

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 261/2017

Arrêt du 2 novembre 2017

Ile Cour de droit public

Composition

MM. les Juges fédéraux Seiler, Président,
Zünd, Aubry Girardin, Donzallaz et Stadelmann.
Greffier : M. Dubey.

Participants à la procédure

1. A. _____ SA,
2. B. _____ SA,
3. C. _____ SA,
4. D. _____ SA,

toutes les quatre représentées par Me Michel Amaudruz, avocat,
recourantes,

contre

Commission technique Genève-Région - Terre Avenir (GRTA), p.a. Direction générale de l'agriculture
et de la nature, chemin du Pont-du-Centenaire 109, 1228 Plan-les-Ouates,
représentée par Me Anne-Virginie La Spada-Gaide, avocate, avenue de Champel 8, case postale
385, 1211 Genève 12,
intimée.

Objet

Marque de garantie Genève Région - Terre Avenir; GRTA; produits de boulangerie,

recours contre l'arrêt de la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre
administrative, du 31 janvier 2017.

Faits :

A.

Le 4 février 2004, le canton de Genève a déposé la marque de garantie «Genève Région - Terre Avenir» (ci-après : GRTA) auprès de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle (ci-après : IPI), qui l'a enregistrée sous le n° 525'466. L'enregistrement de la marque a été prolongé jusqu'au 4 février 2024.

Selon le règlement de la marques intitulé Directive générale (ci-après : Directive générale GRTA), dans sa version du 1er octobre 2015, la marque de garantie se compose d'un signe identitaire (logo) en couleur ou en noir et blanc, sur lequel figure le texte «GENÈVE RÉGION - TERRE AVENIR» et a pour objectif notamment, de promouvoir la souveraineté alimentaire de Genève par le maintien d'une agriculture de proximité correspondant aux attentes des citoyens, de contribuer à minimiser les coûts écologiques et économiques des transports et à garantir à tous les acteurs présents sur la chaîne agroalimentaire des conditions de travail, des salaires et des revenus décentes et équitables sur la base du partenariat. À cet effet, la marque de garantie peut être obtenue à certaines conditions générales, de provenance géographique, sociale et de traçabilité. La marque de garantie concerne les produits de l'agriculture genevoise et des zones franches issus du périmètre géographique de la marque, soit les communes genevoises et quelques communes vaudoises situées entre Versoix et Céligny, ainsi que les zones franches situées sur territoire français. Les produits concernés correspondent à ceux des classes 29 à 33 de la classification internationale des produits et services, soit notamment les farines et préparations faites de céréales ainsi que le pain, les pâtisseries et confiseries. La Directive générale GRTA est, notamment, complétée par la "Directive céréales, oléagineux et protéagineux», la "Directive sanction" ainsi que par une "Directive

d'étiquetage et d'utilisation graphique".

Le 18 février 2015, par l'intermédiaire de leur mandataire commun, X. _____ SA, devenue depuis B. _____ SA, Oberson SA, A. _____ SA (ci-après : les sociétés de boulangerie) ainsi que trois autres sociétés de boulangerie, ont demandé à être entendues par la Commission d'attribution du fonds de promotion agricole au sujet de leurs préoccupations relatives à l'approvisionnement en farine certifiée GRTA. La démarche était soutenue par le D. _____ SA (ci-après : GMSA). Entendues le 7 mai 2015, elles ont exposé souhaiter pouvoir bénéficier de la marque GRTA pour les articles de boulangerie et pâtisserie produits à partir de céréales cultivées dans la canton de Genève et moulues dans le canton de Vaud par GMSA, à Cossonay ou Granges-près-Marnand, soit en-dehors du périmètre de la marque.

Le 19 juin 2015, le Conseiller d'état en charge du Département de l'environnement, des transports et de l'agriculture et Président de la Commission d'attribution du fonds de promotion agricole a transmis formellement et pour raison de compétence la demande de dérogation présentée par les sociétés de boulangerie à la commission technique GRTA, organe décisionnel de la marque, selon le ch. 3.3 de la Directive générale GRTA, avec une recommandation formulée au nom de la Commission d'attribution du fonds de promotion agricole de ne pas accorder de dérogation.

Par «décision» du 10 novembre 2015, la Commission technique GRTA a refusé aux sociétés de boulangerie l'octroi de l'usage de la marque pour les produits transformés de boulangerie-pâtisserie, composés de farine non issue du périmètre géographique de la marque. Le 1er décembre 2015, elle a encore indiqué aux sociétés de boulangerie que sa décision relevait du droit privé et qu'une nouvelle notification ne se justifiait pas.

B.

Le 11 décembre 2015, les sociétés de boulangerie et GMSA ont déposé un recours commun auprès de la Cour de justice du canton de Genève contre la «décision» du 10 novembre 2015 de la Commission technique GRTA en concluant à son annulation et à la constatation que la réglementation applicable à la marque de garantie GRTA aboutissait, s'agissant des produits boulangers et pâtisseries, à un monopole de fait inadmissible ainsi qu'à la constatation de leur droit d'être mis au bénéfice d'une dérogation leur permettant de bénéficier de la marque de garantie GRTA.

Par arrêt du 31 janvier 2017, la Cour de justice du canton de Genève a déclaré le recours irrecevable.

C.

Agissant par la voie du recours en matière de droit public et celle subsidiaire du recours constitutionnel, les sociétés de boulangerie et GMSA demandent au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler l'arrêt rendu le 31 janvier 2017 par la Cour de justice du canton de Genève et de renvoyer la cause à l'instance cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants, subsidiairement de constater leur droit d'être mises au bénéfice d'une dérogation leur permettant de bénéficier de la marque de garantie GRTA pour les produits boulangers et pâtisseries produits à partir de céréales cultivées dans le canton de Genève, même si celles-ci sont moulues par GMSA ailleurs en Suisse, notamment dans le canton de Vaud.

La Cour de justice du canton de Genève n'a pas formulé d'observation sur le recours. La Commission technique GRTA a conclu au rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité. La Comco a constaté que la réglementation de la marque de garantie GRTA pose des conditions qui restreignent le marché, puisqu'elle refuse totalement l'accès au marché, n'est pas indispensable à la protection d'intérêts publics prépondérants et ne respecte pas le principe de proportionnalité. Les sociétés de boulangerie et GMSA ont répliqué.

Considérant en droit :

1.

1.1. La voie de droit ouverte devant le Tribunal fédéral, recours en matière civile (art. 72 ss LTF) ou recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF), dépend de la nature civile ou publique de la créance litigieuse et non pas la procédure suivie ou du type d'autorité qui s'est prononcée précédemment (ATF 137 II 399 consid. 1.8 p. 405). Toutefois, lorsque la nature de la procédure était déjà litigieuse devant l'instance précédente, qui a décliné sa compétence à raison de la matière, la voie de droit ouverte devant le Tribunal fédéral se détermine en fonction de la procédure suivie sur le

plan cantonal (ATF 135 V 124). En l'espèce, les recourantes se plaignent de la qualification à leur avis erronée de droit civil de la cause par l'instance précédente et concluent à la recevabilité de leur recours devant les instances cantonales de la juridiction administrative (cf. ATF 128 III 250 consid. 1a p. 252). Il s'ensuit que la voie du recours en matière de droit public est ouverte. Le recours constitutionnel subsidiaire est par conséquent irrecevable (cf. art. 113 LTF).

1.2. L'objet de la contestation porté devant le Tribunal fédéral est déterminé par l'arrêt attaqué. L'objet du litige, délimité par les conclusions des parties (art. 107 al. 1 LTF), ne saurait s'étendre au-delà de l'objet de la contestation (ATF 142 I 155 consid. 4.4.2 p. 156). En l'espèce, l'arrêt attaqué a pour objet un prononcé d'irrecevabilité. Il s'ensuit que les conclusions des recourantes qui concernent le droit d'usage de la marque de garantie elle-même sont irrecevables.

2.

Dans l'arrêt attaqué, l'instance précédente a jugé qu'une marque de garantie était exhaustivement régie par le chapitre 2 de la loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (Loi sur la protection des marques, LPM; RS 232.11), contrairement aux AOC/AOP ayant fait l'objet de l'ATF 138 II 134 régies par la loi fédérale du 29 avril 1998 sur l'agriculture (LAgr; RS 910.1). Partant, il s'agissait d'un rapport de droit privé, sans égard au fait que le titulaire de la marque soit une corporation de droit public ou un sujet de droit privé. Les décisions rendues par la Commission technique GRTA en application du règlement de la marque de garantie n'étaient donc pas fondées sur le droit public, comme l'exigeait l'art. 4 LPA. Un refus injustifié du droit d'utiliser la marque de garantie et la conformité au droit du règlement de la marque enregistrée auprès de l'IPI pouvaient faire l'objet d'une action civile en constatation fondée sur l'art. 52 LPM ou d'une procédure administrative devant la Comco, compétente pour prendre des sanctions en cas de violation de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251).

Les recourantes soutiennent que le litige relève du droit public, en insistant sur le rôle capital, selon elles, joué par le canton, la Direction générale de l'agriculture (ci-après: la Direction générale) et sur la délégation d'une tâche de droit public à la Commission technique GRTA.

Avant d'examiner la nature de la cause, il convient de préciser la notion de marque de garantie, puis d'exposer les dispositions légales genevoises en relation avec la marque de garantie.

3.

3.1. Les marques de garanties sont régies par la loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (Loi sur la protection des marques, LPM; RS 232.11), qui se fondait à l'époque de son adoption sur les art. 64 et 64 bis aCst. (Message concernant une loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance [Loi sur la protection des marques, LPM] du 21 novembre 1990; FF 1991 I 1 p. 56) et désormais sur l'art. 122 Cst., comme cela ressort de son préambule.

3.2. Aux termes de l'art. 21 al. 1 LPM, la marque de garantie est un signe utilisé par plusieurs entreprises sous le contrôle de son titulaire, dans le but de garantir la qualité, la provenance géographique, le mode de fabrication ou d'autres caractéristiques communes de produits ou de services de ces entreprises (al. 1). L'usage de la marque de garantie est interdit pour les produits ou les services du titulaire de la marque ou d'une entreprise qui est étroitement liée à celui-ci sur le plan économique (al. 2). Moyennant une rémunération adéquate, le titulaire doit autoriser l'usage de la marque de garantie pour les produits ou les services qui présentent les caractéristiques communes garanties par le règlement de la marque (al. 3), qui ne doit pas contrevenir à l'ordre public, aux bonnes moeurs ou au droit en vigueur (art. 23 al. 4 LPM). Le déposant d'une marque de garantie doit remettre à l'IPI le règlement concernant l'usage de la marque, qui fixe les caractéristiques communes des produits ou des services que celle-ci doit garantir; le règlement de la marque prévoit également un contrôle efficace de l'usage de la marque et des sanctions adéquates (art. 23 al. 1 et 2 LPM). En effet, le titulaire de la marque de garantie doit exercer le contrôle prévu par la loi (art. 21 al. 1 LPM). Il n'est cependant pas tenu de l'exercer lui-même : il peut déléguer cette tâche à un tiers pour autant que cela soit prévu dans le règlement de la marque (CLAUDIA MARADAN, Commentaire romand de la propriété intellectuelle, de Werra/Gilliéron Ed., Bâle 2013, n° 29 ad art. 21 LPM, p. 944 et les références). En l'espèce, la Directive générale GRTA désigne comme organe de gestion de la marque notamment la Commission technique GRTA (art. 3.1 et 3.3).

Bien qu'en principe quiconque puisse demander l'enregistrement d'une marque de garantie, les titulaires sont en règle générale des associations économiques, des organisations agricoles, voire des services de la Confédération ou des cantons ou encore des autorités étrangères (CLAUDIA MARADAN, op. cit., n° 25 à 27 ad art. 21 LPM, p. 943 s. et les références).

3.3. En vertu de l'art. 52 LPM, a qualité pour intenter une action en constatation d'un droit ou d'un rapport juridique prévu par la présente loi toute personne qui établit qu'elle a un intérêt juridique à une telle constatation. Enfin, l'art. 55 LPM accorde une action en exécution d'une prestation à la personne qui subit ou risque de subir une violation de son droit à la marque.

4.

4.1. Le canton de Genève s'est doté d'une loi du 21 octobre 2004 sur la promotion de l'agriculture (LPromAgr; RSGE M 2 05), qui prévoit que le développement de marques de garantie et d'appellations d'origine et de provenance pour les produits de l'agriculture genevoise est soutenu par le canton (art. 12 LPromAgr). L'art. 9 du règlement sur la promotion de l'agriculture du 6 décembre 2004 (RPromAgr - M 2 05.01) prévoit que la direction générale peut initier et soutenir le développement de marques de garantie et d'appellation d'origine, notamment en favorisant la mise en place de groupements ou de filières qui mettent en oeuvre ces démarches.

4.2. Concrètement, c'est en vertu de l'art. 9A RPromAgr que la marque de garantie GRTA a été instituée (al. 1). Elle est administrée par la Direction générale, assistée par divers groupes de travail et en collaboration avec les partenaires de la marque (al. 2). Il ressort de Swissreg qu'elle a été enregistrée le 7 septembre 2004 et que son titulaire est la République et canton de Genève, Département de l'environnement, des transports et de l'agriculture.

4.3. Le règlement de la marque de garantie exigé par l'art. 23 LPM est en l'espèce intitulé Directive générale GRTA.

5.

5.1. Selon la jurisprudence, la délimitation entre droit privé et droit public telle qu'elle résulte des critères développés par la jurisprudence et la doctrine - théories des intérêts, fonctionnelle, de la subordination et modale - ne trouve pas d'application lorsqu'elle résulte directement du droit positif, dès lors que, sur le terrain du droit civil, le législateur fédéral est compétent pour fixer souverainement l'étendue du droit privé. La compétence des cantons pour déterminer le champ d'application de leur droit public n'existe que sous réserve de la faculté appartenant à la Confédération. Par conséquent, dans la mesure où le législateur fédéral a décidé de soumettre un domaine au droit privé ou au droit public, cette attribution est déterminante de sorte qu'il n'y a pas à recourir au surplus aux critères de délimitation (ATF 132 I 270 consid. 4.3 p. 273; 119 la 59 consid. 3 p. 62; 42 I 346 consid. 3 p. 351).

5.2. Du moment que le législateur fédéral a décidé souverainement que la marque de garantie et les règles qui la régissent constituent une matière du droit civil (art. 122 Cst.), le refus par la Commission technique GRTA d'accorder aux recourantes une dérogation leur permettant d'utiliser la marque de garantie GRTA constitue également une matière de droit civil. Ce constat suffit à rejeter le recours et confirmer l'arrêt attaqué.

6.

Les objections des recourantes n'y changent rien.

6.1. S'appuyant sur la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la nature juridique des rapports entre l'organisme intercantonal de certification (OIC) et les producteurs de " Gruyère AOC " soumis à son contrôle (ATF 138 II 134), les recourantes soutiennent que la nature de l'activité de " certification " implique un certain rapport de subordination et que la Commission technique GRTA est un organisme investi du pouvoir de décision en vertu d'une délégation prévue par le droit cantonal au sens de l'art. 5 let. g LPA/GE, puisque l'art. 9A de la loi genevoise (recte: du règlement sur la promotion de l'agriculture du 6 décembre 2004) prévoit que la marque est administrée par la Direction générale.

Il est vrai que ce sont bien les art. 12 LPromAgr et 9 RPromAgr qui précisent le rôle du canton dans

le domaine : celui-ci a bien reçu le mandat de soutenir le développement de marques de garantie et d'appellations d'origine et de provenance pour les produits de l'agriculture genevoise. En exécution de ce mandat, ainsi que cela ressort de l'art. 9A RPromAgr, le canton de Genève par son Département de l'environnement, des transports et de l'agriculture a du reste institué la marque de garantie GRTA, qu'il a fait inscrire auprès de l'IPI en tant que titulaire et qui est administrée par la Direction générale avec l'assistance de divers groupes de travail et en collaboration avec les partenaires de la marque. Bien que dûment habilité par le droit public - eu égard à la réserve de la loi - à instituer une marque de garantie, le canton de Genève a néanmoins été invité à faire usage d'un instrument de droit privé pour promouvoir les produits de l'agriculture genevoise. Par conséquent, en tant que collectivité publique, il agit dans ce contexte en sa qualité de titulaire de la marque comme un sujet privé, qui doit en contrôler de manière efficace l'usage et prendre des sanctions adéquates (art. 23 al. 1 et 2 LPM). Dans ce cadre, il peut,

comme en l'espèce, déléguer cette tâche à un tiers pour autant que cela soit prévu dans le règlement de la marque. Cette délégation est prévue par l'art. 3.3 de la Directive générale GRTA qui désigne à cet effet la Commission technique GRTA. Il s'agit là d'une délégation de droit privé. Cette qualification est confirmée par le fait que des autorités étrangères peuvent aussi être titulaires de marques de garantie (CLAUDIA MARADAN, op. cit., n° 27 ad art. 21 LPM, p. 944 et les références et exemples cités) et que, ce faisant, elles n'exercent en aucune manière des prérogatives de puissance publique sur le territoire suisse.

Cette conclusion est encore renforcée par le contenu de l'art. 35 LPromAgr. Ce dernier permet certes au canton de déléguer certaines tâches d'exécution de droit public, mais il n'autorise pareille délégation qu'à des organisations professionnelles reconnues, auxquelles n'appartient pas la Commission technique GRTA, puisqu'elle n'est en effet qu'un organe de droit privé de la marque. C'est donc à tort que les recourants font valoir que la Commission technique GRTA est délégataire de la tâche prévue par l'art. 12 LPromAgr. La délégation en cause n'est en effet pas prévue par le droit cantonal, mais par le règlement de la marque.

Par conséquent, comme l'a jugé à bon droit l'instance précédente, lorsqu'elle a refusé l'octroi d'usage de la marque de garantie aux recourantes, la Commission technique GRTA a agi, non pas sur délégation du canton en tant que détenteur de la puissance publique, mais bien sur mandat du canton de Genève au titre de détenteur de la marque de garantie au sens de l'art. 21 al. 1 LPM au même titre que d'autres personnes physiques ou morales de droit privé demandant l'enregistrement d'une marque de garantie auprès de l'IPI.

6.2. Il est vrai également que l'instrument de droit privé prévu par l'art 23 al. 1 LPM que constitue le règlement concernant l'usage de la marque peut, dans les limites de l'ordre public, des bonnes moeurs et du droit en vigueur (art. 23 al. 3 LPM), poursuivre comme en l'espèce, des buts d'intérêts publics tels ceux énoncés dans la loi fédérale sur l'agriculture et la loi genevoise du 21 octobre 2004 sur la promotion de l'agriculture et, à cette fin, fixer les caractéristiques communes des produits ou des services qu'elle entend garantir (art. 23 al. 2 LPM). Il n'en demeure pas moins que la marque de garantie et son règlement, même utilisés pour promouvoir une tâche de droit public et des intérêts publics, relèvent toujours du droit privé et en gardent les caractéristiques. Ainsi, c'est bien le droit privé qui régit non seulement les litiges relatifs à l'octroi ou au refus d'autoriser l'usage de la marque de garantie GRTA, mais également les sanctions en cas de violations des obligations résultant de la Directive concernant la marque de garantie telles qu'elles figurent du reste dans la Directive sanction GRTA. Cette Directive rappelle d'ailleurs à bon droit que les infractions aux législations spécifiques (LAgr, LPA, LEaux, LPE, LPN, ODAIOUs LPromAgr, etc.) relèvent en revanche des autorités cantonales d'exécution (ch. 1.2 al. 2 Directive sanction GRTA).

6.3. Enfin, s'agissant de la légalité des caractéristiques communes des produits, c'est le lieu de rappeler avec l'instance précédente que les juridictions civiles peuvent être saisies d'une action en constatation de l'art. 52 LPM, voire d'actions fondées sur d'autres lois fédérales. En effet, conformément à l'art. 23 al. 4 LPM, le règlement ne doit pas contrevenir à l'ordre public, aux bonnes moeurs ou au droit en vigueur, qui comprend en particulier la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) et la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251).

7.

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours. Succombant, les recourantes doivent supporter les frais judiciaires solidairement entre elles (art. 66 al. 1 et 5 LTF). La Commission

technique GRTA, qui agit à titre privé pour le canton de Genève et a obtenu gain de cause avec l'aide d'une mandataire professionnelle, a droit à des dépens à charge des recourantes (art. 68 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable.

3.

Les frais de justice, arrêtés à 4'000 fr., sont mis à la charge des recourantes, solidairement entre elles.

4.

Les recourantes sont condamnées, solidairement entre elles, à verser à la Commission technique GRTA une indemnité de dépens, arrêtée à 4'500 fr.

5.

Le présent arrêt est communiqué aux mandataires des recourantes et de la Commission technique GRTA, à la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative, ainsi qu'à la Commission de la concurrence COMCO, Berne.

Lausanne, le 2 novembre 2017

Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Seiler

Le Greffier : Dubey