du 13 octobre 1998

dans la cause

Monsieur Vincent KESSELRING

contre

CONSEIL ADMINISTRATIF DE LA VILLE DE GENÈVE

et

DÉPARTEMENT DE JUSTICE ET POLICE ET DES TRANSPORTS

A/468/1998-VG

EN FAIT

1. Résidant au No 1 de la rue Hugo de Senger à Genève depuis 1984, Monsieur Vincent Kesselring, dit "Vincenzo", y exerce la profession de sculpteur.

2. Le 7 avril 1995, il a sollicité de la Ville de Genève la permission d'installer sur le domaine public un bloc de marbre afin d'y sculpter une oeuvre intitulée "Le Bisou de 7 tonnes".

   Il s'engageait, dès son oeuvre terminée, soit dans le courant de l'automne 1995, à libérer l'emplacement mis à sa disposition, "la Ville de Genève (ayant) clairement exprimé son intention de ne pas accepter qu'elle soit déposée sur le domaine public".

3. Par décision du 20 avril 1995, la Ville de Genève a délivré l'autorisation sollicitée et a mis un emplacement à la disposition de M. Kesselring sur la promenade du quai Wilson, à proximité de la jetée des bains des Pâquis.

4. Apprenant que le Conseil administratif de la Ville de Genève (ci-après : le Conseil administratif) maintenait sa décision et persistait dans son refus initial de ne pas accepter la sculpture en cadeau, M. Kesselring a demandé un délai supplémentaire le 15 décembre 1995 afin de trouver une autre institution publique susceptible de recevoir son cadeau.

5. Le 21 décembre 1995, le Conseil administratif a confirmé sa position et a indiqué à l'artiste qu'il lui appartenait de libérer l'emplacement mis à sa disposition.

6. Le 8 janvier 1996, le Comité d'initiative pour la sculpture "Le Bisou de 7 tonnes" (ci-après : le comité d'initiative), formé de Catherine Higginson-Leon, Hélène Pagès, Mona Currat, Patricia Geraldes, et Thierry Würth, a annoncé le lancement d'une initiative visant à ce que la Ville de Genève accepte l'oeuvre et lui trouve un emplacement, de préférence sur son lieu d'élaboration.

   Le comité d'initiative soumettait à son approbation un spécimen de liste destinée à recevoir des signatures (art. 86 let. c de la loi sur l'exercice des droits politiques du 15 octobre 1982 (LEDP - A 5 05).

7. Le 11 janvier 1996, constatant que la sculpture se

trouvait toujours sur la promenade du quai Wilson, le Service du domaine public de la Ville de Genève (ci-après : le service du domaine public) a fixé un délai de cinq jours à son auteur pour l'évacuer. Cette première mise en demeure étant restée sans effet, un dernier délai au 17 juillet 1996 lui a été imparti.

8. M. Kesselring a recouru contre cette dernière décision d'évacuation auprès du Tribunal administratif le 15 juillet 1996.

9. Par arrêt du 29 octobre 1996, le Tribunal administratif a rejeté le recours de M. Kesselring et confirmé la décision du service du domaine public. L'ordre d'évacuation émanant du Conseil administratif ne violait pas les principes de la proportionnalité et de l'égalité de traitement.

10. Le 3 décembre 1996, M. Kesselring et le comité d'initiative ont formé un recours de droit public contre l'arrêt du Tribunal administratif précité.

11. Dans son arrêt du 24 mars 1997, le Tribunal fédéral a dénié la capacité d'être partie au comité d'initiative et rejeté le recours de M. Kesselring. Le recours de droit public ne pouvant tendre qu'à l'annulation de l'acte attaqué, la conclusion visant au maintien de la sculpture au lieu de sa création jusqu'à la votation populaire devait être déclarée irrecevable. Cette mesure n'était pas nécessaire à l'information complète des citoyens.

12. Par lettre du 3 mars 1998 au Conseil administratif, le Service des votations et des élections a indiqué que le Conseil d'Etat avait fixé au 7 juin 1998 la date de la votation communale concernant l'objet susmentionné.

Dans cette perspective, les brochures explicatives devaient être remises au Centre des technologies de l'information (CTI) le mercredi 29 avril 1998 au plus tard, afin que ce service en organise l'expédition.

13. Par courrier du 11 mars 1998, le Service des votations et des élections a invité le comité d'initiative à lui transmettre, d'ici au 15 avril 1998, un texte de soixante lignes, soit 4'800 signes, ainsi qu'une photographie de la sculpture, pour leur insertion dans la brochure précitée.

14. Le service des achats de la Ville de Genève a effectué la livraison des brochures explicatives municipales au CTI

le 30 avril 1998.

15. Le 5 mai 1998, M. Kesselring a saisi le Tribunal administratif d'un recours contre la violation de la procédure des opérations électorales, en application de l'article 180 LEDP. La brochure explicative que la Ville de Genève s'apprêtait à adresser à tous les électeurs concernés par l'initiative contenait "de graves inexactitudes allant jusqu'à des contrevérités" :

- Il lui avait été refusé de pouvoir prendre connaissance de l'argumentaire du Conseil administratif avant l'envoi de la brochure.

- Le comité d'initiative était présenté sous le libellé : "Comité référendaire".

- La photographie avait non seulement été imprimée à l'envers, mais sa légende avait été modifiée. En lieu et place de "Le Bisou de 7 tonnes actuellement en exil à Ferney-Voltaire" figurait l'indication de l'adresse de Ferney-Voltaire, ce qui pouvait laisser croire que l'oeuvre avait trouvé accueil ailleurs.

- Le commentaire du Conseil administratif contenait diverses accusations totalement fausses, dont le recourant attendait la correction :

  Contrairement à ce qui était indiqué, M. Kesselring n'avait pas intenté une procédure judiciaire jusqu'au Tribunal fédéral pour obtenir le maintien permanent de sa statue sur le lieu où elle avait été sculptée, mais afin de la laisser temporairement à cet endroit jusqu'à la votation populaire portant sur l'initiative.

  Le recours n'avait pas été uniquement déposé par et au nom du sculpteur, mais également par le comité d'initiative.

  Il était également erroné d'affirmer que le sculpteur utilisait l'institution de l'initiative populaire "pour ne pas respecter ses engagements, ne pas prendre acte des arrêts des tribunaux, imposer ce qui (était) son intérêt personnel et bafouer les règles d'exploitation du domaine public qui s'appliquent à tous les citoyens".

  L'initiative avait été lancée avant le début des

démarches judiciaires. Un comité d'initiative indépendant en était l'auteur. Le sculpteur ne poursuivait aucun intérêt personnel, dès lors qu'il offrait gratuitement sa statue à la Ville de Genève. Le droit d'initiative avait été utilisé afin que le peuple tranche une question sur laquelle l'autorité exécutive avait pris une position négative qui correspondait précisément au but de cette institution.

Ses engagements avaient été respectés, dès lors que la statue avait immédiatement été enlevée, dès la notification de l'arrêt du Tribunal fédéral.

16. Par lettre du 12 mai 1998, le recourant a précisé que sa demande ne visait qu'à obtenir de la part de la Ville de Genève un erratum, soit un encart correctif bien visible dans les journaux locaux, et en aucun cas la suspension ou le report de cette votation.

17. Dans sa réponse du 20 mai 1998, le Conseil administratif a indiqué avoir été informé de cette réclamation le 6 mai 1998. La mise sous pli ayant débuté le lundi 4 mai 1998, il n'était plus possible d'intervenir à ce stade

L'intimé s'est déclaré prêt à publier un erratum dont la teneur était la suivante :

<<Trois corrections doivent être apportées à la brochure explicative de la Ville de Genève, relative aux votations communales du 7 juin 1998 :

1. En couverture, il faut lire "votations communales du 7 juin 1998" et non pas 1997;
2. En page 6, la légende relative à la photographie doit être rectifiée ainsi : "La statue "Le Bisou de 7 tonnes", se trouvant actuellement et provisoirement à l'avenue du Jura à Ferney-Voltaire, France".
3. En page 7, il faut lire : "Position du Comité d'initiative" et non du comité référendaire.>>

Une brochure explicative ne pouvait se limiter à ne contenir qu'une simple chronologie de faits, cette prise de position ayant pour but de donner aux citoyens amenés à voter une appréciation générale de l'objet soumis au vote. La position de la Ville de Genève ne contenait pas de fausses informations et celles données n'étaient pas de nature à

influencer de manière décisive le résultat du vote. Aucune appréciation sur la qualité artistique de l'oeuvre n'avait été mentionnée.

18. Par une écriture spontanée du 26 mai 1998, M. Kesselring a déclaré ne pas être satisfait par l'erratum proposé : La question de l'abus du droit d'initiative était avant tout du ressort du Conseil municipal qui avait tranché cette question.

19. Le 28 mai 1998, le Conseil administratif a fait publier son erratum dans le journal Le Temps, la Tribune de Genève ainsi que, le lendemain, dans le journal Le Courrier et la Feuille d'avis officielle (ci-après : FAO).

20. Au terme du scrutin du 7 juin 1998, les électeurs de la Ville de Genève se sont prononcés de la manière suivante : sur les 36'465 bulletins valablement enregistrés, 12'383 étaient favorables à l'initiative, alors que 24'052 s'y étaient opposés (FAO du 12 juin 1998, p. 920). Ainsi, 66 % des électeurs qui se sont exprimés ont rejeté cette initiative.

21. Le 10 juin 1998, le juge délégué s'est adressé à M. Kesselring afin de savoir s'il entendait maintenir son recours au vu des résultats du scrutin.

22. Le 15 juillet 1998, M. Kesselring a indiqué qu'il maintenait son recours. Il suffisait que moins de 16 % des votants aient été influencés de façon déterminante par les fausses informations contenues dans le texte de la Ville de Genève pour remettre en cause ce scrutin. A l'appui de son argumentation, le recourant a annexé un sondage réalisé les 12 et 13 février 1997 par un institut de sondages révélant que 63,5 % des Genevois interrogés étaient prêts à accepter sa sculpture.

EN DROIT

1. Le Tribunal administratif est compétent pour connaître des recours visant la violation de la procédure des opérations électorales communales (art. 8 al. 1 ch. 4 de la loi sur le Tribunal administratif et le Tribunal des conflits du 29 mai 1970 – LTA – E 5 05; art. 180 al. 1 let. b LEDP).

Selon l'article 63 alinéa 1 lettre c de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA – E 5 10),

le délai de recours est de six jours en matière de votations et d'élections. Ce délai court à partir du moment où l'intéressé a eu connaissance de l'acte qu'il considère comme une atteinte à ses droits politiques (ATA Corthay du 15 avril 1991).

2. Domicilié sur la commune de la Ville de Genève, M. Kesselring dispose de la qualité pour agir.

3. Le recourant indique avoir obtenu "inofficiellement" copie de la brochure explicative litigieuse le 4 mai 1988. L'acte de recours a été adressé au Tribunal administratif le 5 mai 1998, à une époque où ladite brochure était en voie d'expédition, de sorte qu'il sera déclaré recevable.

4. Selon l'article 53 LDP, à l'occasion des votations communales les communes expédient à tous leurs électeurs, trois semaines au moins avant l'ouverture du scrutin, le bulletin de vote, les textes soumis à la votation ainsi que des explications qui comportent, s'il y a lieu, un commentaire des autorités d'une part et des auteurs du référendum ou de l'initiative d'autre part.

L'envoi à tous les électeurs de la brochure dont le contenu fait l'objet du présent litige fait partie intégrante de la procédure des opérations électorales. Le Tribunal administratif acceptera dès lors sa compétence matérielle pour trancher le litige (Sem. Jud. 1990 p. 531).

5. Il convient au préalable de se demander si le recours conserve un objet, dans la mesure où son auteur n'a jamais expressément demandé l'annulation de la votation, mais la correction - par la publication d'un erratum - des erreurs contenues dans la brochure et des accusations, selon lui fallacieuses, portées dans l'argumentaire de l'intimé.

Soucieux de permettre à la volonté populaire de se former dans les meilleures conditions possibles, le Conseil adminitratif a en effet donné suite à la demande du recourant par la publication d'encarts insérés dans trois des principaux quotidiens genevois ainsi que dans la FAO les 28 et 29 mai 1998.

Si, pour le recourant, la teneur du texte publié n'était pas de nature à corriger les erreurs alléguées, le rejet de l'initiative par le peuple genevois le 7 juin 1998 a rendu illusoire la condamnation de l'autorité intimée à la publication de nouveaux errata.

6. M. Kesselring a toutefois maintenu son recours, indiquant le 15 juillet 1998 que le texte "partiellent diffamatoire" de la Ville de Genève avait pu fausser l'avis des citoyens. Il suffisait que 16% d'entre eux aient été influencés de manière déterminante pour que le scrutin soit remis en cause.

La réponse à la question de savoir si le recourant avait la faculté de modifier a posteriori et de manière implicite ses conclusions, ou si, au contraire, son courrier du 15 juillet 1998 doit être interprété comme une nouvelle action en annulation des résultats du scrutin, pourra rester indécise, son recours devant quoi qu'il en soit être rejeté quant au fond.

7. L'autorité intimée a publié en temps utile les rectificatifs nécessaires portant sur la date des votations, le libellé de la photographie et le titre "Position du Comité d'initiative", de sorte qu'elle a réparé les effets négatifs du message officiel. Ainsi, seule reste litigieuse la teneur du point de vue de la Ville de Genève dont l'un des chapitres était intitulé : "De l'abus en l'espèce du droit populaire d'initiative".

8. Le droit de vote garanti par le droit constitutionnel fédéral donne aux citoyens le droit d'exiger que le résultat d'une votation ou d'une élection ne soit pas reconnu s'il n'est pas l'expression fidèle et sûre de la libre volonté du corps électoral (ATF 117 Ia 41 consid. 5 pp. 46-48 et réf. cit.; Sem. jud. 1992 p. 318).

a. S'il apparaît que des irrégularités de procédure ont pu influencer le résultat d'un vote, celui-ci doit être annulé par l'autorité judiciaire saisie. Le citoyen n'a pas à apporter la preuve que l'irrégularité en cause a effectivement exercé une influence. Il suffit que, selon les faits établis, une telle influence ait été possible (Sem. jud. 1992 p. 318).

b. La formation de la volonté des citoyens peut être faussée par des affirmations inexactes et fallacieuses. Il se peut que cette influence ait été l'oeuvre des autorités qui auraient, par exemple, violé leur devoir d'informer objectivement les citoyens sur le but et la portée de l'objet d'une votation dans la notice explicative qu'elles adressent aux citoyens. Cette influence peut aussi être le fait de la presse ou de tout autre moyen d'information, de partis politiques ou de particuliers (ATF 112 Ia 129 consid. 3 pp. 134-136; Sem. jud. 1992 p. 318; ATA D. du 26 septembre 1991;

A. AUER, L'intervention des collectivités publiques dans les campagnes référendaires, in RDAF 1985 pp. 200-201).

c. De jurisprudence constante, les notices explicatives officielles ne doivent pas porter atteinte à la libre formation de la volonté du corps électoral. Contrairement aux partis ou groupements politiques, l'autorité doit faire preuve d'une plus grande rigueur et observer en principe une mesure égale entre les arguments des protagonistes, à moins qu'elle ne fasse qu'exposer son propre point de vue. Dans cette dernière hypothèse, elle jouit d'une plus grande liberté (RDAF 1982 p. 54; Sem. jud. 1990 p. 531; ATA D. du 26 septembre 1991; E. GRISEL, Initiative et référendum populaires, traité de la démocratie semi-directe en droit suisse, Berne, 1997, 2ème ed., p. 113).

Dans les cas où une telle notice contient un avis relatif à des questions d'appréciation, une violation de la Constitution ne saurait être retenue, car il appartient en définitive à l'électeur de se forger sa propre opinion sur de telles questions. L'autorité peut se limiter à faire état des motifs qui ont été considérés comme déterminants par la majorité de ses membres, sans qu'il soit nécessaire de tenir compte de tous les points de vue possibles ou de mentionner toutes les objections que pourrait susciter le projet soumis au vote. Elle a le droit d'émettre des jugements de valeur, même s'ils ne s'appuient pas sur des faits établis (ATF 106 Ia 197 consid. 4a p. 200 et jurisp. cit.).

d. La simple constatation d'irrégularités ne suffit cependant pas à faire annuler une élection ou une votation; encore faut-il que celles-ci aient été propres à influencer le résultat du scrutin (ATF 119 Ia 275; 117 Ia 41; 106 Ia 197 consid. 4a p. 200 et jurisp. cit.; ATA L. du 11 juillet 1990 in Sem. Jud. 1992 p. 495; ATA Action nationale et Boimond du 29 juin 1989)

9. Ce qui est déterminant dans la présente espèce, c'est de savoir si la manière dont les autorités municipales ont présenté leurs arguments a été susceptible de vicier la formation de la volonté de l'électeur.

Il est reproché au Conseil administratif d'avoir exposé de manière fallacieuse le fait que le recourant avait intenté "une procédure judiciaire jusqu'au Tribunal fédéral pour obtenir le maintien de sa statue sur le lieu où elle a été sculptée". La phrase figurant au début du paragraphe suivant précisait "Aujourd'hui, par le biais de cette initiative, Vincenzo tente d'obtenir ce que même les

tribunaux lui ont refusé. Il utilise l'institution qu'est l'initiative populaire pour ne pas respecter ses engagements, (...)."

10. Le recourant ne peut soutenir qu'il ne visait, au travers des diverses procédures judiciaires engagées, que le maintien de son oeuvre sur le quai Wilson dans l'attente du résultat des votations.

La décision attaquée devant le Tribunal administratif, puis devant le Tribunal fédéral, n'était autre que la décision d'évacuation prise par le Conseil administratif. Dans son arrêt, le Tribunal fédéral a d'ailleurs déclaré irrecevable la conclusion du recourant tendant à ce que la Ville de Genève tolère la présence de la statue sur le lieu de sa création jusqu'à la date de la votation.

Dans ce contexte, la prise de position de l'intimé, affirmant que M. Kesselring tentait d'obtenir par le biais d'un droit politique ce que les tribunaux lui avaient refusé, ne peut être qualifiée d'abusive.

11. Le Tribunal administratif relèvera en outre ce qui suit :

a. Le message officiel a pour but d'améliorer l'information des citoyens et de susciter leur intérêt. Une commune genevoise peut décider avec une très grande liberté de la forme et du contenu qu'elle entend donner à cette information officielle, à laquelle elle peut d'ailleurs renoncer purement et simplement. Qu'il y ait eu concertation et information ne signifie pas pour autant qu'il y ait adhésion (ATF du 9 février 1983 en la cause Ville de Genève contre Comité référendaire contre la destruction de la Promenade de l'Observatoire).

b. La Ville de Genève a laissé aux référendaires une très large place dans la brochure explicative pour développer leurs arguments. Contrairement à ce que soutient le recourant, l'espace occupé par la photographie n'a pas été décompté du nombre de caractères mis à disposition des initiants pour faire valoir leurs arguments. A ce titre, l'égalité des armes a été respecté. (E. GRISEL, op. cit., p. 112)

c. Le recourant reproche à l'intimé de ne pas lui avoir permis de consulter son texte avant sa publication. Cet argument ne saurait être retenu car les initiants ne sauraient exiger un droit de regard - voire de réplique - sur ce

document, de manière à avoir le dernier mot (E. GRISEL, op. cit., pp. 111-112).

d. Le texte officiel ne représente pas l'unique source d'information. Les citoyens ont pu prendre connaissance des arguments pour et contre le projet soumis au vote par le biais de divers média. En particulier, la presse écrite s'en est fait largement l'écho (ATF 117 Ia 153; ATA Netuschill du 14 mars 1984).

e. Quant aux autres critiques formulées, en particulier le fait de n'avoir pas précisé que l'initiative avait été lancée avant le début des démarches judiciaires, que le comité d'initiative était partie à la procédure ou que l'artiste ne poursuivait aucun intérêt personnel, il ne faut pas perdre de vue que le Tribunal administratif ne sanctionne que les abus les plus graves et pour autant que les irrégularités dénoncées aient pu modifier les résultats du scrutin, ce que ces griefs ne sont pas en mesure de démontrer.

f. Il convient enfin de souligner que pas moins de 66% des voix exprimées ont rejeté cette initiative, ce qui constitue un avis clair et non sujet à caution.

12. Dans ce contexte, le Tribunal administratif estime que les erreurs contenues dans la brochure explicative querellée et que l'intimé a corrigé par voie de publication, de même que la prise de position du Conseil administratif, n'ont pas été de nature à fausser de manière décisive la volonté des électeurs et qu'en conséquence, il ne convient pas d'annuler ladite votation.

Le recours sera ainsi rejeté. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 750.-- sera mis à la charge du recourant.

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif
à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 5 mai 1998 M. Vincent Kesselring contre le Conseil administratif de la Ville de Genève;

au fond :

le rejette;

met à la charge du recourant un

émolument de CHF 750.--;

communique le présent arrêt à M. Kesselring, au Conseil administratif de la Ville de Genève, ainsi qu'au Département de justice et police.

Siégeants : M. Schucani, président, M. Thélin, Mmes Bonnefemme-Hur

Au nom du Tribunal administratif :

le greffier-juriste adj.: le président :

N. Bolli D. Schucani

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le p.o. la greffière :

Mme M. Oranci