

GE_GERICHTE ATA/613/2008 vom 9. Dezember 2008

GE Cour de justice, 2008-12-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_613_2008

FR: GE_GERICHTE ATA/613/2008 du 9 décembre 2008

IT: GE_GERICHTE ATA/613/2008 del 9 dicembre 2008

Regeste

Résumé: Application du principe de l'égalité dans l'illégalité. Recours contre l'ordre de dépose d'une série de panneaux publicitaires sur le domaine privé. En l'espèce, le principe de l'égalité dans l'illégalité n'est pas applicable.

Erwägungen

E. 13

a. Le 15 octobre 2007, Plakanda Awi S.A. et Plakanda Ofex S.A. ont recouru contre la décision précitée auprès du Tribunal administratif. Elles concluent préalablement, à l'audition de l'auteur des préavis de la CMNS, et principalement

- 7/24 - A/3874/2007 à l'annulation de la décision de la commission de recours et à l'octroi des autorisations sollicitées.

La commission de recours avait violé leur droit d'être entendues en refusant de procéder à l'audition d'un représentant de la CMNS alors que l'offre de preuve présentée était pertinente pour l'issue du litige. La CMNS était seule à même de renseigner utilement la commission de recours sur la compatibilité des panneaux de la SGA avec les exigences de protection des sites, comme sur les éléments esthétiques susceptibles de les distinguer des leurs. Pour le surplus, elles ont repris leurs griefs formulés devant la commission de recours.

Les recourantes ont également invoqué un arrêt bernois du 28 août 2003 (JAB 2004 p.489 et ss, confirmé par un Arrêt du Tribunal fédéral 1P.582/2003 du 25 mars 2004), selon lequel du fait de la relation de concurrence existant entre les entreprises d'affichage publicitaire actives sur des terrains privés et les entreprises d'affichage actives sur le domaine public en vertu de concessions, les autorités communales devaient veiller de manière particulièrement attentive au respect du principe d'égalité de traitement. Il importait ainsi que les autorités de recours vérifient attentivement que le motif de l'intérêt public lié à la protection des sites n'était pas appliqué de manière plus rigoureuse à l'encontre des sociétés opérant sur le domaine privé qu'à l'égard de celle bénéficiaire de la concession d'usage du domaine public.

b. Le SMS leur avait confirmé que trois des six panneaux de la SGA étaient, implantés à proximité immédiate d'ensembles du XIXe ou du début du XXe siècle. Il s'agissait de ceux situés au 25, rue des Bains, 15 rue de Montchoisy et rue des Garages/angle rue du Valais. Quant à celui de la rue des Eaux-Vives 87, il était inclus dans le périmètre du plan de site de la Rade. Ce même service avait attesté que la Ville n'avait pas demandé à la CMNS de rendre un préavis au sujet de ces supports publicitaires. Ainsi, la Ville réservait bien aux affiches de la SGA un traitement différent.

E. 14

Le 30 novembre 2007, la Ville a déposé ses observations. Elle conclut à la confirmation de la décision de la commission de recours du 7 septembre 2007 et à celle de ses propres décisions du 14 décembre 2006. Elle a repris en substance son argumentation antérieure.

E. 15

Le 29 avril 2008, le juge délégué a prié la Ville de produire les dossiers d'autorisation relatifs aux panneaux publicitaires de la SGA cités en exemples par les recourantes afin de vérifier s'ils contenaient un préavis de la CMNS.

E. 16

Le 14 mai 2008, la Ville a répondu qu'elle n'était pas à même de fournir le dossier pour le cas de la rue de Montchoisy dès lors que le contrat relatif aux supports muraux avait été conclu par la Gérance immobilière municipale (ci-

- 8/24 - A/3874/2007 après : GIM) à une date antérieure au 1er janvier 1998 et que cette dernière n'avait pas donné suite à sa requête.

Concernant la rue des Bains, les panneaux n'étaient pas implantés devant un bâtiment protégé, si bien que le préavis de la CMNS n'était pas nécessaire.

Il en allait de même pour la rue des Eaux-Vives, le bâtiment concerné n'étant ni classé ni à l'inventaire pas plus qu'il n'était inscrit dans un ensemble protégé.

Enfin, le préavis de la CMNS n'avait pas été sollicité pour le panneau de la rue des Garages, le bâtiment en question ne figurant pas dans le répertoire.

Par ailleurs, l'illustration du concept directeur avait été soumise à consultation publique en octobre 2005. Ni le SMS, ni la CMNS n'avaient alors formulé de remarques quand bien même tous les panneaux cités y figuraient. Enfin, elle n'avait jamais manqué de soumettre à la CMNS tous les cas qui requéraient le préavis de cette dernière.

E. 17

Le 20 mai 2008, les recourantes ont persisté dans leurs conclusions. S'agissant des panneaux de la SGA situés dans les rues des Bains, de Montchoisy, des Eaux-Vives et des Garages, elles avaient prouvé qu'ils étaient implantés sur ou à proximité immédiate d'ensembles protégés et avaient bénéficié d'un traitement différencié puisque la Ville n'avait pas procédé à la consultation de la CMNS avant de les autoriser. Le simple fait d'avoir soumis son concept directeur d'affichage à consultation publique ne valait pas saisine de la CMNS au sens de l'article 7 LPR. Enfin, l'intention de l'intimée de poursuivre ce traitement différencié était établie, celle-ci persistant à soutenir qu'elle n'avait pas à soumettre lesdits panneaux au préavis de la CMNS. Ce faisant, l'intimée avait appliqué de manière restrictive la clause d'esthétique ancrée à l'article 8 alinéa 1 LPR en violation de leur liberté économique et du principe d'égalité de traitement entre concurrents.

E. 18

Le 30 mai 2008, la Ville a persisté dans son argumentation.

E. 19

Le 23 juin 2008, le tribunal de céans a procédé, en plénum, à un transport sur place en présence des parties ainsi que de Monsieur Dominique Cerutti, architecte délégué par la CMNS.

Le tribunal s'est ainsi rendu sur les quatorze emplacements sis sur le territoire de la Ville, afin de visionner les panneaux des recourantes dont la dépose était exigée, de même que ceux, apposés par la SGA, et cités à titre d'exemples par les recourantes. Il a fait les constatations suivantes :

- 9/24 - A/3874/2007

a. Avenue de Champel, 4 : panneau des recourantes

Selon Monsieur Antonio Pizzoferrato, représentant de la Ville, ce panneau se trouvait sur un bâtiment faisant partie d'un ensemble protégé des XIXe et XXe siècles. La Ville acceptait toutefois que la dépose intervienne après la dernière pré-réservation de l'emplacement, certaines se faisant plusieurs années à l'avance.

M. Cerutti a confirmé le préavis négatif de la CMNS. Quand bien même il se trouvait sur un support propre, ledit panneau masquait une barrière en fer forgé.

b. Rue Simon-Durand, 9 : panneau des recourantes

La Ville a confirmé que ce bâtiment était protégé.

Le conseil des recourantes a fait remarquer que ce panneau était littéralement enfoncé dans l'immeuble pour demeurer entièrement sur le domaine privé conformément à la jurisprudence du tribunal de céans.

c. Rue du Grand Pré, 72 : panneau des recourantes

Ce support publicitaire avait été préavisé négativement par la CMNS.

d. Rue de Moillebeau, 36 : panneau des recourantes

Ce panneau implanté sur une façade borgne avait fait l'objet d'un préavis négatif. Il était en effet trop grand et trop proche de l'angle du bâtiment. La Ville a rappelé qu'elle intervenait sur les panneaux de grandes dimensions mais ne pouvait pas dire, en l'état, si tel était le cas de ce panneau-ci.

Selon M. Cerutti, même si le panneau était déplacé le long de la façade, cela ne changerait rien. Cet immeuble était également protégé comme faisant partie d'un ensemble. Le support publicitaire situé en face de celui considéré, fixé sur le bâtiment n° 42, rue de Moillebeau se trouvait sur un bâtiment des années 1930. Il n'existait pas de répertoire de ces bâtiments mais il y avait une tendance actuelle en faveur de la protection de ce type d'immeubles, comme celui de la route des Franchises.

e. Rue de Lyon, 19 : panneau des recourantes

M. Cerutti a indiqué que le préavis de la CMNS était défavorable, l'immeuble concerné faisant partie d'un ensemble protégé des XIXe et XXe siècles. Le panneau se trouvait à l'angle du bâtiment et portait atteinte à l'ordonnance architecturale et formelle de celui-ci. De plus, ledit panneau n'était pas admissible au regard de l'article 20 du concept directeur de l'affichage.

- 10/24 - A/3874/2007

f. Rue de Saint-Jean, 54 : panneau des recourantes

M. Cerutti a confirmé le préavis négatif de la CMNS puisque ce support publicitaire se trouvait sur un bâtiment protégé.

g. Rue de l'Ancien Port, 9 : panneau des recourantes

Ce panneau avait fait l'objet d'un préavis négatif, le bâtiment appartenant à un ensemble protégé.

M. Cerutti a estimé que bien que l'immeuble datait des années 1930, la CMNS ne modifierait pas son préavis négatif cela même si ce bâtiment était de facture plus récente que ceux faisant parties des ensembles protégés du XIXe et début du XXe siècles.

h. Rue de Montchoisy, 15 : deux panneaux de la SGA

M. Pizzoferrato a expliqué que l'immeuble, propriété de la Ville, était géré par la GIM. Avant l'entrée en vigueur de la nouvelle LPR, les autorisations relatives aux immeubles appartenant à la Ville, et gérés par la GIM, étaient délivrées par cette dernière sans intervention du service. Le dossier concernant cet immeuble avait été demandé à la GIM qui ne l'avait pas retrouvé. Dorénavant, le service instruirait les dossiers pour éviter toute inégalité de traitement.

Le conseil des recourantes a fait remarquer que selon le SMS, cet immeuble faisait partie d'un ensemble protégé des XIXe et XXe siècles.

M. Cerutti a confirmé que ce bâtiment, qui datait du début du XXe siècle, était protégé à ce titre. Il n'était, en revanche, pas inclus dans le plan de site de la Rade. Si la CMNS avait été consultée, elle aurait délivré un préavis défavorable car ces deux panneaux nuisaient au socle de l'immeuble, même si l'ensemble ne figurait pas sur la liste exemplative contenue dans le répertoire du SMS. M. Cerutti a insisté sur le fait que les immeubles sis aux nos 9, 11, et 13 formaient un ensemble avec le n° 15, même si la rue du XXXI-Décembre coupait ensuite la rue de Montchoisy.

i. Rue des Eaux-Vives, 85 : panneau de la SGA

Le préavis de la CMNS n'avait pas été requis pour ce panneau. Celui-ci se trouvait dans le plan de site de la Rade. Selon M. Cerutti, ce bâtiment avait dû être édifié peu avant la seconde guerre mondiale. A son avis, ce panneau était un peu moins intrusif que d'autres, car situé sur un petit bâtiment suivant le corps bas d'une construction plus importante donnant sur le quai, d'où il n'était pas visible. Il réservait toutefois son avis si la CMNS devait être saisie de cette question.

- 11/24 - A/3874/2007

j. Rue des Bains, 25: six panneaux de la SGA

Ces six panneaux n'avaient pas été soumis au préavis de la CMNS, la Ville ayant considéré que l'immeuble abritant le musée d'ethnographie n'était pas protégé.

M. Cerutti a relevé qu'un préavis aurait dû être requis. Selon le SMS, ce bâtiment faisait partie d'un ensemble des XIXe et XXe siècles à l'instar de ceux situés dans la rue des Maraîchers, quand bien même ils ne figuraient pas dans le répertoire.

k. Rue des Maraîchers, 44 : trois panneaux de la SGA

La Ville n'avait pas requis le préavis de la CMNS pour les mêmes raisons.

Selon M. Pizzoferrato, ces panneaux seront soumis à la CMNS, si celle-ci estimait que tel devait être le cas. Il existait mille sept cents objets en Ville de Genève et un contrôle systématique allait être opéré. Il ne sera toutefois pas procédé d'office à la notification

d'ordres d'enlèvement pour les panneaux qui ne seraient pas conformes. Il en serait fait de même concernant la mise en conformité des panneaux des recourantes.

l. Rue Henri-Christiné, 3 : huit panneaux de la SGA

Selon la Ville, ce bâtiment n'était pas protégé.

M. Cerutti a exposé que les bâtiments opposés aux nos 2, 4 et 6 de la rue Henri-Christiné ainsi que celui du musée du Vieux Plainpalais ne suffisaient pas à admettre la présence d'un ensemble des XIXe et XXe siècles. Les panneaux apposés sur le n° 3 de la même rue ne nuisaient pas à la valeur d'ensemble. M. Cerutti admettait que cette dernière notion était toutefois difficile à définir.

Le juge délégué a constaté que ce bâtiment avait l'air d'un dépôt et qu'il était accolé à l'arrière du Petit Casino. Ce dernier bâtiment jouxtait également un petit chalet en bois.

Selon la Ville, les panneaux figuraient sur une façade borgne. Or, le règlement, ne prohibait que les enseignes sur murs borgnes et d'un grand format.

m. Rue des Garages/rue du Valais : trois panneaux de la SGA

Pour M. Cerutti, l'immeuble sur lequel les trois panneaux étaient apposés, devait être considéré comme protégé, car faisant partie d'un ensemble des XIXe et XXe siècles.

Selon le représentant de la Ville, le préavis de la CMNS n'avait pas été requis, au motif que le bâtiment n'était pas répertorié.

- 12/24 - A/3874/2007

Le conseil des recourantes a souligné que la Ville avait interjeté un recours contre une autorisation de construire délivrée à la rue des Garages, en invoquant précisément le fait que les bâtiments sis à l'angle de la rue des Garages et de la rue du Valais, face aux dites affiches, constituaient un ensemble protégé.

E. 20

Le 8 juillet 2008, le juge délégué a invité le SMS à lui adresser le répertoire des ensembles protégés, à préciser si ce document avait été adapté et enfin à indiquer qui décidait que tel objet était ou non protégé.

E. 21

Le 14 juillet 2008, la directrice générale ad intérim du SMS (devenu depuis lors : l'office du patrimoine et des sites) a répondu que le département avait dressé une liste indicative des ensembles, publiée dans le répertoire. C'était sur la base de ce document, selon la définition légale et par analogie aux ensembles figurant dans la liste indicative, qu'il était possible de savoir si un immeuble appartenait ou non à un ensemble tel que défini à l'article 89 LCI. Aucun recensement exhaustif des ensembles n'avait été effectué à ce jour. En cas de doute, un propriétaire ou un architecte pouvait, en tout temps, s'adresser au SMS pour obtenir des précisions sur les bâtiments.

E. 22

Le 14 août 2008, les recourantes ont déposé leurs conclusions après enquêtes.

a. La seule protection dont bénéficiaient les immeubles sur lesquels étaient apposés leurs panneaux était celle prévue par les articles 89 et suivants LCI, concernant les ensembles des XIXe et début du XXe siècles.

L'immeuble situé à l'angle des rues Jean-Jacquet et de l'Ancien Port (ch. 19 let. g) datait des années 1930. Il était d'une facture plus récente que ceux faisant partie des ensembles protégés. La Ville avait soumis à tort le dossier à la CMNS. En effet, la compétence de la CMNS, décrite de manière limitative à l'article 7 alinéa 1 LPR, ne s'étendait pas aux immeubles des années 30 qui ne faisaient l'objet d'aucune mesure de protection au sens rappelé ci-dessus. Le fait que, selon le représentant de la CMNS, celle-ci ne modifierait pas son préavis négatif était sans pertinence. Force était de conclure que l'ordre d'enlèvement relatif à ce panneau devait être annulé.

S'agissant du procédé de réclame implanté contre la façade borgne de l'immeuble sis 36, rue de Moillebeau (ch. 19 let. d), la Ville avait indiqué que celle-ci n'intervenait que sur les panneaux de grandes dimensions et ne pouvait pas affirmer que tel était le cas en l'espèce. L'ordre d'enlèvement ne se justifiait donc pas.

b. Aucun des panneaux de la SGA cités à titre d'exemples n'avait donné lieu à une procédure d'autorisation incluant un préavis de la CMNS alors qu'ils se trouvaient à proximité ou sur des ensembles protégés et que plusieurs de ces

- 13/24 - A/3874/2007 installations auraient fait l'objet d'un préavis négatif si elles lui avaient été soumises [panneaux des rues de Montchoisy (ch. 19 let. h), des Bains (ch. 19 let. j), des Maraîchers (ch. 19 let. k), des Garages (ch. 19 let. m)].

c. La Ville n'avait pas examiné avec la même attention critique les panneaux de la SGA que ceux des recourantes. Si l'intimée, reconnaissant l'illégalité de sa pratique suivie jusqu'ici, avait annoncé vouloir procéder à un contrôle systématique des mille sept cents installations existantes, cette intention était contredite par sa volonté de ne pas agir d'office en notifiant des ordres d'enlèvement pour les panneaux non conformes et en attendant d'être saisie par la CMNS. La Ville ne démontrait ainsi pas qu'elle entendait adopter une pratique conforme à la loi à l'égard des panneaux de la SGA. En effet, la CMNS était une instance de préavis ne se prononçant que sur requête. Les indications la Ville ne permettaient pas de conclure que les panneaux de la SGA allaient être soumis à un réexamen systématique équivalent à celui appliqué aux panneaux des recourantes. En outre, aucune indication n'avait été donnée quant aux délais dans lesquels les panneaux de la SGA seraient contrôlés et, cas échéant, seraient objets d'ordres de démontage. Partant, tant et aussi longtemps que la Ville ne démontrait pas qu'elle allait modifier sa pratique, les recourantes ne pourraient être contraintes de déposer les installations d'affichage litigieuses.

Le principe de l'égalité de traitement entre concurrents commandait de considérer que les conditions prévues par la jurisprudence étaient remplies pour qu'elles puissent se prévaloir du droit à l'égalité dans l'illégalité, dès lors que la Ville n'avait pas prouvé qu'elle entendait corriger immédiatement sa pratique illégale au profit de la SGA.

d. Si les ordres d'enlèvement notifiés aux recourantes devaient être confirmés dans leur principe, ils devraient être subordonnés à un délai de mise en œuvre qui leur garantisse qu'elles ne devraient pas supprimer leurs installations avant que la SGA ne dépose ses propres panneaux.

e. Le représentant de la Ville avait indiqué que la pratique de son service consistait à accepter que la dépose soit effectuée après la dernière pré-réservation de l'emplacement. Ces réservations seraient prises en considération même si elles intervenaient plusieurs années à l'avance. Cette pratique impliquait que l'exploitant des panneaux soit interpellé

pour qu'il communique à l'autorité les réservations en cause. Or, tel n'avait pas été le cas en l'espèce.

Les recourantes estimaient avoir droit, au titre de l'égalité de traitement, à ce que le délai dans lequel les enlèvements devraient intervenir, si ceux-ci étaient confirmés, tienne compte des relations contractuelles existantes. A cet effet, elles versaient des listes attestant des baux en cours relatifs à leurs panneaux d'affichage et sollicitaient que les dates ressortant de ces listes soient prises en considération pour la fixation du délai d'exécution des éventuels ordres de dépôt.

- 14/24 - A/3874/2007

E. 23

Le 8 août 2008, la Ville a fait remarquer au juge délégué que le procès-verbal du transport sur place ne mentionnait pas les constatations faites à la rue des Charmilles, 11.

E. 24

Le 31 août 2008, la Ville a déposé ses observations. Les procédés de réclame sur le domaine public étaient implantés sur des supports propres. A l'inverse, les panneaux d'affichage sur le domaine privé étaient, à de rares exceptions près, apposés sur des murs d'immeubles, voire incrustés dans ceux-ci afin d'éviter toute saillie sur le domaine public. Ce mode d'implantation n'était pas sans conséquence sur les comparaisons que l'autorité était amenée à faire selon que les panneaux étaient disposés sur l'un ou l'autre des domaines précités.

Le transport sur place avait permis d'illustrer que sur les huit cas faisant l'objet du recours, tous devaient être soumis à la CMNS. Tout au plus, s'agissant du cas de l'immeuble situé à l'angle de la rue de l'Ancien-Port (ch. 19 let. g), le représentant de la CMNS avait hésité en précisant qu'il s'agissait davantage d'un immeuble des années 1930, et en expliquant qu'il serait opportun de soumettre ce cas à la CMNS.

Elle ne s'était pas montrée plus sévère avec les recourantes qu'avec la SGA. Elle produisait un dossier à titre d'exemple, dans lequel elle avait sollicité le préavis de la CMNS suite à une demande d'autorisation de la SGA alors que cela n'aurait pas été nécessaire.

a. Concernant les édifices sis 25, rue des Bains (ch. 19 let. j) et 44, rue des Maraîchers (ch. 19 let. k), le représentant de la CMNS avait estimé que ceux-ci faisaient partie d'un ensemble et que les supports publicitaires auraient du faire l'objet d'un préavis. Toutefois pour la Ville, la question était discutable, le musée d'ethnographie ne formant pas à proprement parler un ensemble avec des immeubles voisins, dès lors qu'il n'y était pas accolé.

b. S'agissant du panneau fixé au n°15, rue de Montchoisy (ch. 19 let. h), les circonstances dans lesquelles l'autorisation avait été délivrée avaient été rappelées lors du transport sur place. La GIM n'avait pas retrouvé le dossier, ce dont la Ville n'était pas responsable.

c. Le panneau situé sur l'immeuble du 85, rue des Eaux-Vives (ch. 19 let. i), avait été jugé peu intrusif par M. Cerutti. Compte tenu de l'absence de liste exhaustive des bâtiments faisant partie d'ensembles protégés, il était compréhensible qu'un préavis de la CMNS n'ait pas été requis, étant également rappelé que cet édifice se situait à l'extrême limite du plan de site de la Rade et qu'il n'était point visible depuis celle-ci.

d. Selon M. Cerutti, l'immeuble de la rue Henri-Christiné (ch. 19 let. l) ne faisait pas partie d'un ensemble protégé. En outre, les supports publicitaires, de

- 15/24 - A/3874/2007 petit format, étaient admissibles sur les façades borgnes, promouvant généralement des activités culturelles, ils étaient soustraits de l'application de la loi.

e. Les panneaux installés à l'angle de la rue des Garages et de la rue du Valais (ch. 19 let. m) auraient dû être soumis à l'appréciation de la CMNS. Toutefois, M. Cerutti lui-même avait dû s'enquérir auprès d'un autre membre de la CMNS pour s'assurer qu'il s'agissait bien là d'un ensemble protégé. Ainsi, même pour des spécialistes, il n'était pas facile de trancher la question de savoir si un immeuble devait ou non être considéré comme faisant partie d'un ensemble protégé au sens de l'article 89 LCI.

Enfin, la Ville a contesté avoir pour pratique de favoriser la SGA au détriment des recourantes. Elle a produit copie de cinq dossiers comprenant des préavis défavorables de la CMNS suite à des demandes d'autorisation de la SGA, ainsi que plusieurs exemples de refus signifiés à cette dernière.

E. 25

Le 30 septembre 2008, les recourantes se sont déterminées sur les écritures de la Ville du 31 août 2008 ainsi que sur les nouvelles pièces produites par celle-ci. Les critères d'esthétique ne pouvaient pas être appliqués de manière plus rigoureuse à l'égard des panneaux situés sur le domaine privé qu'à l'égard de ceux implantés sur le domaine public (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.247/2006 du 21 mars 2007).

La pratique de la Ville violait la loi. Dans le cas des panneaux implantés à la rue des Bains et à la rue des Maraîchers (ch. 19 let. j et k), la Ville mettait en doute l'avis du représentant de la CMNS au lieu de réexaminer la question. Concernant la rue des Garages (ch. 19 let. m), elle ne s'engageait pas à reconsidérer l'autorisation délivrée après consultation formelle de la CMNS, alors même qu'elle plaidait devant le tribunal de céans que les immeubles bordant la rue des Voisins (recte : rue de Lausanne) constituaient un ensemble protégé du début du XXe siècle.

Même si la Ville avait versé une demi-douzaine de dossiers de demandes d'autorisation pour des panneaux de la SGA comprenant le préavis de la CMNS, elle n'avait pas rapporté la preuve qu'elle modifierait à l'avenir sa pratique, contraire à la loi.

EN DROIT 1.

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (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).

- 16/24 - A/3874/2007 2.

Les recourantes reprochent à la commission de recours d'avoir violé leur droit d'être entendues en refusant de procéder à l'audition d'un représentant de la CMNS.

a. Tel qu'il est garanti par l'article 29 alinéa 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre. Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en

particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne pourraient l'amener à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (Arrêts du Tribunal fédéral 2P.200/2003 du 7 octobre 2003, consid. 3.1 ; 2P.77/2003 du 9 juillet 2003 consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/172/2004 du 2 mars 2004 ; ATA/39/2004 du 13 janvier 2004).

b. Une décision entreprise pour violation du droit d'être entendu n'est pas nulle, mais annulable (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.207/2001 du 12 novembre 2001 consid. 5a et les arrêts cités). Toutefois, la violation du droit d'être entendu est réparable devant l'instance de recours si celle-ci jouit du même pouvoir d'examen des questions litigieuses que l'autorité inférieure et si l'examen de ces questions ne relève pas de l'opportunité, car l'autorité de recours ne peut alors substituer son pouvoir d'examen à celui de l'autorité de première instance, sauf exception prévue par la loi (art. 61 al. 2 LPA ; Arrêt du Tribunal fédéral 2P.30/2003 du 2 juin 2003 consid. 2.4 et les arrêts cités ; ATA/73/2005 du 15 février 2005 ; ATA/703/2002 du 19 novembre 2002 ; ATA/609/2001 du 2 octobre 2001 ; P. MOOR, Droit administratif : les actes administratifs et leur contrôle, vol. II, Berne 1991, ch. 2.2.7.4 p. 190).

c. Selon une jurisprudence bien établie, chaque fois que l'autorité administrative suit les préavis des commissions consultatives, l'autorité de recours observe une certaine retenue, fonction de son aptitude à trancher le litige (ATA/648/2006 du 5 décembre 2006 et les références citées ; T. TANQUEREL, La pesée des intérêts vue par le juge administratif in C. A. MORAND, La pesée globale des intérêts, Droit de l'environnement et aménagement du territoire, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1996, p. 201). Toutefois, le Tribunal administratif abandonne sa retenue en présence de circonstances particulières (T. TANQUEREL, op. cit.) notamment, lorsqu'il effectue un transport sur place pour pallier l'éventuelle violation du droit d'être entendu.

Dans le cas présent, la question de savoir si le droit d'être entendues des recourantes a été violé par la commission de recours peut souffrir de rester

- 17/24 - A/3874/2007 ouverte. En effet, le Tribunal administratif, ayant procédé à un transport sur place, entendu un représentant de la CMNS à cette occasion et les parties ayant pu s'exprimer par écrit sur tous les points déterminants pour l'examen du litige, l'éventuelle violation du droit d'être entendu des recourantes a été réparée. 3.

Les recourantes invoquent une application trop restrictive de la clause d'esthétique prévue par la LPR. 4.

Sous réserve des exceptions prévues par la loi, tous les procédés de réclame, perceptibles depuis le domaine public, sont soumis à la LPR, qu'ils soient situés sur le domaine public ou privé (art. 3 LPR). 5. a. La CMNS doit, dans les limites de ses compétences, être consultée préalablement par l'autorité de décision pour les procédés de réclame apposés notamment sur ou à proximité des immeubles situés dans les zones protégées et à protéger mentionnées aux articles 28 et 29 de la LaLAT (art. 7 al. 1 let. b LPR).

b. Selon l'article 29 alinéa 1 lettre d LaLAT, sont désignées comme zones à protéger au sens de l'article 17 de la loi fédérale les ensembles du XIXe siècle et du début du XXe siècle, selon les articles 89 à 93 LCI.

c. L'article 89 LCI, prévoit que "l'unité architecturale et urbanistique des ensembles du XIXe siècle et du début du XXe siècle situés en dehors des périmètres de protection : de la

Vieille-Ville a) et du secteur sud des anciennes fortifications ; b) du vieux Carouge, doit être préservée. Sont considérés comme ensemble les groupes de deux immeubles ou plus en ordre contigu, d'architecture identique ou analogue, ainsi que les immeubles séparés dont l'emplacement, le gabarit et le style ont été conçus dans le cadre d'une composition d'ensemble dans le quartier ou dans la rue.

S'il est constant que cette disposition ne vise pas à protéger des immeubles isolés (MGC 1983/II 2207), il reste que sa lettre exprime clairement que des immeubles non contigus peuvent former un ensemble. Les immeubles non contigus, insérés dans un ensemble, peuvent être protégés en raison de cette insertion, quand bien même ils se distingueraient d'autres immeubles dudit ensemble. En effet, un ensemble peut apparaître digne de protection même s'il ne présente pas une unité architecturale absolue (MGC 1983 II 2207 ; ATA/360/1994 du 9 août 1994).

Par ailleurs, "en parlant de XIXe siècle et de début du XXe siècle, le législateur a donné une définition suffisamment précise mais permettant de tenir compte des cas réellement intéressants qui peuvent être postérieurs à 1920" (MGC 1983/II 2207).

d. Le département doit établir et publier sans tarder une liste indicative des ensembles maintenus (art. 90 al. 3 LCI).

- 18/24 - A/3874/2007

e. Sont interdits tous les procédés de réclame qui, par leur emplacement, leur dimension, leur forme, leur couleur, leur éclairage, leur luminosité ou leur diffusion, nuisent à l'esthétique ou à la tranquillité d'un site, d'un point de vue, d'un bâtiment, d'un quartier, d'une voie publique, d'une localité, d'un lac, d'un élément de végétation ou d'un cours d'eau, ou qui peuvent porter atteinte à la sécurité routière ou à l'ordre public. Les procédés de réclame sur les façades borgnes des bâtiments sont en principe interdits (art. 8 al. 1 et 2 LPR).

f. Cette disposition légale renferme une clause d'esthétique, qui constitue une notion juridique indéterminée que le Tribunal administratif revoit sans retenue lorsque, comme il l'a été rappelé plus haut, il a procédé lui-même à un transport sur place.

A l'occasion de cette mesure d'instruction, le Tribunal administratif a constaté que l'ensemble des panneaux litigieux des recourantes se trouve sur ou à proximité d'immeubles appartenant à des ensembles protégés par les articles 89 à 93 LCI et qu'ils nuisent à leur esthétique, que ce soit, en masquant des éléments caractéristiques, telle qu'une barrière en fer forgé (ch. 19 let. a) en altérant des éléments décoratifs (ch. 19 let. b, e, f) ou en portant atteinte à l'architecture des bâtiments ou encore à leur ordonnance architecturale (ch. 19 let. c, d, g).

Les arguments avancés par les recourantes n'y changent rien. Ainsi, même si certains de ces édifices comportent des arcades munies d'enseignes colorées ou font l'objet de graffitis, cela ne leur enlève en rien leur statut d'immeubles protégés.

Concernant le panneau situé à la rue de Moillebeau, 36 (cf. ch. 19 let. d), apposé sur une façade borgne, il se trouve sur un immeuble faisant partie d'un ensemble protégé, même s'il date des années 1930 ; il est donc irrelevante de déterminer s'il est de grande dimension.

Quant au panneau de la rue de l'Ancien-Port (cf. ch. 19 let. g), le représentant de la CMNS a précisé que cette dernière ne modifierait pas le préavis qu'elle avait délivré, même si le

bâtiment, datant des années 1930, était de facture plus récente que ceux faisant partie des ensembles protégés des XIXe et XXe siècles. Les recourantes tentent de tirer de ce constat la conclusion que le bâtiment sur lequel est apposé leur panneau n'est pas protégé.

Il a été rappelé supra qu'en visant les immeubles des XIXe et début du XXe siècles, le législateur entendait tenir compte des cas réellement intéressants qui pouvaient être postérieurs à 1920. Le préambule du répertoire précise quant à lui que les ensembles retenus sont particulièrement représentatifs des constructions édifiées à Genève entre le milieu du XIXe siècle et le premier tiers du XXe siècle.

- 19/24 - A/3874/2007

De plus, il apparaît au vu des déclarations du représentant de la CMNS, que cette dernière a tendance à procéder à une interprétation extensive tant de la notion d'ensemble que de la période de construction à considérer. Partant, un immeuble construit dans les années 1930 peut être compris comme ayant été érigé au début du XXe siècle et être protégé de ce fait.

En conséquence, le recours doit être rejeté sur ce point. 6.

Les recourantes se plaignent d'une inégalité de traitement entre concurrents économiques en alléguant que la SGA, concurrente directe, a installé des procédés de réclame comparables aux siens sans que ceux-là soient menacés d'être supprimés.

a. Selon le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique découlant de l'article 27 Cst., sont interdites les mesures qui causent une distorsion de la compétition entre concurrents directs, c'est-à-dire celles qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence (cf. ATF 130 I 26 consid. 6.3.3.1 p. 53). On entend par concurrents directs les membres de la même branche qui s'adressent avec les mêmes offres au même public pour satisfaire les mêmes besoins. A cet égard, l'article 27 Cst. offre une protection plus étendue que celle de l'article 8 Cst. (Arrêt du Tribunal fédéral 2A.704/2005 du 4 avril 2006 consid. 5).

b. La jurisprudence fédérale a précisé que le principe de l'égalité de traitement entre concurrents ne s'appliquait pas dans le cas où deux professions différentes, ou deux catégories d'entreprises, se trouvent dans une situation de concurrence pour une partie de leur activité seulement (ATF 120 Ia 236 consid. 2b p. 239 ; 119 Ia 433 consid. 2b p. 436 ; arrêt du Tribunal administratif vaudois GE.2000.0097 du 22 avril 2004).

En l'espèce, les recourantes exercent leur activité économique dans le domaine de l'affichage, comme la SGA ; toutefois, elles ne se trouvent pas dans une position de concurrence. La SGA bénéficie en effet d'une concession d'affichage sur le domaine public, qui lui donne le droit exclusif d'exploiter les panneaux aux emplacements autorisés par la Ville. Ce droit comporte également des charges et des conditions pour l'entreprise concessionnaire.

En définitive, les recourantes et la SGA sont soumises à des conditions de concurrence différentes pour exercer l'affichage sur le territoire de la Ville de sorte que leur situation respective dans le domaine d'activité concernée n'est pas comparable. 7.

Reste encore à examiner si le principe général de l'égalité de traitement déduit de l'article 8 Cst. a été respecté.

- 20/24 - A/3874/2007

a. Le principe de l'égalité de traitement déduit de l'article 8 Cst. n'est violé que si des situations essentiellement semblables sont traitées différemment ou si des situations présentant des différences essentielles sont traitées de manière identique (ATF 108 Ia 114).

b. Selon la jurisprudence, un justiciable ne saurait en principe se prétendre victime d'une inégalité de traitement au sens de la disposition précitée lorsque la loi est correctement appliquée à son cas, alors même que dans d'autres cas, elle aurait reçu une fausse application ou n'aurait pas été appliquée du tout (ATF 115 Ia 93 ; 113 Ib 313 ; ATA/700/2005 du 25 octobre 2005 ; ATA/832/2004 du 26 octobre 2004).

Cependant, cela présuppose de la part de l'autorité dont la décision est attaquée la volonté d'appliquer correctement à l'avenir les dispositions légales en question et de les faire appliquer par les services qui lui sont subordonnés (A. AUER, L'égalité dans l'illégalité, ZBl 1978 pp. 281ss, 290 ss).

En revanche, si l'autorité persiste à maintenir une pratique reconnue illégale ou s'il y a de sérieuses raisons de penser qu'elle va persister dans celle-ci, le citoyen peut demander que la faveur accordée illégalement à des tiers le soit aussi à lui-même, cette faveur prenant fin lorsque l'autorité modifie sa pratique illégale (ATF 123 II 248 consid. 3c p. 253-254 ; 105 V 192 ; 104 Ib 373 ; 99 Ib 383 ; ATA/700/2005 et ATA/832/2004 précités).

Encore faut-il qu'il n'existe pas un intérêt public prépondérant au respect de la légalité qui conduise à donner la préférence à celle-ci au détriment de l'égalité de traitement (ATF 99 Ib 377 consid. 5 p. 383), ni d'ailleurs qu'aucun intérêt privé de tiers prépondérant ne s'y oppose (ATF 108 Ia 212 consid. 4 p. 213 ; A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, op. cit., p. 503 n. 1026).

Pour le surplus, le Tribunal fédéral a précisé qu'il est nécessaire que l'autorité n'ait pas respecté la loi, non pas dans un cas isolé, ni même dans plusieurs cas, mais selon une pratique constante et que celle-ci fasse savoir qu'à l'avenir également, elle ne respectera pas la loi. Si l'autorité cantonale ne précise pas ses intentions, il y a lieu d'admettre qu'elle suivra une pratique conforme à la loi (ATF 115 Ia 81 ; ATA/59/2004 du 20 janvier 2004, consid. 5 ; ATA/789/2001 du 27 novembre 2001, consid. 9c).

Toutefois, si l'illégalité d'une pratique est constatée à l'occasion d'un recours contre le refus d'un traitement illégal, le Tribunal fédéral n'admettra pas le recours, s'"il ne peut pas être exclu que l'administration changera sa politique" (ATF 112 Ib 387). Il présumera, dans le silence de l'autorité, que celle-ci se conformera au jugement qu'il aura rendu quant à l'interprétation correcte de la règle en cause (ATF 115 Ia 81 ; ATA/594/2006 du 14 novembre 2006 ; ATA/832/2004 précité).

- 21/24 - A/3874/2007 8.

En l'espèce, le transport sur place a établi que les immeubles situés rues des Bains (cf. ch. 19 let. j), des Maraîchers (cf. ch. 19 let. k), de Montchoisy (cf. ch. 19 let. h), des Garages (cf. ch. 19 let. m) et des Eaux-Vives (cf. ch. 19 let. i) sur ou à proximité desquels des panneaux de la SGA sont apposés, sont protégés comme appartenant à des ensembles des XIXe et début du XXe siècles.

La Ville, s'étant fondée sur le répertoire, a considéré qu'ils n'étaient pas protégés et que partant, les procédés de réclame ne nécessitaient pas le préavis de la CMNS. Elle a également soutenu que les panneaux de la SGA étaient fixés sur des supports propres et que ceux-ci, figurant sur l'illustration du concept directeur soumis à consultation publique en

octobre 2005, n'avaient fait l'objet d'aucune remarque de la part de la CMNS ou encore du SMS. Quant au cas de la rue de Montchoisy (ch. 19 let. k), le dossier avait été géré par la GIM, ce qui l'exonérerait, elle-même, de tout reproche. Ces arguments ne résistent pas à l'examen. 9.

Conformément à l'article 7 lettre b LPR déjà cité, la CMNS doit être consultée préalablement par l'autorité de décision pour les procédés de réclame apposés notamment sur ou à proximité des immeubles situés dans les zones protégées et à protéger, mentionnées aux articles 28 et 29 LaLAT.

Ainsi que le postule l'article 90 alinéa 3 LCI précité, le répertoire comporte la liste indicative des ensembles maintenus au sens des articles 89 à 93 LCI. 10. a. En sa qualité d'autorité compétente pour délivrer des autorisations d'installer des procédés de réclame, la Ville, ne pouvant ignorer que cette liste n'était qu'indicative, devait solliciter le SMS pour s'assurer que d'autres ensembles n'avaient pas été assimilés à des ensembles maintenus depuis la publication du répertoire. Ceci est d'autant plus vrai que, comme la Ville elle-même l'a relevé, il est particulièrement difficile de déterminer si un édifice fait partie ou non d'un ensemble protégé sans posséder les connaissances techniques des spécialistes qui composent le SMS et la CMNS.

En outre, le fait que les panneaux de la SGA soient fixés sur des supports propres ne dispensait pas la Ville de saisir la CMNS pour requérir son préavis.

Il résulte de ce qui précède que la Ville a adopté une pratique contraire à la loi dans le cas des panneaux précités de la SGA.

b. Cela étant et conformément à la jurisprudence rappelée ci-dessus, le droit d'invoquer le principe d'égalité dans l'illégalité prend fin si l'administration ne compte pas persister dans sa pratique illégale. En cas de silence de sa part, elle sera présumée vouloir suivre une pratique conforme à la loi.

En l'espèce, la Ville n'a pas déclaré qu'elle ne respectera pas la loi à l'avenir. De plus, elle a élaboré un concept directeur d'affichage permettant de considérer

- 22/24 - A/3874/2007 qu'elle entend mener une politique rigoureuse en matière d'affichage public. En outre, son représentant a annoncé lors du transport sur place, qu'il sera procédé au contrôle systématique des mille sept cents procédés de réclame sis sur son territoire.

Partant, il y a lieu de présumer que la Ville se conformera au présent arrêt en soumettant d'une part, les panneaux de la SGA précités à la procédure d'autorisation prévue par la LPR, qui comporte la consultation de la CMNS et d'autre part, en adoptant systématiquement une pratique conforme à la loi pour l'ensemble des procédés de réclame soumis à son autorité, ce qui implique que même pour des bâtiments qui ne figurent pas dans le répertoire, elle devra s'assurer qu'ils ne sont pas protégés, et s'ils le sont, solliciter le préavis de la CMNS. 11.

Les recourantes invoquent encore de la garantie de la propriété et de la liberté économique (art. 26 et 27 Cst.), toute restriction à ces droits devant être fondée sur une base légale, être justifiée par un intérêt public et respecter le principe de la proportionnalité en application de l'article 36 alinéas 1 et 3 Cst.

a. La question de savoir si elles peuvent se prévaloir de la garantie de la propriété, comme semble l'indiquer la jurisprudence du Tribunal fédéral (Arrêt du Tribunal fédéral 1

P.500/2002 du 9 janvier 2003) selon laquelle, le locataire peut contester une atteinte au droit de propriété s'il est touché dans ses propres droits, peut rester indécise. En effet, la garantie de la propriété n'accorde pas aux recourantes une protection plus large de leurs droits que la liberté économique dans le cadre du présent litige (ATA/76/2003 du 11 février 2003).

b. Le droit cantonal, soit la LPR, constitue une base légale suffisante au sens de l'article 36 alinéa premier Cst. Quant à l'intérêt public, soit celui de la protection du patrimoine architectural de la Ville, il doit l'emporter sur l'intérêt privé, purement économique, des recourantes. Enfin, seule la suppression de ces panneaux est apte à atteindre le but de la loi et l'on ne voit pas quelle autre mesure, moins incisive, s'imposerait qui respecterait mieux les intérêts privés des recourantes. 12.

Il résulte de ce qui précède que le recours ne peut être que rejeté.

Un émolument de CHF 3'000.- sera mis conjointement et solidairement à la charge des recourantes qui succombent, de même que les frais de transport sur place en CHF 468.- (art. 87 LPA). Il ne sera pas alloué d'indemnité à la Ville conformément à la jurisprudence du tribunal de céans (ATA/587/2008 du 18 novembre 2008). * * * * *

- 23/24 - A/3874/2007

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.