

S. 298 / Nr. 47 Handels- und Gewerbefreiheit (f)

BGE 78 I 298

47. Extrait de l'arrêt du 22 octobre 1952 dans la cause Ciné-Spectacles S.A. contre Conseil d'Etat genevois.

Regeste:

Censure préalable des annonces de journaux des cinémas.

1. L'art. 31 Cst. gara mit l'égalité de traitement aux commerçants d'une même branche économique (consid. 3).

2. Une mesure qui ne frappe que les cinémas, à l'exclusion des autres entreprises de spectacles, ne viole pas cette garantie (consid. 5).

3. La publicité des cinémas peut être soumise à des mesures administratives (consid. 4). La censure préalable des annonces qu'ils insèrent dans les journaux viole cependant l'art. 31 St., car on peut atteindre le même résultat par des moyens moins rigoureux, savoir la répression pénale et la contrainte administrative (consid. 6).

Vorzensur der Zeitungsreklame der Kinos.

1. Art. 31 BV gewährleistet die rechtsgleiche Behandlung der Gewerbetreibenden (Erw. 3).

2. Massnahmen, die sich gegen das Kinogewerbe richten und die übrigen Schaustellungen nicht treffen, verletzen den Grundsatz der Gleichbehandlung nicht (Erw. 5).

3. Massnahmen gegen unsittliche Kinoreklame sind mit Art. 31 BV an sich vereinbar (Erw. 4). Die Vorzensur der in den Zeitungen erscheinenden Anzeigen der Kinos verstösst jedoch gegen

Seite: 299

1. Art. 31 BV, weil der damit verfolgte Zweck durch weniger weitgehende Massnahmen (Polizeistrafen und administrative Zwangs-mittel gegen über fehl baren Kinobesitzern) erreicht werden kann (Erw. 6).

Censura preventiva degli annunci cinematografici sui giornali.

1. L'art. 31 CF garantisco l'eguaglianza di trattamento ai commercianti d'uno stesso ramo economico (consid. 3).

2. Un provvedimento che colpisce soltanto i cinematografi, ad esclusione delle altre imprese di spettacolo, non viola questa garanzia (consid. 5).

3. La pubblicità dei cinematografi può essere assoggettata a misure amministrative (consid. 4). La censura preventiva degli annunci ebe essi inseriscono nei giornali viola tuttavia l'art. 31 CF, poiché si può ottenere il medesimo risultato con mezzi meno rigorosi (consid. 6).

A. - Le canton de Genève a établi un règlement sur les salles de spectacle ou de réunion, les entreprises cinématographiques, les grands magasins, les bazars, les expositions et, d'une manière générale, tous les grands établissements publics. Jusqu'en 1952, l'art. 42 de ce règlement prévoyait le contrôle préalable des affiches, photographies et réclames destinées à être exposées en public pour annoncer un spectacle cinématographique, de même que celui des prospectus distribués à domicile dans le même dessein. Ce contrôle permet tait au Département de justice et police d'interdire les affiches et les prospectus s'ils étaient contraires aux lois, aux bonnes moeurs ou à l'ordre public ou s'ils contenaient des images ou des récits sanguinaires ou de nature à suggérer, provoquer ou rehausser des actes criminels ou délictueux. Les contrevenants étaient passibles des peines de police, en vertu de l'art. 67 du règlement.

Par arrêté du 2 février 1952, le conseil d'état du canton de Genève a étendu aux annonces de journaux la censure préalable prévue pour les affiches et les prospectifs. L'art. 42 du règlement a dès lors pris la teneur suivante:

«Aucune publicité ne peut être faite, par le texte OU par l'image, ni aucune affiche, annonce ou photographie être exposée sur la voie publique ou dans un lieu accessible au public sans une autorisation préalable du Département de justice et police.

L'autorisation sera refusée si la publicité, l'affiche, l'annonce ou la photographie est contraire aux lois, aux règlements, à la

Seite: 300

décence, aux bonnes moeurs, ou si elle contient des images ou des commentaires sanguinaires de nature à suggérer, provoquer ou glorifier des actes criminels ou délictueux.

Le texte des annonces de journaux devra être remis, en deux exemplaires, au Département de justice et police au moins trois jours avant sa parution dans le journal. Un exemplaire restera au département.

Le Département de justice et police est déchargé de toute responsabilité en cas (l'inobservation de

cette disposition. quant au retard qui pourrait être causé dans la partition d'une annonce.»

B. - Ciné-Spectacles S. A., qui exploite le cinéma ABC à Genève, a formé un recours de droit public contre l'arrêté du Conseil d'Etat du 2 février 1952, en invoquant les moyens suivants:

a) L'arrêté attaqué viole l'art. 4 Cst. Il crée en effet une inégalité entre les exploitants de cinémas et ceux d'autres salles de spectacles dont les annonces ne sont pas soumises à la censure préalable. De plus, l'arrêté ne fait aucune distinction entre les exploitants qui ont pu commettre des abus et ceux dont la publicité a toujours été correcte.

b) L'art. 31 Cst. est également violé. La censure préalable des annonces est une mesure superflue, attendu que les films sont eux-mêmes contrôlés. D'autre part, un contrôle préalable entrave la publicité dans une mesure telle que l'exploitation des cinémas en subit une restriction intolérable. En effet, il faut arrêter la composition des annonces cinq jours à l'avance, si l'on tient compte du délai nécessaire à l'agence de publicité et à l'imprimerie. Lorsqu'une prolongation ou un changement de programme est décidé au dernier moment, les annonces ne peuvent plus paraître eu temps utile. Enfin, le but visé peut être atteint par un autre moyen que la censure, savoir la répression pénale ou la contrainte administrative.

C. - Le Conseil d'Etat du canton de Genève conclut au rejet du recours en développant l'argumentation suivante

a) L'art. 4 Cst. n'est pas violé. Les cinémas sont seuls soumis à la censure préalable des annonces, parce que la

Seite: 301

publicité faite dans les journaux par les autres salles de spectacles n'a jamais donné lieu à des plaintes. Du reste, l'égalité entre commerçants ne s'impose qu'entre concurrents directs; or, les exploitants de théâtres et d'établissements de nuit ne concurrencent pas directement les exploitants de cinémas. Enfin, si la mesure a été prise à l'égard de toutes les entreprises cinématographiques et non seulement envers celles qui ont abusé de la publicité dans les journaux, c'est que le risque est inhérent à leur activité commerciale.

b) Le contrôle préalable des affiches, déjà prévu par l'art. 42 du règlement avant 1952, n'a jamais été mis en doute. Pour les annonces, le danger auquel il faut parer n'est pas moins grand; il suffit de penser à l'effet de la publicité immorale sur la jeunesse, les journaux pénétrant dans toutes les familles. Que le film ait été autorisé, cela n'empêche pas que l'annonce puisse avoir une forme ou un contenu immoral. D'autre part, la mesure prise est proportionnée au but visé, car il n'y a pas d'autre moyen de protéger efficacement la moralité publique. En particulier, un système de contraventions de police réprimant les annonces indécentes créerait l'insécurité; au surplus, le contrôle de l'immoralité appartiendrait alors aux tribunaux, moins bien placés que les organes administratifs pour remplir cette tâche. Enfin, le nouvel art. 42 n'entraîne pas des inconvénients insurmontables pour les exploitants de cinémas. Leurs programmes ne sont pas improvisés; ils sont connus suffisamment à l'avance pour que les annonces puissent être préparées à temps.

Considérant en droit

3.- Tous les moyens de la recourante doivent être examinés au regard de l'art. 31 Cst. C'est notamment le cas pour ceux qui se réclament de l'égalité devant la loi (art. 4 Cst.). Tels qu'ils sont présentés et étayés, ils ne sont que des aspects particuliers du moyen général fondé

Seite: 302

sur la liberté du commerce et de l'industrie. qui gara mit l'égalité de traitement aux commerçants d'une même branche économique (RG 73 I 101 et les arrêts cités).

4.- Le libre exercice des professions n'est garanti par l'art. 31 Cst. (lue dans les limites qu'impose la protection de l'ordre, de la sécurité et de la moralité publics. C'est en particulier un des devoirs de l'autorité, dans sa mission administrative, que de veiller à la police des mœurs. Les mesures prises à cet effet ne violent pas la garantie constitutionnelle de la liberté du commerce et de l'industrie.

La recourante conteste que la protection de la moralité ait justifié en l'espèce l'intervention des autorités genevoises. Le Tribunal fédéral peut juger cette question librement. Toutefois, l'appréciation des effets nocifs des réclames cinématographiques est une question de fait. Sur ce point, le Tribunal fédéral s'en tient à l'avis de l'autorité cantonale, s'il n'est pas manifestement faux ou arbitraire (cf. arrêt non publié Weber e. Conseil d'Etat du canton de St-Gall du 23 avril 1945 et les arrêts cités).

Or, il est certain que plusieurs des échantillons d'annonces produits constituent une publicité scandaleuse et nocive pour la jeunesse et, d'une façon générale, pour les personnes moins développées ou faibles de caractère. Certaines annonces seront considérées, aux yeux de plusieurs, comme l'apologie du crime. D'autres prônent l'immoralité sous sa forme la plus large ou exaltent la sensualité et l'impudeur. Enfin, dans une partie de la publicité incriminée apparaît une espèce de tromperie qui consiste à donner, par une image ou un texte habilement choisis, une fausse idée du spectacle annoncé. en insistant sur le côté érotique ou brutal. En estimant qu'une telle publicité

pouvait avoir des effets nocifs, le Conseil d'Etat de Genève n'a nullement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation. La recourante objecte en vain qu'une minorité seulement de la population a protesté contre les annonces en cause. En matière de morale, ce n'est pas

Seite: 303

la passivité d'un grand public qui doit faire la loi. D'autre part, si la publicité ne se rapporte qu'à des bandes cinématographiques dont la projection a été autorisée, elle donne souvent une impression très différente de celle du film.

Dans ces conditions, on doit admettre que la publicité incriminée portait atteinte à la moralité publique et que l'autorité genevoise était fondée à intervenir pour parer à ce danger par des mesures administratives.

5.- La recourante fait grief à la mesure prise par le Conseil d'Etat de créer une inégalité de traitement entre les cinémas et les autres salles de spectacles.

a) Une mesure administrative est incompatible avec l'art. 31 Cst. si elle entrave le libre jeu de la concurrence en frappant inégalement les commerçants d'une même branche. L'intervention doit être aménagée de telle sorte qu'elle ne mette pas ceux qu'elle vise en état d'infériorité par rapport à leurs concurrents directs, c'est-à-dire ceux qui s'adressent au même public pour satisfaire les mêmes besoins (RO 73 I 100 /101 et les arrêts cités). Cependant le Tribunal fédéral ne peut fixer lui-même le cadre de la branche économique qui sera soumise à une réglementation identique. Il doit s'en remettre au jugement de l'autorité cantonale et le corriger seulement s'il est arbitraire ou manifestement erroné.

En l'espèce, le Conseil d'Etat a estimé que les cinémas, comme les théâtres et les cabarets-dancings, ont pour but essentiel le délassement du public, mais que le genre de distraction qu'ils procurent est différent, comme est différente aussi la clientèle qui les fréquente. En jugeant ainsi, il n'a pas dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation. Il est notoire en effet que les divers établissements en question ne sont pas toujours ouverts aux mêmes heures ni aux mêmes époques, que le public ne recherche pas un genre de délassement identique dans toutes les salles de spectacles et que les cinémas ont une clientèle beaucoup plus large que les théâtres et les

Seite: 304

cabarets dancings. On ne saurait donc considérer tous ces établissements comme des concurrents directs.

b) Du reste, l'égalité de traitement est fonction de l'égalité de situation. Elle ne s'impose qu'à l'égard des entreprises qui présentent le même danger. Apprécié abstraitement, le danger d'annonces immorales n'est sans doute pas très différent pour les cinémas et pour les autres salles de spectacles. Il semble même plus grand pour les cabarets-dancings, vu le caractère léger des spectacles qui y sont donnés. Mais, pour traiter les cinémas plus rigoureusement, le Conseil d'Etat a apprécié concrètement le risque créé par leur publicité. Il a posé en fait que les théâtres et les cabarets-dancings n'ont jamais abusé de la réclame par la voie des journaux, sauf dans un cas isolé et peu grave. La recourante n'a pu infirmer cette constatation. C'est avec raison que le Conseil d'Etat a apprécié aussi restrictivement le danger d'abus. S'agissant d'une atteinte à la liberté, l'autorité ne doit pas prendre des mesures dès que le danger existe théoriquement, mais seulement s'il est menaçant. Or, cette condition est remplie pour les cinémas, mais non pour les autres salles de spectacles.

Le moyen que la recourante veut tirer d'une prétendue inégalité entre le traitement auquel sont soumis les cinémas et celui qui est réservé aux autres établissements n'est donc pas fondé.

6.- La recourante prétend enfin que la mesure prise par le Conseil d'Etat de Genève n'est pas proportionnée au but visé, qu'elle a le tort d'assujettir à la censure préalable des annonces les nombreux exploitants qui n'ont jamais commis d'abus dans leur publicité et que la moralité des annonces pourrait être sauvegardée par d'autres moyens moins rigoureux.

Le principe de la proportionnalité est affirmé par la jurisprudence constante du Tribunal fédéral (cf. notamment RO 71 I 87, 73 I 10 et 101). Il est admis en particulier que les interventions de police ne doivent pas être plus

Seite: 305

rigoureuses que ne l'exige le but visé et qu'elles sont toujours inadmissibles lorsque des mesures plus libérales permettraient d'arriver au même résultat (RO 65 I 72, 73 I 219).

a) Selon la recourante, ce principe de proportionnalité est déjà violé du fait que l'arrêté attaqué porte une atteinte insupportable à l'exploitation des cinémas. Comme le contrôle préalable des annonces exige un délai de trois jours et que deux jours sont nécessaires à l'agence de publicité et à l'imprimerie, les exploitants de cinémas sont dans l'obligation de préparer leur publicité cinq jours à l'avance, ce qui serait fréquemment impossible.

Mais le Conseil d'Etat a relevé avec raison que, dans le cours ordinaire des choses, les exploitants d'établissements cinématographiques ont plusieurs jours à l'avance tous les éléments qui leur permettent de préparer leur publicité. La censure préalable des annonces n'est donc pas irréalisable. Sans doute peut-elle provoquer des retards et un manque à gagner dans certains cas particuliers. Si un film est prolongé, par exemple, il paraît vraisemblable que le directeur du cinéma doit improviser une publicité nouvelle et que le délai de cinq jours pourrait difficilement être tenu. Mais ces inconvénients ne paraissent pas tels qu'ils rendent l'exploitation des cinémas considérablement plus difficile. L'arrêté attaqué provoque simplement les difficultés et les frais qu'occasionne toute mesure administrative de protection du public.

b) La recourante estime à tort que les mesures administratives qui limitent la liberté du commerce et de l'industrie doivent frapper exclusivement ceux qui ont, en fait, troublé l'ordre public. L'autorité a le pouvoir d'intervenir non seulement pour rétablir l'ordre déjà troublé, mais encore pour parer aux dangers sérieux qui le menacent d'une façon directe et imminente (Ro 67 I 76). Toutefois, cela ne signifie pas que les mesures prises doivent nécessairement être appliquées à toutes les entreprises de la branche, dès le moment où l'exercice d'une activité

Seite: 306

commerciale révèle un certain risque. Des mesures générales seront légitimes si l'on est en présence d'une activité qui, en elle-même, implique un risque sérieux et immédiat, comme le commerce des armes ou l'exercice de la médecine. En revanche, si le danger n'est pas influent à l'exploitation mais résulte des manquements de quelques-uns de ceux qui l'exercent, il est normal (lue l'autorité administrative borne son intervention à des mesures de protection qui ne touchent que les perturbateurs.

La publicité cinémas ne constitue pas par elle-même un risque immédiat pour la morale publique, d'autant moins qu'elle ne sert à annoncer que des spectacles autorisés. Le danger n'est pas dans l'annonce elle-même, mais bien dans l'annonceur. C'est ainsi que la recourante déclare et le Conseil d'Etat ne le conteste pas - que, sur trente exploitants, six seulement ont été pris en défaut à Genève pendant une période de dix ans. Il n'y a aucune raison de penser que l'activité de ceux qui ont toujours fait une publicité correcte crée, elle aussi, un danger sérieux, menaçant la moralité publique de façon directe et imminente. Le principe de la proportionnalité exige donc que l'autorité frappe seulement les perturbateurs, si elle peut atteindre ainsi le but qu'elle vise sans créer une inégalité contraire à l'art. 31 Cst.

c) On peut envisager en premier lieu la répression pénale. Toutefois, la simple application du code pénal suisse ne permet pas d'atteindre le résultat voulu par les autorités genevoises. Si l'art. 204 CP réprime certaines publications, l'élément d'obscénité qu'il exige dépasse de beaucoup l'immoralité que le Conseil d'Etat de Genève veut prévenir. D'autre part, l'art. 212 CP vise bien les images ou écrits immoraux, mais seulement s'ils sont exposés en public ou offerts, vendus ou prêtés à des mineurs; or, l'arrêté incriminé doit prévenir la publication d'annonces dans de nombreux autres cas. En outre, l'autorité genevoise entend réprimer non seulement les annonces indécentes, mais encore celles qui encouragent au crime

Seite: 307

ou le glorifient. Là encore, le code pénal suisse est inopérant, puisque son art. 259 ne vise que la provocation publique à un crime. Enfin, il ne permettrait pas de frapper les exploitants de cinémas qui abusent (le la bonne fin du public en donnant une idée fallacieuse des films qu'ils annoncent. C'est en vain que la recourante suggère l'application de l'art. 292 CP. Cette disposition ne réprime que l'insoumission à une décision concrète de l'autorité, prise dans un cas particulier et à l'égard d'une personne déterminée. Elle ne peut sanctionner une interdiction de portée générale comme celle que les autorités genevoises ont voulu introduire par l'arrêté attaqué (cf. LOEPFE, Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen, 1947, p. 39; HAFTER, bes. Teil II, p. 727 à 729; SCHWANDER, Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 1950, p. 419).

En revanche, on pourrait envisager une répression pénale cantonale fondée sur l'art. 335 CP. Même si l'on admet que le législateur fédéral a établi un système répressif complet et achevé dans le domaine des atteintes aux mœurs (Bull. stén. du code pénal suisse, tirage spécial, Conseil des Etats, p. 194, 196 et 197; RO 68 IV 41 et 110), les cantons ne perdent de ce fait que la faculté de prévoir en cette matière des contraventions de police indépendantes, que pourraient commettre tous les justiciables (art. 335 al. 1 CP). Mais ils n'en conservent pas moins le pouvoir, en vertu de l'art. 335 al. 2 CP, d'établir des sanctions pénales pour toutes les matières administratives sur lesquelles, constitutionnellement, leur appartient la compétence législative. Or, il est indéniable que les cantons ont la faculté, en réglementant la profession d'exploitant de cinéma, d'interdire les annonces qu'a voulu frapper l'arrêté attaqué. Du même coup, ils ont le droit de sanctionner cette interdiction par des dispositions pénales de droit cantonal (PANCHAUD, Le droit pénal réservé aux cantons par l'art. 335

CP, ZSR 1939 p. 76a ss.). En l'espèce, le canton de Genève aurait donc pu se borner à interdire les annonces visées par l'arrêté du 2 février 1952. Les

Seite: 308

contrevenants auraient été passibles des peines prévues à l'art. 67 du règlement.

Toutefois, le Conseil d'Etat estime une telle sanction insuffisante. Il relève notamment que les tribunaux seraient moins bien placés que les autorités administratives pour connaître des infractions en question. On peut laisser cette question indécise car, même si l'on fait abstraction de la répression pénale, l'autorité genevoise pouvait atteindre le but visé sans user de la censure préalable généralisée. Il suffisait de recourir à la contrainte administrative.

d) Il est constant que, sans violer le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, l'autorité a la faculté d'agir contre les perturbateurs par la voie de la contrainte administrative. Elle est investie d'un pouvoir propre d'intervention, sans rapport nécessaire avec la justice pénale. En effet, la contrainte administrative est distincte de cette dernière en ce qu'elle tend moins à punir qu'à empêcher la contravention de se commettre à nouveau. Tandis que les objectifs essentiels de la répression pénale sont l'expiation, la régénération du coupable et la prévention générale (RO 74 IV 143), les mesures administratives ont pour but la protection immédiate du public, protection qu'elles assurent en empêchant, au moins pendant un certain temps, le trouble de se reproduire. Aussi peuvent-elles frapper les justiciables dès qu'ils mettent en danger l'ordre, la sécurité ou la moralité publics et même s'ils n'ont commis aucune faute (cf. FLEINER, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, § 14; RUCK, Schweiz. Verwaltungsrecht I, § 17; FLEINER-GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, p. 145). C'est ainsi qu'on admet la fermeture des dancings où l'immoralité est établie, ou le retrait de la patente aux titulaires de professions surveillées qui manquent à leurs devoirs essentiels (RO 27 I 428, 42 I 46, 67 I 326, 71 I 85 et 377); l'autorité peut même prendre de telles mesures quand il s'agit de professions qui ne sont pas soumises à autorisation (Ro 40 I 349).

Seite: 309

En l'espèce, le Conseil d'Etat de Genève pouvait interdire aux exploitants de cinémas de faire paraître des annonces immorales, indécentes ou trompeuses et sanctionner cette interdiction par des mesures administratives. Il avait la faculté, par exemple, de prévoir la soumission temporaire des annonces de l'établissement en faute à un contrôle préventif ou même pour lui l'interdiction momentanée de faire de la publicité par la voie des journaux. En cas de contravention grave ou de récidive, il eût été licite d'envisager la fermeture passagère du cinéma ou des mesures analogues. Ces sanctions sont suffisantes pour constituer une mise en garde efficace.

Ainsi, le Conseil d'Etat avait la possibilité d'atteindre le but visé sans recourir à la censure préalable généralisée. Le système des sanctions comporte une atteinte moins grave à la liberté du commerce et de l'industrie. Il a l'avantage de laisser au particulier sa responsabilité et de ne pas soumettre l'ensemble de la branche à un régime d'autorisation.

Enfin, la contrainte administrative n'est pas en contradiction avec le principe de l'égalité. Elle n'atteint que les perturbateurs et tend à empêcher la réalisation du danger sérieux et imminent qu'ils font courir à l'ordre public.

Dès lors, en recourant à des mesures plus rigoureuses que ne l'exigeait le but visé, l'arrêté du 2 février 1952 viole le principe de la proportionnalité qu'implique l'art 31 Cst. On ne saurait s'élever contre cette conclusion en arguant du fait qu'on admet la censure préalable des films. Il y a entre le contrôle des annonces et celui des films une différence essentielle. En effet, il n'est guère possible qu'un exploitant de salle apprécie lui-même l'effet nocif d'un film sur le public; c'est là une tâche subtile, qui appartient aux spécialistes de la police et aux éducateurs. Il en est autrement pour les annonces. Moyennant quelques directives générales, n'importe quel directeur de cinéma est en mesure d'apprécier si son projet d'annonce comporte une atteinte à la décence, exalte le crime ou

Seite: 310

l'immoralité ou trompe le public. L'expérience a du reste prouvé que la majorité des exploitants de salles ont su éviter la publicité indécente ou immorale.

Comme l'arrêté attaqué institue un système de censure inconciliable avec l'art. 31 Cst il doit être annulé. Mais le Conseil d'Etat genevois pourra reconsidérer la question et recourir à toutes autres mesures préventives et coercitives compatibles avec les considérants du présent arrêt.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

Le recours est admis dans le sens des motifs et l'arrêté attaqué annulé