

# **GE\_GERICHTE A/487/2010 vom 11. Mai 2010**

GE Cour de justice, 2010-05-11, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_487\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_487_2010)

FR: GE\_GERICHTE A/487/2010 du 11 mai 2010

IT: GE\_GERICHTE A/487/2010 del 11 maggio 2010

## **Regeste**

DÉCISION; DROIT PUBLIC; DROIT PRIVÉ; CONTRAT; COMPÉTENCE; DÉLAI DE RECOURS; QUALITÉ POUR RECOURIR; INTÉRÊT ACTUEL; MOTIVATION DE LA DÉCISION; DROIT D'ÊTRE ENTENDU; LIBERTÉ D'EXPRESSION; DROIT FONDAMENTAL; AUTONOMIE COMMUNALE; PROCÈS-VERBAL; LÉGALITÉ; INTÉRÊT PUBLIC; PROPORTIONNALITÉ; DOMAINE PUBLIC; PATRIMOINE ADMINISTRATIF; PATRIMOINE FINANCIER; BAIL À LOYER; POUVOIR D'APPRÉCIATION; OPPORTUNITÉ; POUVOIR D'EXAMEN; INTERDICTION DE L'ARBITRAIRE | Recours interjeté contre le refus de la Ville de Genève de louer la salle de l'Alhambra au producteur de l'humoriste Dieudonné. La décision d'attribution de la salle qui répond à une demande de location est une décision fondée sur le droit public et ne relève pas du droit privé, même si le contrat signé postérieurement à cette décision est régi par le droit privé. La ville est liée, dans sa gestion de la salle, par les principes généraux de droit public. Violation de la liberté d'expression retenue en l'espèce. | LPA.4 ; LPA.18A ; LPA.46 ; LPA.47 ; LPA.60 ; LPA.61 ; LPA.63 ; LOJ.56A ; LOJ.56B ; LAC.48 ; LAC.85 ; LAEC.3 ; LAEC.4 ; LC.22 ; LC.23 ; LC.7 ; LC.8 ; LC.1 ; LC.2 ; LC.3 ; Cst-GE.155 ; CST.5 ; CST.16 ; CST.35 ; CST.50

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Monsieur Djily Diagne, domicilié à Lausanne, est le producteur de Monsieur Dieudonné M'Bala-Bala, connu sous son nom de scène de Dieudonné.

### **E. 2**

En 2004, ce dernier a présenté au Casino-Théâtre de Genève un spectacle intitulé : "Le divorce de Patrick". Dans un premier temps, Monsieur Patrice Mugny, conseiller administratif en charge de la culture, avait décidé de ne pas autoriser ce spectacle afin d'éviter publiquement des dérapages verbaux, nuisibles à la collectivité genevoise, Dieudonné étant connu pour les propos controversés qu'il avait pu tenir précédemment, en France notamment. La motivation de M. Mugny résultait d'un communiqué de presse diffusé le 17 février 2004. Toutefois, après avoir discuté avec M. Dieudonné, M. Mugny avait autorisé le spectacle en question.

### **E. 3**

Le 2 décembre 2009, M. Diagne s'est entretenu par téléphone avec Madame Diane Baud, administratrice de la salle de théâtre de l'Alhambra, propriété de la Ville de Genève (ci-après : la Ville), aux fins de louer cette salle pour une représentation du nouveau spectacle de Dieudonné intitulé "Sandrine". Le même jour, M. Diagne a transmis à Mme Baud un message que lui avait adressé le 29 janvier 2008 Monsieur Boris Drahusak,

codirecteur du département de la culture, suite à un message du premier à l'intention de M. Mugny, ce message-ci n'étant pas produit. Dans le message électronique précité de M. Drahusak, celui-ci assurait M. Diagne que le département de la culture n'était en rien opposé à la venue de Dieudonné à Genève. Les plannings des salles municipales étaient très chargés et les réservations s'effectuaient plusieurs saisons à l'avance. Il était donc invité à prendre contact avec les responsables des salles le plus tôt possible pour bénéficier d'une date qui lui convienne.

#### **E. 4**

Le même jour, Mme Baud a confirmé par message électronique à M. Diagne qu'elle avait noté une pré-réservation pour la location du Théâtre de l'Alhambra pour les 26 et 27 mars 2010 pour le spectacle de Dieudonné et elle lui envoyait les formulaires à remplir à cette fin.

#### **E. 5**

A la requête de Mme Baud, M. Diagne lui a envoyé le 2 décembre 2009 toujours, un petit dossier de presse. Le spectacle "Sandrine" traitait de la violence conjugale. Il joignait certains extraits des réactions publiées dans la presse à Montréal, à la suite d'une représentation de ce spectacle en juin 2009. Toutes louaient l'humour de Dieudonné et il en avait été de même en octobre 2009 à Lyon.

#### **E. 6**

Le 3 décembre 2009, M. Diagne a renvoyé à Mme Baud le formulaire dûment rempli pour la demande de location de l'Alhambra les 26 et 27 mars 2010.

#### **E. 7**

Dans sa séance du 9 décembre 2009, le Conseil administratif a décidé de refuser la demande de location présentée par M. Diagne.

#### **E. 8**

Par courrier électronique du 21 décembre 2009, Mme Baud a transmis à M. Diagne l'extrait certifié conforme du procès-verbal de cette séance l'informant de ce refus dont la presse s'est aussitôt fait l'écho (articles du "Courrier" du 29 janvier 2010 et de la "Tribune de Genève" des 30 et 31 janvier 2010 sous les titres : "Dieudonné reste indésirable dans les salles de la Ville" et "Mugny interdit la Ville à Dieudonné").

#### **E. 9**

A la requête de M. Diagne, Mme Baud lui a adressé, daté du 9 février 2010, un courrier auquel était annexé l'extrait du procès-verbal de la séance du conseil administratif du 9 décembre 2009. Mme Baud disait confirmer que le conseil administratif de la Ville avait refusé le 9 décembre 2009 la demande de location. Aucun motif ni aucune voie de droit n'étaient indiqués.

#### **E. 10**

Le 11 février 2010, M. Diagne a déposé au greffe du Tribunal administratif un recours daté du 11 janvier 2009 contre cette décision en concluant à son annulation. La décision attaquée était entachée d'un vice de forme car elle n'indiquait pas quelle était l'autorité de recours ni le délai pour agir. Le Tribunal administratif devait statuer sur le fond et sur la forme, annuler la décision attaquée et ordonner la location de la salle. Le recours avait été interjeté

dans les délais, la date de la notification devant être prise en compte étant celle du 10 février et non du 21 décembre 2009. C'était à cette première date que la Ville avait daigné répondre à ses sollicitations visant à la notification d'une décision formelle. Bien que celle-ci soit dépourvue de toute motivation et d'indication des voie et délai de recours, ce n'était qu'à partir de là que le délai de recours commençait à courir. Le courriel du 21 décembre 2009 ne pouvait valoir notification. La décision entreprise ne comportait aucune motivation, contrairement à la loi. Elle était en outre arbitraire, soit motivée "ni par des considérations de maintien de l'ordre public ni par le contenu du spectacle, mais uniquement par des motifs subjectifs". Dans les articles de presse précités, M. Mugny justifiait le refus de l'autorité par les propos que Dieudonné avait tenus lorsqu'il avait notamment accusé Israël d'avoir collaboré avec le régime de l'apartheid en Afrique du Sud à une période où M. Mugny était représentant de la Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme (ci-après : LICRA) en Suisse. Or, Dieudonné se déclarait antisioniste et se défendait d'être antisémite. M. Mugny disait s'être octroyé la liberté de refuser la location d'une salle municipale mais cette liberté violait le droit. A supposer que les propos qui seraient tenus par Dieudonné tombent sous le coup de l'art. 261bis du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0) réprimant le racisme, de tels propos ne pourraient justifier que des poursuites répressives mais non une mesure préventive. L'art. 16 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) garantissait la liberté d'opinion et la liberté d'expression et était l'un des fondements essentiels d'une société démocratique. La décision de M. Mugny contredisait celle du Conseil d'Etat prise en janvier 2009 s'opposant à l'interdiction du spectacle de Dieudonné à Genève. Elle portait atteinte à la liberté du travail protégée par l'art. 27 Cst. Elle était illégale alors qu'aucune représentation de Dieudonné n'avait donné lieu à une manifestation dangereuse pour la sécurité publique. L'artiste avait joué récemment à Lausanne, Neuchâtel, Sion, Crissier, Porrentruy et partout en France et en Belgique, sans aucun problème. Implicitement, le recourant plaidait également l'égalité de traitement puisque d'autres spectacles, tels "Les Onze Petits Nègres", avait été joués en 2006 dans une salle municipale alors que ce spectacle avait été considéré comme choquant par certains et avait provoqué des remous dans d'autres pays. Ce "deux poids, deux mesures" était inhérent à ce type de décision basée sur les motifs subjectifs. Enfin, implicitement toujours, le recourant alléguait une violation du principe de la bonne foi puisque le département de la culture n'avait pas respecté ses engagements. Il avait affirmé en janvier 2008 ne pas être opposé à la venue de Dieudonné dans des salles municipales, l'invitant même à contacter les responsables pour réserver une date.

## **E. 11**

Le conseil administratif de la Ville a répondu le 26 février 2010 en concluant principalement à l'irrecevabilité du recours. Si celui-ci était déclaré recevable, il devait être rejeté. La salle de l'Alhambra faisait partie de son patrimoine financier dont la gestion relevait du droit privé. Le patrimoine financier regroupait l'ensemble des valeurs patrimoniales qui ne contribuaient qu'indirectement à l'accomplissement de tâches publiques par leur valeur en capital ou par leur rendement. La Ville louait l'Alhambra comme le ferait n'importe quel particulier, au moyen d'un contrat ressortissant au pur droit privé et non d'une décision administrative. Les litiges y afférant relevaient de la compétence du Tribunal des beaux et loyers et non du Tribunal administratif. Le recours était irrecevable pour ce motif déjà. Si cette juridiction devait admettre la présence d'une décision sujette à recours, celui-ci serait tardif, le courriel du 21 décembre 2009 valant décision dans ce cas. Aucune irrégularité dans la notification ne pouvait par ailleurs être

retenue, car il appartenait à M. Diagne, qui avait parfaitement compris le sens du courriel précité, de se renseigner, cas échéant, pour pouvoir agir en temps utile. La date du 11 janvier 2009 figurant sur son acte de recours attestait du fait que le recourant n'avait pas nourri de doute sur le caractère définitif du refus qui lui avait été signifié le 21 décembre 2009 et qu'il était prêt à déposer son recours à cette première date. Il ne pouvait, dès lors, se prévaloir de sa bonne foi pour obtenir une prolongation du délai de recours. Cette tardiveté constituait un second motif d'irrecevabilité. La demande de location de M. Diagne datant du 2 décembre 2009 pour un spectacle devant se dérouler fin mars 2010 ne respectait pas le délai de cinq mois imposé par le règlement de l'Alhambra. Elle n'aurait donc pu aboutir, indépendamment de tout autre motif de refus. L'autonomie communale garantissait à la commune le droit de choisir librement ses partenaires contractuels et il n'existait aucun droit de quiconque de louer la salle de l'Alhambra. Par ailleurs, la Ville ayant agi dans la gestion de son patrimoine financier comme n'importe quel particulier et non dans l'exercice de sa puissance publique, elle n'était pas tenue de respecter les libertés fondamentales. Aucune de celles-ci n'était touchée en l'espèce et si tel était le cas, les conditions de restrictions à celles-ci étaient réalisées en raison des risques concrets de troubles à l'ordre public. En effet, Dieudonné avait été condamné à plusieurs reprises entre 2006 et 2008 en France pour injure raciale, incitation à la haine raciale et diffamation. Plusieurs villes de France avaient interdit le spectacle « le divorce de Patrick » en 2004 en raison du danger de troubles à l'ordre public. A cette date, l'un des spectacles avait donné lieu à un incident ayant fait deux blessés. Le spectacle prévu à l'Olympia avait consécutivement été annulé. En 2008, Dieudonné avait tenu des propos « inappropriés » dans une vidéo diffusée sur l'internet, visant Monsieur Pascal Berheim et Monsieur Daniel Zappelli, Procureur général de la République et canton de Genève. En 2009, l'humoriste avait invité le négationniste Monsieur Robert Faurisson sur la scène du Zénith à Paris pour lui décerner le prix de « l'infréquentabilité » après l'avoir déguisé en déporté. Ce fait avait entraîné de graves tensions qui avaient conduit plusieurs municipalités craignant des troubles à l'ordre public à annuler des représentations du spectacle « Sandrine » en France. La salle de l'Alhambra était petite et destinée à un public familial. Elle ne disposait pas de services de sécurité suffisants pour faire face aux débordements tels que ceux qui s'étaient produits à Lyon en 2004 dans le spectacle « le divorce de Patrick » (« jets de bouteilles d'acide dans le public ou allumage d'une mèche dans une bouteille contenant de l'acide »).

## **E. 12**

Cette réponse a été transmise à M. Diagne qui a réagi le 28 février 2010 en relevant les nombreuses inexactitudes de fait figurant dans cette écriture. Bien qu'il comporte par erreur la date du 11 janvier 2010, son recours était du 11 février 2010, ainsi qu'il résultait de la date de sa réception par le tribunal. La Ville, même si elle agissait comme un privé, devait respecter les libertés fondamentales, y compris la protection contre l'arbitraire et l'égalité de traitement. Les plaintes judiciaires dont Dieudonné avait fait l'objet étaient dues au fait que ses propos étaient la plupart du temps sortis de leur contexte. Dieudonné était injustement accusé d'être antisémite ; il faisait des sketches tout aussi provocants sur les islamistes extrémistes ou les catholiques intégristes. Le spectacle de Lyon en 2004 qui avait généré deux blessures légères à deux personnes était le seul incident sérieux survenu en vingt ans de carrière. Le contexte était particulier, car Dieudonné venait de jouer le sketch très controversé du « colon israélien ». Le Conseil d'Etat français avait condamné la commune d'Ouvrault pour non respect d'une convention de location à Dieudonné d'une salle municipale. D'après l'article de l'Agence France Presse du 26 février 2010, le maire de

cette localité avait tenté de faire annuler le spectacle, ensuite de quoi, le Tribunal administratif de Nantes l'avait enjoint de respecter la convention de location. Le Conseil d'Etat avait considéré que ces allégations n'étaient pas étayées et ne justifiaient pas une entrave à la liberté fondamentale qu'était la liberté d'expression. La décision attaquée était ainsi une décision censurant un humoriste, justifiée par aucun motif autre qu'une censure préalable et arbitraire, ainsi qu'il résultait clairement de l'affirmation que M. Mugny avait faite à la presse, selon laquelle même si Dieudonné avait voulu louer un local pour donner des cours de cuisine, il ne l'aurait pas obtenu.

#### **E. 13**

Par télécopie du 1<sup>er</sup> mars 2010, le juge délégué a prié Mme Baud de lui communiquer un exemplaire vierge d'un contrat de location pour la salle de l'Alhambra. Sans réponse de l'intéressée, le juge délégué a adressé la même requête à Monsieur Olivier-Georges Bürri le 11 mars 2010 qui lui a fait parvenir le 12 mars 2010 le document requis. Celui-ci indique in fine qu'en cas de litige, les tribunaux genevois sont compétents.

#### **E. 14**

Ce document a été transmis à M. Diagne le 15 mars 2010.

#### **E. 15**

Le 23 avril 2010, M. Diagne a informé le Tribunal administratif qu'il avait loué une autre salle à Genève pour le spectacle "Sandrine", car à la fin du mois de mai, Dieudonné entamerait la tournée d'un nouveau spectacle. Il persistait néanmoins dans son recours et joignait à son envoi trois arrêts rendus par des tribunaux français annulant des interdictions faites à M. Dieudonné de produire son spectacle, au motif que celles-ci violaient la liberté d'expression.

#### **E. 16**

Il en résulte que la Ville est liée dans sa gestion par les principes généraux du droit public, soit ceux de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire, mais aussi, notamment, de la liberté d'expression (ATF du 18 février 1991, publié dans RUDH 1991, p. 239 consid. 3 ; P. MOOR, op. cit, p. 373). La liberté d'appréciation dont la Ville dispose dans les choix artistiques opérés (art. 2 al. 2 du règlement), bien qu'elle soit très importante, n'est ainsi pas illimitée. Elle doit s'exercer dans le respect de ces principes. Il en va de même de l'autonomie communale, qui ne peut s'exercer que dans les limites de la loi (art. 50 Cst.).

#### **E. 17**

Selon l'article 16 Cst., la liberté d'opinion et la liberté d'information sont garanties (art. 16 al. 1 Cst.). Cette disposition consacre le droit de toute personne de former, d'exprimer et de répandre librement son opinion (art. 16 al. 2 Cst.). En droit conventionnel, cette garantie découle de l'article 10 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), qui dispose que toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et celle de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. La garantie de cette liberté est réaffirmée à l'art. 2 al. 2 de LAEC, qui énonce que "la liberté d'expression artistique, culturelle et scientifique est garantie". Cette loi prescrit aux communes d'encourager l'accès le plus large possible à la culture, définie comme "un laboratoire où s'expriment les valeurs, les modes de vie et de pensée" (art. 1<sup>er</sup> al. 2 LAEC), décrite

comme une "composante du développement économique et social, du rayonnement et de l'esprit d'ouverture de Genève" (art. 1<sup>er</sup> al. 3 LAEC). Selon la jurisprudence, la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Elle vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique » (ACEDH Handyside c. Royaume-Uni du 7 décembre 1976, série A n o 24, p. 23, § 49, et Gerger c. Turquie du 8 juillet 1999, n o 24919/94, § 46, non publié). En l'espèce, le Conseil administratif a rejeté la demande de location de M. Diagne à cause de la nature des propos tenus par Dieudonné lors de précédents spectacles et en raison des troubles potentiels qui pouvaient résulter de sa venue à Genève. Selon la jurisprudence constante, un tel refus doit s'analyser comme une restriction à la liberté d'expression et respecter les conditions posées par l'article 36 Cst. féd., à savoir l'existence d'une base légale, d'un intérêt public et le respect du principe de la proportionnalité.

#### **E. 18**

La base légale serait constituée par l'art. 2 du règlement sur l'Alhambra, intitulé "Manifestations admissibles", qui dispose que l'Alhambra, de par sa configuration et son aménagement, est destiné à accueillir des spectacles qui ne sont pas susceptibles de provoquer agitation ou désordre (al. 1<sup>er</sup>). Les manifestations qui présentent un caractère de propagande politique, de propagande religieuse, de propagande militaire ou de pratique sectaire sont exclues (al. 4). Indépendamment de la question de savoir si cette disposition réglementaire pourrait constituer une base légale suffisante pour restreindre une liberté fondamentale, la Ville ne prétend pas que le spectacle de Dieudonné serait de la propagande religieuse ; elle considère que certains propos de cet artiste sont antisémites, racistes et choquants. Le conseiller administratif en charge du département de la culture a été jusqu'à affirmer publiquement que, même s'il louait l'Alhambra pour donner un cours de cuisine, Dieudonné n'aurait pas obtenu l'autorisation de louer la salle. Un tel motif de refus ne repose sur aucun fondement légal. Même s'il en trouvait un dans une interprétation extensive de l'art. 2 al. 4 dudit règlement, il violerait la liberté d'expression, car celle-ci ne s'accommoderait pas d'une telle censure préalable, au stade de l'examen de l'intérêt public (G. MALINVERNI, L'exercice des libertés idéales sur le domaine public, in : Le domaine public, Genève 2004, p. 32). Lorsqu'elle est saisie d'une demande, l'autorité doit prendre une décision impartiale, après l'avoir examinée aussi objectivement que possible (ATF 108 Ia 47 ; 107 Ia 292 ; G. MALINVERNI, op. cit., p. 33), et laisser aux autorités de répression le soin de déterminer – a posteriori – si les propos tenus violent le droit pénal. Ces considérations valent en tous cas pour une représentation dont on ne peut être un spectateur "accidentel", comme un spectacle, auquel on accède en achetant un billet. Dans un tel cas, les spectateurs s'exposent en pleine connaissance de cause aux propos provocateurs, voire choquants, qui peuvent être tenus. Il n'y a pas lieu, dans ces conditions, de prendre de mesure supplémentaire destinée à protéger le public. La restriction à la liberté d'expression n'est ainsi justifiée par aucun intérêt public.

#### **E. 19**

Le risque de troubles à l'ordre public n'est pas davantage fondé. Certes, ce motif de refus est prévu par l'art. 2 al. 1<sup>er</sup> du règlement. Il apparaît toutefois très secondairement dans

l'argumentation de la Ville, qui craint des incidents du type de celui qui s'est produit en 2004 à Paris, sans démontrer d'aucune manière que la sécurité des spectateurs ne pourrait être assurée par un renforcement des forces de sécurité en place, aux frais du locataire, comme ceci peut être aménagé au titre des conditions particulières du contrat (art. 10 du contrat-type de location de la salle de l'Alhambra). Le raisonnement de la Ville se heurte ainsi au principe de la proportionnalité, qui commande de prendre la solution la moins dommageable, parmi celles qui sont aptes à assurer la protection de l'intérêt public en jeu. La décision entreprise viole ainsi la liberté d'expression.

#### **E. 20**

Le constat de cette violation ne donne pas pour autant un droit à obtenir la location de la salle. En effet, si l'autorité est liée dans sa gestion par les principes généraux du droit public, le pouvoir d'appréciation très large que la loi lui accorde (art. 2 du règlement) pour procéder à ses choix artistiques demeure. Si elle ne peut refuser de louer la salle dans un but de censure et agir de manière arbitraire, sans motifs objectifs ou contrairement aux règles de la bonne foi (art. 5 al. 3 Cst.), elle peut refuser la location pour des motifs d'opportunité, à condition de ne pas excéder ou abuser de son pouvoir d'appréciation et de respecter, notamment, le principe de l'égalité de traitement et la liberté d'expression. Un excès à ce pouvoir d'appréciation serait avéré si la Ville admettait d'ordinaire dans sa programmation les humoristes en "one-man show", et que seuls Dieudonné ou quelques autres humoristes considérés comme indésirables en raison de leurs propos se voyaient refuser la location de la salle. Il ne s'agirait alors pas d'un « choix artistique » au sens du règlement, mais d'une censure à la liberté d'expression.

#### **E. 21**

La violation à la liberté d'expression retenue en l'espèce suffirait à elle seule à annuler la décision litigieuse, sans qu'il soit nécessaire de statuer sur les autres griefs soulevés par le recourant. Cela étant, les conclusions du recourant étant devenues sans objet du fait de l'écoulement du temps, le tribunal de céans ne peut plus que constater l'illicéité de la décision entreprise. Le recours sera admis dans cette mesure.

#### **E. 22**

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 2'000.- sera mis à la charge de la Ville, qui succombe (art. 87 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée à M. Diagne, qui n'en a pas demandée et qui n'allègue pas avoir exposé de frais pour sa défense. \* \* \* \* \*

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