrée scolaire ainsi que leur distribution sous la forme de bons au rayon géographique de validité limité ne soit pas une mesure répandue dans d'autres communes ou cantons préalables rend la présomption d'équivalence quasiment irréfragable (cf. ci-dessus ch. 20).

30. Quand bien même la présomption d'équivalence pourrait être renversée, le nouvel art. 23A al. 5 du Règlement instaure formellement une différence de traitement entre les offreurs situés en Ville de Genève et ceux en dehors de celle-ci à l'avantage des premiers, en ce sens qu'ils sont les seuls auprès desquels l'on peut faire valoir les allocations de rentrées. Ainsi, la condition de l'art. 3 al. 1 let. a LMI n'est déjà pas respectée.

31. Par ailleurs, l'idée des conseillers municipaux soutenant l'adoption de l'art. 23A al. 5 LMI était de favoriser les commerces locaux, en leur permettant de récupérer l'argent des allocations. Ainsi, il a été mentionné dans les débats que « [le] seul objectif de ce projet est de faire en sorte que l'argent de la Ville soit dépensé en ville » ou encore de s'assurer que l'allocation de rentrée scolaire « serve bel et bien à l'achat de fournitures scolaires dans les commerces de Genève ».[26] Or, une telle intention de favoriser les commerces locaux constitue précisément une considération de politique économique (cf. ci-dessus ch. 22). D'autres intérêts publics prépondérants n'ont pas été évoqués et ne sont pas apparents, de telle sorte que le nouvel alinéa n'apparait pas indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants. La condition de l'art. 3 al. 1 let. b LMI n'est dès lors également pas remplie.

32. Quant au caractère proportionnel selon l'art. 3 al. 1 let. c LMI, celui-ci n'est pas non plus donné puisqu'un offreur externe se verrait obligé de s'installer sur le territoire genevois pour pouvoir servir les bénéficiaires des allocations de rentrée scolaire, obligation étant per se disproportionnée (cf. ci-dessus ch. 23).

33. Finalement, il ressort clairement des débats au Conseil municipal que l'obligation de dépenser les allocations de rentrée scolaire uniquement auprès de commerces situés en Ville de Genève constitue également dans les faits une barrière à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux – illicite en soi (art. 3 al. 3 LMI) –, comme en témoignent les débats du Conseil municipal y relatifs (cf. ci-dessus ch. 31).

34. Il s'avère donc que l'art. 23A al. 5 du Règlement constitue une restriction de l'accès au marché envers les commerces situés en dehors du territoire de la ville de Genève, restriction qui ne remplit aucune des conditions cumulatives nécessaires pour être justifiée. De plus, elle constitue une barrière à l'accès déguisée au sens de l'art. 3 al. 3 LMI.

35. Une mise en œuvre de l'art. 23A al. 5 du Règlement ne peut donc pas se faire dans le respect de la LMI, en tant que celui-ci prévoit que « les achats de fournitures scolaires doivent être effectués uniquement valable dans les commerces genevois (en ville de Genève) », avantageant ainsi les commerces dans la Ville de Genève par rapport aux commerces situés ailleurs en Suisse. Ainsi, aucune des deux options proposées ne peut respecter la LMI, puisqu'elles ne peuvent s'écarter de ce favoritisme tout en respectant les termes de l'art. 23A al. 5 du Règlement.

---

[26] Interventions de Mme Danièle Magnin et de M. Daniel Sormanni, p. 4206 et 4210 du Mémorial.

36. Ainsi, la mise en œuvre de l'art. 23A al. 5 du Règlement ne pouvant être effectuée de manière conforme à la LMI, il n'y a pas lieu de répondre à la seconde question de la Ville de Genève sur d'éventuelles conditions à remplir à cet effet.

37. Pour que l'art. 23A al. 5 du Règlement puisse être mise en œuvre de façon conforme à la LMI, il faudrait par exemple le modifier de telle sorte que les allocations de rentrées scolaires puissent être utilisées dans des commerces de Suisse vendant des fournitures scolaires, sans avantager ceux situés en Ville de Genève. Par ailleurs, dans le cas où la solution de bons achetés par la Ville de Genève auprès de commerces devait être suivie, il faudrait tenir compte du droit régissant les marchés publics[27] (notamment l'Accord intercantonal sur les marchés publics et le règlement sur la passation des marchés publics [L 06.01], ainsi que les art. 5 et 9 LMI).

## 4 Résultats et recommandations

38. En résumé et sur la base des considérants qui précèdent, la COMCO aboutit aux conclusions suivantes quant aux deux questions que lui a adressées la Ville de Genève :

1) La mise en œuvre de l'art. 23A al. 5 du Règlement relatif aux aides financières du service social du 17 décembre 1986 ne peut pas se faire dans le respect de la LMI.

2) Vue la réponse à la première question, il n'y a pas lieu de répondre à la seconde question quant à d'éventuelles conditions pour que la mise en œuvre de l'art. 23A al. 5 du Règlement respecte la LMI.

39. La COMCO recommande donc, sur la base de l'art. 8 al. 2 LMI, de renoncer à la mise en œuvre de l'art. 23A al. 5 du Règlement relatif aux aides financières du service social du 17 décembre 1986, dans la mesure où cette disposition contraint les bénéficiaires de l'allocation de rentrée scolaire à n'utiliser celle-ci qu'auprès des commerces situés en Ville de Genève.

COMMISSION DE LA CONCURRENCE

Prof. Dr Vincent Martenet
Président

Dr Rafael Corazza
Directeur

[27] Cf. ATF 125 I 209, consid. 6 b.

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Wettbewerbskommission WEKO
Commission de la concurrence COMCO
Commissione della concorrenza COMCO
Competition Commission COMCO

DPT 5
REÇU LE
05. 10. 2017

CH-3003 Berne, COMCO

**Recommandé**
Département de la cohésion sociale et de la solidarité
À l'att. de Mme Esther Alder
Rue de l'Hôtel-de-Ville 4
Case postale
1211 Genève

Votre réf. : PRD-130
Notre réf. : 622-008 | res | moc
No direct : +4158 469 28 55
**Berne, 04.10.2017**

**622-0008 : Recommandation de la COMCO relative à l'allocation de rentrée scolaire**

Madame la Conseillère administrative,

Par la présente, nous vous transmettons ci-joint la Recommandation du 2 octobre 2017 de la Commission de la concurrence (COMCO) à l'attention de la Ville de Genève concernant le nouvel article 23A alinéa 5 du Règlement relatif aux aides financières du service social du 17 décembre 1986 (le Règlement).

Cette recommandation fait suite à votre demande de préavis du 31 mars 2017. La COMCO conclut que la mise en œuvre de l'art. 23A al. 5 du Règlement ne peut pas se faire dans le respect de la LMI.

Nous vous remercions de la prise en compte de notre recommandation et prions la Ville de Genève, sur la base des articles 8a et 10a alinéa 2 de la Loi sur le marché intérieur, de bien vouloir informer la COMCO d'ici à la fin de l'année 2017 quant à la future application de l'article 23A alinéa 5 du Règlement.

Nous vous informons par ailleurs que la recommandation sera publiée dans la revue « Droit et politique de la concurrence en pratique » (DPC/RPW), conformément à l'article 10a alinéa 1 LMI.

Pour toute question, M. Stefan Renfer, responsable du Centre de compétence Marché intérieur (058 469 28 55 ; stefan.renfer@weko.admin.ch), se tient volontiers à votre disposition.

Avec nos salutations les meilleures

Commission de la concurrence secrétariat

Dr. Rafael Corazza
Directeur

Stefan Renfer
Responsable Marché intérieur

Annexe mentionnée

Commission de la concurrence secrétariat
Hallwylstrasse 4, CH-3003 Berne
Tél. +41 58 462 20 40, Fax +41 58 462 20 53
comco@comco.admin.ch
www.comco.admin.ch

622-00002/COO.2101.111.4.235513

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Wettbewerbskommission WEKO
Commission de la concurrence COMCO
Commissione della concorrenza COMCO
Competition Commission COMCO

DPT 5
REÇU LE
29. 01. 2018

CH-3003 Berne, COMCO

Ville de Genève
Département de la cohésion sociale et de la solidarité
À l'att. de Mme Esther Alder, Membre du Conseil administratif
Rue de l'Hôtel-de-Ville 4
Case postale
1211 Genève

Notre réf. : 622-0008/ res / boi
N° direct : +41 58 461 88 73
**Berne, le 24 janvier 2018**

**622-0008: Accusé de réception de votre lettre du 19 décembre 2017**

Madame la Conseillère administrative,

Par la présente, nous accusons réception de votre courrier du 19 décembre 2017 concernant l'art. 23A du Règlement relatif aux aides financières du Service social du 17 décembre 1986 (ci-après : le Règlement).

Nous avons pris acte du fait que les allocations scolaires resteront sous forme de bons devant être compris comme des cartes électroniques de dépenses. Nous considérons comme très positif la modification envisagée de l'alinéa 5 de l'art. 23A du Règlement, à savoir la radiation de la validité des bons limitée aux commerces en Ville de Genève, conformément à notre Recommandation du 2 octobre 2017. Ainsi, les commerces situés ailleurs en Suisse ne seront plus désavantagés par rapport aux commerces en Ville de Genève.

Bien que le Conseil municipal doit encore se prononcer sur la modification envisagée de l'art. 23A al. 5 du Règlement, le Secrétariat de la Commission de la concurrence vous remercie déjà pour l'intérêt au respect du droit fédéral dont la Ville de Genève a fait preuve, et espère que la modification puisse entrer en vigueur dans les plus brefs délais.

Dans l'attente de vos nouvelles concernant la décision du législatif et le choix des partenaires commerciaux qui participent à ce service d'aide financière, nous vous adressons, Madame la Conseillère administrative, nos salutations les meilleures.

Secrétariat de la Commission de la concurrence
Hallwylstrasse 4, CH-3003 Berne
Tél. +41 58 462 20 40, Fax +41 58 462 20 53
comco@comco.admin.ch
www.comco.admin.ch

Commission de la concurrence secrétariat

Rafael Corazza
Directeur

Stefan Renfer
Responsable Marché intérieur

**Expéditeur:** "Michael Poscia" <Michael.Poscia@ville-ge.ch>
**Date:** 23 janvier 2019 09:26:21 UTC+1
**Destinataire:** "Frederic Vallat" <Frederic.Vallat@ville-ge.ch>
**Cc:** "Olivier-Georges Burri" <Olivier-Georges.Burri@ville-ge.ch>, "Nadege Lutz" <Nadege.Lutz@ville-ge.ch>, "Philipp Schroft" <Philipp.Schroft@ville-ge.ch>
**Objet: Tr : Modification du Règlement relatif aux aides financières du service social (LC 21 511) - allocation rentrée scolaire**

Monsieur le Directeur, cher Monsieur,

Je fais suite à votre demande adressée à Monsieur Burri au sujet de la problématique visée en titre.

Les règles applicables aux communes genevoises en matière d'adoption de règlements ne permettent pas au Conseil administratif de reprendre pour son compte une norme adoptée par le Conseil municipal (l'inverse étant toutefois possible ; cf. art. 30 al. 2 et 48 let. v LAC).

En l'occurrence, dans la délibération PRD 130-174, le Conseil municipal a décidé d'ajouter un nouvel alinéa 5 relatif au versement de l'allocation sous forme de bon (et dont nous connaissons les problèmes de conformité au droit supérieur). Cet alinéa relève donc de la compétence exclusive du Délibératif. En outre, les modifications réglementaires ultérieures adoptées par le Conseil administratif ne sauraient altérer la substance de cette nouvelle disposition.

Ainsi. toute modification de l'article 23A alinéa 5, quand bien même sa teneur actuelle s'avère contraire au droit supérieur, doit être adoptée par le Conseil municipal. Si vos services envisagent d'y remédier, il convient de soumettre au Conseil administratif un projet de PR allant dans ce sens.

S'agissant de l'alinéa 4 et du nouvel alinéa 6 de ce même article, il apparaît en revanche que la compétence résiduelle du Conseil administratif lui permet de valider directement les modifications envisagées. En effet, à l'exception de l'alinéa 5, le reste de l'article 23A a été déclaré "inchangé" dans la délibération précitée, ce que l'on peut comprendre comme une renonciation du Conseil municipal à endosser l'ensemble de cette norme. De plus, les travaux préparatoires ne laissent pas entendre que le Conseil municipal entendait régler en détail les modalités pratiques de versement de l'allocation, de sorte qu'il est soutenable de considérer que la compétence pour réglementer cette question relève encore du Conseil administratif.

Je reste à votre disposition pour toute question que vous pourriez avoir et vous prie d'agréer, Monsieur le Directeur, cher Monsieur, mes salutations les meilleures.

Michaël Poscia

---

Michaël Poscia
Juriste - Titulaire du brevet d'avocat
T. +41 22 418 2910
F. +41 22 418 2976
michael.poscia@ville-ge.ch

Service juridique (LEX)
Département Autorités
rue de la Croix-Rouge 4
1204 Genève
www.ville-geneve.ch