

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1406/2011-DOMPU

ATA/248/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 24 avril 2012

1^{ère} section

dans la cause

**VILLE DE GENÈVE, SERVICE DE LA SÉCURITÉ ET DE L'ESPACE
PUBLICS**

contre

Madame Isabelle CESZKOWSKI

représentée par Me Alexandre Böhler, avocat

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 24
août 2011 (JTAPI/862/2011)**

EN FAIT

1. Durant la semaine du 6 décembre 2010, une campagne publicitaire faisant la promotion du salon érotique « Venusia », situé rue Rodo 2, 1205 Genève, a été lancée par le biais de la Société générale d'affichage (ci-après : SGA), par l'apposition sur des supports implantés sur le domaine public d'une affiche représentant une pipe sur un fond jaune avec la mention « Dès 160.- ».
2. Par courrier électronique du 13 décembre 2010 adressé à la SGA, le département de la police, de la sécurité et de l'environnement (ci-après: le DSPE) a déclaré considérer que l'affiche de la campagne pour le salon érotique « Venusia » contrevenait à l'art. 9 al. 2 de la loi sur les procédés de réclame du 9 juin 2000 (LPR - F 3 20) - interdisant la publicité pour le tabac - et a invité la SGA à procéder à l'enlèvement de tous les exemplaires de cette affiche d'ici au lendemain, soit au plus tard le 14 décembre 2010.
3. Après avoir été informée par la SGA de la teneur de ce courrier électronique, Madame Isabelle Cezkowski, propriétaire du salon érotique « Venusia », sous la raison individuelle « HBSA, Services Cezkowski », a indiqué le 21 décembre 2010 au DSPE vouloir s'opposer à l'interdiction de ces affiches.

Elle requérait la notification en son domicile élu d'une décision régulière à la forme et dûment motivée.

En outre, elle sollicitait un examen d'office de la compétence de l'autorité interpellée, faisant référence à l'art. 11 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).
4. Les 10 et 27 janvier ainsi que le 4 février 2011, Mme Cezkowski a relancé la conseillère d'Etat en charge du DSPE, puis le DSPE, afin d'obtenir une réponse.

Dans le dernier courrier, elle s'étonnait du fait que des affiches publicitaires de la campagne de l'Union démocratique du centre (UDC) contre l'initiative sur les armes représentaient un homme dessiné avec une cigarette à la bouche.
5. Par courrier du 15 février 2011, le DSPE a accusé réception des quatre plis précités et précisé qu'une réponse y serait apportée dans les jours suivants.
6. Le 3 mars 2011, le DSPE a contesté le caractère de décision de son intervention auprès de la SGA du 13 décembre 2010.

Ledit courrier électronique se limitait à mettre en œuvre la convention conclue avec la SGA le 9 septembre 1997.

Le DSPE déclinait sa compétence au profit de celle de la commune, se référant aux art. 5 et 28 LPR.

7. Par courrier du 17 mars 2011, Mme Cezkowski a sollicité du service de la sécurité et de l'espace publics (ci-après : SEEP) de la Ville de Genève (ci-après: la ville) la délivrance d'une décision formelle sur la compétence de cette dernière.
8. Le 7 avril 2011, la ville a décliné sa compétence, au motif que celle du DSPE était donnée, en application de l'art. 52 de la convention du 9 septembre 1997 liant la SGA à la ville et au canton de Genève (ci-après: la convention).
9. Considérant que la réponse du SEEP du 7 avril 2011 valait décision, Mme Cezkowski a saisi le Tribunal administratif de première instance (ci-après: le TAPI) d'un recours, par acte du 9 mai 2011.

La compétence de la ville devait être constatée. Le droit d'apposer sur son territoire l'affiche litigieuse devait être confirmé.

10. Lors de la comparution personnelle des parties devant le TAPI le 24 août 2011, la ville a persisté dans ses conclusions et dans les termes de ses écritures des 17 juin et 26 juillet 2011 et produit un extrait de la convention ainsi qu'un échange épistolaire avec le département des institutions des 22 et 27 novembre 2006.

La correspondance produite démontrait que le DSPE, respectivement le Conseil d'Etat, était l'autorité compétente pour trancher la licéité d'une affiche ou d'un procédé de réclame lorsque la question relevait de la moralité publique et des bonnes mœurs.

11. Par jugement du 24 août 2011, le TAPI a admis le recours et conclu à la compétence de la ville pour statuer sur la demande en autorisation d'affichage formée par Mme Cezkowski.

L'affiche litigieuse correspondait à un procédé de réclame tel que défini par l'art. 2 LPR. La ville refusait à tort de statuer sur la demande d'autorisation d'affichage. La LPR stipulait à son article 1^{er} que son but était d'assurer notamment l'ordre public. En vertu de l'art. 5 LPR, la commune était seule compétente pour autoriser l'installation d'un procédé de réclame et ne pouvait pas faire l'économie d'examiner la question de l'ordre public lors de l'octroi d'une autorisation d'affichage.

12. Le 29 septembre 2011, la ville a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement précité, qu'elle avait reçu le 1^{er} septembre 2011.

Un doute subsistait quant à savoir si elle était compétente au sens de la LPR et du règlement d'application de la loi sur les procédures de réclame du 11 octobre 2000

(RPR - F 3 20.01), puisqu'il n'y avait pas de violation clairement établie d'une norme légale.

La compétence pour statuer sur le bien-fondé de la pose de l'affiche litigieuse et l'obtention d'une autorisation à cet effet relevait de la question de savoir si l'affiche en cause était ou non attentatoire à l'ordre public, plus exactement si elle contrevenait à l'une ou l'autre de ses composantes, à savoir la moralité publique et les bonnes mœurs.

L'art. 52 de la convention, selon lequel la compétence pour trancher les questions relevant de la moralité publique appartenait au DSPE, était applicable.

L'art. 125 A de la Constitution de la République et canton de Genève du 24 mai 1847 (Cst-GE - A 2 00), ainsi que l'article 3 al. 1 let. c de la loi sur la police du 26 octobre 1957 (LPol - F 1 05) instituaient la compétence du canton en matière d'ordre public.

Par ailleurs, le TAPI n'avait pas retenu que dans le cas d'espèce, il y avait une lacune proprement dite de la loi ; il aurait dû faire acte de législateur.

Etaient applicables: l'art. 28 al. 2 LPR consacrait le Conseil d'Etat comme organe de tutelle des communes ; la sécurité du droit, pour laquelle il incombait à l'Etat de trancher préalablement la question de savoir si l'affichage en cause était ou non attentatoire à l'ordre public en l'espèce; le fait que la correspondance produite lors de l'audience du 24 août 2011 n'était pas un processus interne d'analyse en vue de décision, puisque la question relevait de la seule compétence cantonale.

Le jugement du TAPI devait être annulé et la chambre administrative devait constater qu'il incombait au Conseil d'Etat, ou pour lui, au DSPE de décider si l'affiche en cause était attentatoire ou non à l'ordre public, en particulier à la moralité publique et aux bonnes mœurs. Mme Cezkowski devait être condamnée aux frais et dépens de la procédure.

Subsidiairement, la ville concluait à ce qu'il incombe au Conseil d'Etat, ou pour lui, au DSPE, de délivrer un préavis tranchant la question de la licéité ou non de l'affichage en cause, préalablement à la décision de la ville, et à ce que Mme Cezkowski soit condamnée aux frais et dépens de la procédure.

13. Par courrier du 3 octobre 2011, le TAPI a transmis son dossier et informé la chambre administrative qu'il n'avait pas d'observations à formuler.
14. Le 26 octobre 2011, Mme Cezkowski s'est référée à son recours du 9 mai 2011 et à sa réplique du 4 juillet 2011, et a persisté dans leurs termes et conclusions.

Le recours devait être rejeté et le jugement du TAPI confirmé, « avec suite de frais et dépens ».

15. Le 27 octobre 2011, le juge délégué a informé les parties de la fin prochaine de l'instruction de la cause et leur a accordé un délai au 11 novembre 2011 pour formuler d'éventuels actes d'instruction complémentaires.

16. Le 3 novembre 2011, la ville a adressé un courrier et un bordereau complémentaire de pièces à la chambre administrative et à Mme Cezkowski.

Ce bordereau contenait un courrier électronique du 13 octobre 2011 de la SGA à l'attention du DSPE, comprenant trois propositions d'affichage « Geneva-Girls », et un courrier électronique du 17 octobre 2011 du DSPE à l'attention de la SGA, répondant favorablement au sujet des affiches envisagées par la SGA pour la promotion de « Geneva-Girls ».

17. Par courrier du 4 novembre 2011 à l'attention de la chambre administrative, Mme Cezkowski s'est déterminée.

Le courrier électronique à la SGA ne constituait qu'un avis sur la compatibilité des projets d'affiche avec l'art. 9 LPR, et non une décision. Selon l'art. 11 al. 1 LPA, la compétence des autorités était déterminée par la loi et ne pouvait être créée par accord entre les parties. Le comportement du DSPE dans le cadre du processus d'affichage n'était pas pertinent, puisque l'autorisation d'apposition, d'installation, d'utilisation ou de modification d'un procédé de réclame relevait de la seule compétence des communes au sens des art. 4 et 5 al. 1 LPR.

18. Par courrier du 7 novembre, la ville a relevé que ses écritures avaient démontré en quoi l'argumentaire de la partie adverse était spécieux.

19. Le 11 novembre 2011, la chambre administrative a envoyé copie de ce courrier à l'intimée et informé les parties que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire - LOJ - E 2 05 ; art. 16, 17, 60 et ss LPA, en particulier 60 al. 2).

2. La question juridique à trancher est celle de savoir qui de la ville ou du DSPE est compétent pour délivrer une autorisation d'affichage sur le domaine public.

3. Selon l'art. 5 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat.

A Genève, l'utilisation du domaine public communal est régie par la loi sur le domaine public du 24 juin 1961 (LDPu - L 1 05), ainsi que par la loi sur les routes du 28 avril 1967 (LRoutes - L 1 10).

L'art. 2 LDPu prévoit que le Conseil d'Etat exerce la surveillance générale du domaine public et l'art. 56 al. 1 LRoutes dispose que toute utilisation des voies publiques qui excède l'usage commun doit faire l'objet d'une permission ou d'une concession préalable.

4. a. L'affichage des procédés de réclame est spécifiquement régi par la LPR, qui a pour but de régler l'emploi des procédés de réclame, afin d'assurer la sécurité routière, la protection des sites et l'esthétique des lieux, ainsi que l'ordre public (art. 1 LPR).

Selon l'art. 2 LPR, les procédés de réclame sont tous les moyens graphiques, plastiques, éclairés, lumineux, sonores, olfactifs et autres, perceptibles depuis le domaine public, dans un but direct ou indirect de publicité, de promotion d'activités culturelles ou sportives, de prévention ou d'éducation.

L'apposition, l'installation ou la modification d'un procédé de réclame est soumise à l'octroi préalable d'une autorisation, délivrée par la commune du lieu de situation du procédé de réclame (art. 4 et 5 LPR).

Tout procédé de réclame qui diffuse une information ou un message qui est contraire aux lois, règlements, bonnes mœurs ou à l'ordre public, ainsi que l'affichage, sous quelque forme que ce soit, de publicité en faveur du tabac, est interdit (art. 9 LPR).

Selon l'art. 28 LPR, la commune peut prendre la mesure d'interdire d'utiliser un procédé de réclame en cas de violation de la loi ou de ses règlements d'application (al. 1 let. a). Le Conseil d'Etat peut ordonner aux communes de prendre des mesures administratives (al. 2).

- b. Selon les travaux préparatoires de la LPR, la volonté du législateur a été d'instituer la compétence des communes en matière d'autorisation d'affichage (MGC 1999 32/VI 4895).

En l'espèce, conformément au principe de la légalité, la LPR s'applique.

L'affiche querellée correspond à un procédé de réclame tel que le définit l'art. 2 LPR.

La recourante est la seule compétente en matière d'autorisation d'affichage en vertu de l'art. 5 LPR.

5. Le principe de la légalité exige que l'administration n'agisse que dans le cadre fixé par la loi. Cette exigence se traduit de deux manières : d'une part, l'administration doit respecter l'ensemble des prescriptions légales qui la régissent, c'est le principe de primauté de la loi, qui incorpore le principe de la hiérarchie des normes ; d'autre part, l'administration ne peut agir que si la loi le lui permet, selon le

principe de l'exigence de la base légale (T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Genève - Zurich - Bâle 2011, p. 155-158).

La primauté de la loi signifie que l'administration doit respecter la loi et s'en tenir à ses prescriptions. Cette obligation découle de la Constitution et ne vaut que pour les règles auxquelles l'autorité est soumise dans l'ordre juridique considéré (T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Genève, Zurich, Bâle 2011, p. 158).

6. En l'espèce, le principe de la légalité prévaut sur la convention, antérieure à l'entrée en vigueur de la loi, qui ne saurait remettre en question la volonté du législateur.

Les griefs de la recourante seront de ce fait écartés.

7. Il n'y a par ailleurs pas de lacune proprement dite, puisque la réglementation juridique applicable en l'espèce est claire et complète.

Lorsque le procédé de réclame a un impact particulier sur une commune voisine, celle-ci est consultée par la commune compétente pour délivrer l'autorisation (art. 5 al. 2 LPR). De ce fait, l'argument selon lequel il incombe au DSPE de trancher préalablement la question de savoir si l'affichage en cause est ou non attentatoire à l'ordre public afin de satisfaire la sécurité du droit est également mal fondé, puisque la loi offre la possibilité aux communes de s'entendre entre elles à ce sujet.

Enfin, l'art. 28 al. 2 LPR n'offre qu'une possibilité et non une obligation au Conseil d'Etat d'ordonner aux communes de prendre des mesures administratives.

En conséquence, même si une controverse existe quant au fait de savoir si l'affiche litigieuse fait la publicité du tabac, en marge de services liés à l'activité du salon érotique « Venusia », la recourante est seule compétente quant à définir si cette affiche contrevient à l'art. 9 al. 1 ou 9 al. 2 LPR.

Dès lors, le recours sera rejeté.

8. Malgré l'issue du recours, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 LPA et 11 al. 2 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative - RFPA - E 5 10.03).

Une indemnité de CHF 1'000.-, à la charge de la recourante, sera allouée à Mme Czeskowski, à titre de dépens comprenant une participation aux honoraires de son avocat (art. 87 al. 2 LPA et 6 RFPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 29 septembre 2011 par la ville de Genève, service de la sécurité et de l'espace publics, contre le jugement du 24 août 2011 du Tribunal administratif de première instance ;

au fond :

le rejette ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à Madame Isabelle Cezkowski à la charge de la Ville de Genève ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à la Ville de Genève, service de la sécurité et de l'espace publics, à Me Alexandre Böhler, avocat de Madame Isabelle Cezkowski, ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Hurni, M. Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste:

C. Derpich

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :