

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3647/2009-LCI

ATA/423/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 22 juin 2010

dans la cause

L_____ S.A.

représentée par Me Nicola Meier, avocat

contre

VILLE DE GENÈVE

Recours contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 28 janvier 2010 (DCCR/62/2010)

EN FAIT

1. L_____ SA (ci-après : L_____ ou la société) est une société anonyme ayant son siège à Nyon. Elle poursuit un but de nature économique, soit la promotion et l'organisation de spectacles, le management artistique, la production discographique et l'édition de revues musicales.

Monsieur M_____ a été chargé par L_____ de la pose de ses affiches de promotion publicitaire.

2. Le 19 mars 2009, le service de la sécurité et de l'espace publics (ci-après : SSEP) de la Ville de Genève (ci-après : la ville) a constaté que L_____ avait apposé une affiche sur le domaine public en dehors des supports autorisés.

3. Par courrier du 27 mars 2009, faisant office d'avertissement, le SSEP a rappelé à L_____ les conditions d'utilisation des supports mis à disposition par la ville pour l'affichage libre.

Ceux-ci ne pouvaient être utilisés que pour promouvoir des manifestations organisées dans le canton de Genève par des institutions, associations ou groupements locaux sans but lucratif. Une seule affiche, qui ne devait pas excéder le format A2 (420 x 594 mm), était autorisée par site d'apposition. Elle ne pouvait être placardée que quinze jours au maximum avant la date de la manifestation. Enfin, toute apposition en dehors des emplacements prévus par la ville était interdite.

Les affiches posées par L_____ violaient manifestement lesdites prescriptions. Aucune amende n'était infligée à la société, cela étant, toute nouvelle infraction serait sanctionnée par une amende administrative pouvant s'élever jusqu'à CHF 60'000.- pour les cas graves.

4. Le 20 avril 2009, une amende administrative de CHF 100.- a été infligée à L_____ par le SSEP. Des procédés de réclame, faisant la promotion d'un spectacle produit par la société, avaient été apposés illicitement au boulevard Saint-Georges, malgré l'avertissement du 27 mars 2009. Dite amende n'a pas été contestée et a été acquittée.

5. Le 1^{er} septembre 2009, le SSEP a dressé un procès-verbal à l'encontre de L_____ constatant l'affichage illicite de procédés de réclame à la place des Augustins. Les annonces publicitaires faisaient la promotion, plus de quinze jours avant leur tenue, d'un spectacle de V_____, le 7 octobre 2009, et d'un concert de P_____, le 24 septembre 2009. En outre, l'annonceur des manifestations n'était pas une association à but non lucratif.

6. Suite au constat susmentionné, par décision du 7 septembre 2009, le SSEP a infligé à L_____ une amende administrative d'un montant de CHF 400.- .

7. Par lettre signature du 7 octobre 2009, L_____ a saisi la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : CCRA) d'un recours contre l'amende du 7 septembre 2009, en concluant à son annulation.

Elle contestait avoir donné l'ordre de poser des affiches pour un de ses spectacles dans un lieu interdit d'affichage. En tant que leader dans l'organisation de spectacles en Suisse romande, elle dépensait "des millions de francs en publicité et affichage" et avaient déjà posé "des dizaines de milliers d'affiches dans le respect de la loi". Elle n'aurait donc aucun intérêt à "poser quelques affiches de-ci de-là en toute illégalité". Elle déclinait sa responsabilité pour l'affichage litigieux et elle s'interrogeait sur l'auteur du déplacement de ses affiches. Celui-ci cherchait peut-être à lui nuire, ou à la société d'affichage. Un tel événement s'était déjà produit par le passé et rien ne permettait au SSEP d'affirmer qu'elle avait posé lesdites affiches ou demandé à un tiers de le faire.

8. En date du 12 octobre 2009, le SSEP a précisé à L_____ les raisons qui avaient conduit à l'amende précitée. Celle-ci était liée au fait que les affiches avaient été placées plus de quinze jours avant la date des événements promus, par un annonceur qui n'était pas une association à but non lucratif, et non au fait qu'elles aient été placées hors des panneaux officiels. Plusieurs infractions similaires avaient déjà été constatées, sans faire l'objet de contestation de la part de L_____. Enfin, toutes les personnes bénéficiant directement ou indirectement du procédé de réclame litigieux étaient solidairement responsables en cas de violation de la loi. L'amende était donc justifiée et maintenue.

9. Dans sa réponse du 12 novembre 2009 à la CCRA, le SSEP a conclu à la confirmation de l'amende du 7 septembre 2009, avec suite de frais et dépens.

L_____ pensait, à tort, avoir été verbalisée pour avoir affiché des procédés de réclame hors des emplacements officiels. Or, elle ne démentait pas sa qualité de société à but lucratif ni l'apposition des affiches quinze jours avant la date des manifestations qu'elle promouvait. Dans ce sens, L_____ avait contrevenu à l'art. 23 al. 2 de la loi sur les procédés de réclame du 9 juin 2000 (LPR - F 3 20) et à l'art. 9A al. 3 du règlement d'application de la loi sur les procédés de réclame du 11 octobre 2000 (RPR - F 3 20.01).

Les infractions avaient été commises malgré un avertissement prononcé le 27 mars 2009 et une amende infligée le 20 avril 2009. Compte tenu de la récidive, l'amende de CHF 400.- était justifiée. Par ailleurs, L_____ n'avait pas été verbalisée pour une autre infraction constatée le 3 septembre 2009.

10. Par décision du 28 janvier 2010, la CCRA a rejeté le recours du 7 octobre 2010 et a confirmé l'amende administrative de CHF 400.-.

L_____ ne contestait pas qu'elle n'était pas une association, un groupement ou une institution à but non lucratif. Effectivement, elle était une société anonyme inscrite au registre du commerce du canton de Vaud. Elle ne mettait pas plus en cause le fait que les affiches litigieuses aient été posées plus de quinze jours avant les manifestations dont elles faisaient la promotion.

Elle était responsable des personnes qu'elle mandatait pour l'affichage, malgré ses déclarations contraires.

L_____ avait déjà fait l'objet d'une amende de CHF 100.- qui n'avait pas été disputée, l'autorité n'avait dès lors pas abusé de son pouvoir d'appréciation en fixant l'amende à CHF 400.-.

11. Par courrier du 1^{er} mars 2010, M. M_____ a confirmé ne pas faire de "l'affichage sauvage". Il a manifesté sa surprise quant aux affiches litigieuses, le règlement interne de l'entreprise étant de poser les affiches dans les magasins. Celles-ci pouvaient avoir été déplacées par la concurrence dans le but de lui causer du tort.

12. Le 3 mars 2010, L_____ a recouru contre la décision du 28 janvier 2010 de la CCRA, en concluant principalement à son annulation, avec suite de frais et dépens.

Elle n'avait pas apposé les affiches, mais elle avait mandaté une société d'affichage, qui avait été rendue attentive aux dispositions légales en vigueur. Le mandat ne prescrivait pas la pose d'affiches sur les emplacements officiels, que tant L_____ que la société d'affichage savaient être réservés aux organisations à but non lucratif. La concurrence étant rude dans le domaine de l'organisation et de la promotion d'événements culturels, il paraissait probable que l'affichage litigieux fût le fait d'un tiers malveillant. Du reste, cette hypothèse avait été évoquée par le Grand Conseil lors de l'adoption la modification de la LPR en 2005.

Les amendes administratives étant de nature pénale, les règles du droit pénal devaient être applicables, dont le principe de la présomption d'innocence et son corollaire, le principe *in dubio pro reo*. Un fait défavorable à l'accusé ne pouvait pas être retenu contre lui si, d'un point de vue objectif, il existait des doutes quant à l'existence de ce fait. En l'occurrence, rien n'avait été mis en œuvre pour s'assurer des directives qu'elle avait données ou pour déterminer l'identité de la personne ayant placardé les affiches litigieuses. On ne pouvait ainsi pas retenir qu'elle avait violé la loi.

13. Dans sa réponse du 30 avril 2010, la ville a conclu au déboutement de L_____, sous suite de frais et dépens, en persistant dans ses précédentes explications.

Outre les infractions susmentionnées, une autre contravention à l'art. 23 al. 2 LPR avait été constatée en date du 3 septembre 2009, sans faire l'objet d'une sanction. Vu les multiples contraventions de L_____, l'hypothèse faisant état d'un tiers malveillant n'était pas crédible. L'amende administrative querellée était justifiée et proportionnelle.

Le raisonnement de la société ne pouvait pas être suivi en ce qui concerne l'application du principe de la présomption d'innocence et de son corollaire, *in dubio pro reo*. Il n'existait pas de doute quant à l'affichage illicite, puisque l'infraction avait été constatée par une fonctionnaire assermentée.

14. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Nonobstant le caractère pénal de l'amende administrative prononcée en vertu de l'art. 32 LPR, le Tribunal administratif est compétent pour en connaître en application de l'art. 39 LPR (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al.1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). Interjeté en temps utile, le recours est recevable (art. 56A LOJ ; art. 63 al. 1 let. a LPA).

2. La LPR a pour but de régler l'emploi des procédés de réclame afin d'assurer notamment la sécurité routière (art. 1). Sont notamment considérés comme des procédés de réclame au sens de la LPR les moyens graphiques 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 (art. 2 LPR). Le chapitre II de la loi est consacré aux procédés de réclame pour compte de tiers, soit ceux qui ne présentent aucun rapport de lieu et de connexité et leur emplacement et les entreprises, les produits, les prestations de service ou les manifestations pour lesquels ils font de la réclame (art. 21 LPR).

Les affiches litigieuses en l'espèce entrent dans cette définition.

3. L'art. 23 al. 2 LPR dispose que les communes créent en nombre approprié des emplacements réservés à l'apposition d'affiches pour des manifestations organisées dans le canton de Genève par des institutions, associations ou groupements locaux sans but lucratif. Leur utilisation est gratuite.

L'affichage plus de quinze jours avant une manifestation est, sauf dérogation de la commune, interdit (art. 9A al. 3 RPR).

A teneur de l'art. 23A LPR, celui qui fait appel à autrui pour installer ou apposer un procédé de réclame veille à ce qu'il respecte les dispositions de la présente loi. Il répond des agissements de celui-ci.

En l'espèce, L_____ est une société anonyme qui poursuit un but de nature économique, à savoir la promotion de spectacles, le management artistique, la production discographique et l'édition de revues musicales. Elle n'est pas une institution, association ou groupement local sans but lucratif, ce qu'elle ne contredit pas. Elle a fait appel à une société d'affichage afin d'assurer sa promotion publicitaire. L'art. 23A LPR prévoit la responsabilité du mandant pour les actes de son mandataire. Les agissements et omissions de la société d'affichage, lorsqu'elle est défaillante, sont ainsi opposables à L_____ (ATA/50/2009 du 27 janvier 2009 et les réf. citées). En apposant des affiches sur les emplacements officiels, de surcroît plus de quinze jours avant la date de l'événement, L_____, responsable des faits de la société d'affichage qu'elle a mandatée, a donc violé les prescriptions légales et s'exposait à une sanction.

4. Tout contrevenant à la loi et aux règlements édictés en vertu de la loi est passible de l'amende (art. 32 al. 1. let. a et b LPR). Dans la fixation de celle-ci, il est tenu compte du degré de gravité de l'infraction. Le montant maximal de l'amende est de CHF 60'000.- (art. 32 al. 2 LPR).

Dans le cas d'espèce, l'on doit se poser préalablement la question de savoir s'il est admissible d'infliger une amende à la société anonyme, une personne morale.

Les amendes administratives sont de nature pénale, car aucun critère ne permet de les distinguer clairement des amendes ordinaires pour lesquelles la compétence administrative de première instance peut au demeurant aussi exister. C'est dire que la quotité de la sanction administrative doit être fixée en tenant compte des principes généraux régissant le droit pénal (ATA/601/2006 du 14 novembre 2006 ; ATA/543/2006 du 10 octobre 2006 ; ATA/813/2001 du 4 décembre 2001 ; P. MOOR, Droit administratif : les actes administratifs et leur contrôle, vol. 2, Berne 2002, ch. 1.4.5.5, p. 139s).

L'art. 103 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0) énonce que sont des contraventions les infractions passibles d'une amende. En vertu des art. 104 CP et 1 let. a de la loi pénale genevoise du 17 novembre 2006 (LPG - E 4 05), les dispositions générales contenues dans le CP (art. 1 à 110) s'appliquent à titre de droit cantonal supplétif aux infractions prévues par la législation genevoise, sauf prescription contraire de la loi.

Le 1^{er} octobre 2003, le principe d'impunité des personnes morales a été abandonné par le législateur et la règle générale non écrite *societas delinquere non potest* a laissé place à la responsabilité pénale des entreprises, codifiée aux art. 100^{quater} et 100^{quinquies} aCP. Depuis lors, un crime ou un délit qui est commis au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts est imputé à celle-là s'il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise (art. 102 al. 1 CP). Dans ce cas, cette dernière est punie d'une amende de CHF 5'000'000.- au plus. L'art. 102 al. 4 CP précise que sont des entreprises au sens du titre 7, entre autres, les sociétés.

Or, le 1^{er} janvier 2007 est entrée en vigueur la partie générale révisée du CP. Cette réforme a notamment introduit l'art. 105 al. 1 CP qui stipule expressément que les dispositions sur la responsabilité de l'entreprise (art. 102 et 102a) ne sont pas applicables en cas de contravention (A. MACALUSO, La responsabilité pénale de l'entreprise, Schulthess 2004, p. 160, n. 924s).

L'art. 32 LPR dispose que tout contrevenant pourra être sanctionné d'une amende. Néanmoins, il ne spécifie pas de manière explicite que la société répond solidairement du paiement de l'amende. Par ailleurs, la LPR n'a pas introduit de base légale spécifique instituant une capacité pénale de la personne morale et elle ne prévoit pas non plus de sanctionner à la place de celle-ci les organes qui ont agi pour elle. La partie générale du CP est donc applicable aux infractions de la LPR en qualité de droit cantonal supplétif. La sanction infligée à L_____ en application de l'art. 32 LPR étant une amende, l'infraction retenue est une contravention. Partant, la responsabilité pénale de la recourante suite à la pose des affiches litigieuses n'est pas engagée au sens de l'art. 102 CP. En l'état du droit, l'amende ne peut pas être infligée à une personne morale. Elle doit viser l'auteur direct de la contravention qui peut être une personne physique au sein de la société ou un tiers. Selon les articles cités ci-avant, faute de norme formelle cantonale permettant d'infliger la peine directement à la personne morale, ou, à tout le moins, affirmant la responsabilité solidaire de la société et de la personne physique qui a ou aurait dû agir en son nom, seule cette dernière est punissable.

Aussi, l'amende du 7 septembre 2009 infligée par le SSEP à la société anonyme recourante est dépourvue de base légale expresse et viole le principe de la légalité.

5. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et dite amende annulée. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de la ville, laquelle sera au surplus condamnée à verser à la recourante une indemnité de procédure de CHF 1'000.- (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 3 mars 2010 par L_____ S.A. contre la décision du 28 janvier 2010 de la commission cantonale de recours en matière administrative ;

au fond :

l'admet ;

annule la décision du 7 septembre 2009 du service de la sécurité et de l'espace publics ;

met à la charge de la Ville de Genève un émolument de CHF 500.- ;

alloue à la recourante une indemnité de CHF 1'000.-, 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 Me Nicola Meier, avocat de la recourante, à la Ville de Genève ainsi qu'à la commission cantonale de recours en matière administrative.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy, Hurni et Junod, M. Dumartheray, juges

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

le vice-président :

F. Glauser

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :