RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1773/2022-LCI **ATA/836/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 9 août 2023

3ème section

dans la cause

COMMUNE DE A_____ **recourante**
représentée par Me François BELLANGER, avocat

contre

B_____
représentée par Me Bruno MEGEVAND, avocat
et
DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE-OAC **intimés**

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 8 décembre 2022 (JTAPI/1336/2022)

EN FAIT

A. **a.** B_____ (ci-après : B_____), inscrite au registre du commerce depuis le 16 décembre 2015, est active, notamment, dans l'exploitation de restaurants et bars et dans l'organisation d'évènements et de spectacles. Elle a pour associé gérant président, avec signature individuelle, C_____.

Elle exploite, à l'enseigne « D_____» (ci-après : D_____), un café-restaurant saisonnier, installé durant la période estivale, au bord du lac à côté de la digue nord du port de la E_____, sur la partie nord-ouest de l'avancée de F_____ constituée par la parcelle n° 2'258 de la commune de A_____ (ci-après : la commune), d'une surface de 30'443 m^2, propriété de l'État de Genève, abritant les piscines et les installations de F_____.

Cette parcelle est située en zone de verdure avec mention « équipements sportifs », selon le plan n° 27'621-516 adopté le 12 septembre 1985 par le Grand Conseil. Elle est en partie située dans le périmètre de protection instauré par la loi sur la protection générale des rives du lac du 4 décembre 1992 (LPRLac – L 4 10).

La zone dite événementielle de F_____ a été mise à disposition de l'établissement D_____, depuis juin 2013 par G_____(ci-après : G_____), gérante des installations du site. Aucune exploitation de l'établissement n'a eu lieu en 2020 en raison du Covid-19 et, après une procédure de mise au concours pour l'exploitation du site pour les saison estivales 2021 à 2024 par l'G_____, le contrat d'exploitation pour cette période a été attribué à B_____ pour les quatre saisons.

b. Cette exploitation saisonnière a déjà donné lieu à plusieurs décisions administratives et judiciaires, dont notamment :

- le 8 février 2017, le service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : PCTN) a délivré à C_____, associé gérant de H_____, l'autorisation d'exploiter le café-restaurant D_____, d'une surface d'exploitation intérieure de 0 m^2 et d'une terrasse de 910 m^2 ;

- le 6 mars 2018, le PCTN a infligé une amende de CHF 2'430.- à C_____ et H_____, pour bruit excessif à l'extérieur. L'amende a été réduite à CHF 1'200.- par la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : chambre administrative) sur recours, certains faits pris en compte dans la décision étant prescrits (ATA/1370/2019) ;

- le 24 février 2020, une autorisation a été délivrée à H_____ d'exploiter D_____ pour la saison estivale 2020. L'autorisation délivrée le 8 février

2017 conservait sa validité jusqu'à la fin de la saison 2020 uniquement. Dans une circulaire adressée aux communes le 15 mai 2019, intitulée « autorisations (accessoires) concernant les terrasses d'établissement publics. Note à l'intention des communes », le PCTN avait clarifié sa pratique administrative et, octroyant aux communes la compétence d'autoriser l'exploitation des terrasses et d'en fixer les conditions ainsi que d'autoriser les animations musicales sur les terrasses et d'en déterminer les conditions à respecter concernant les horaires et le niveau sonore, la nouvelle pratique serait appliquée dès le 1er janvier 2021 ;

- le 11 juin 2020, le PCTN a adressé une décision à l'G_____ déniant la qualité d'établissement au sens de la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du 19 mars 2015 (LRDBHD - I 2 22) à la zone événementielle, réservée par l'G_____ sur le terrain qu'elle occupait, pour l'exploitation de 2021 à 2024 pour laquelle elle avait déjà lancé un appel d'offres. Cette décision a été confirmée par la chambre administrative sur recours de l'G_____ (ATA/1025/2020) ;

- le 15 juillet 2021, le PCTN a délivré une autorisation à C_____ d'exploiter un établissement de catégorie café-restaurant, propriété de B_____, d'une surface d'exploitation intérieure de 0 m^2 (une salle au rez-de-chaussée de 0 m^2), attenante à un espace terrasse de 1'131 m^2 « qui était sous autorisation de la commune » ;

- le 21 juillet 2021, le responsable de la police municipale de la commune a délivré une autorisation d'exploitation d'une terrasse de 413 m^2 pour la période du 15 juillet au 15 octobre 2021 à B_____. La diffusion de musique y était strictement interdite et l'autorisation devait être renouvelée chaque année, avant le début de la saison ;

- le 2 février 2022, la police municipale de Cologny a infligé une amende de CHF 10'000.- à C_____, pour B_____, en raison de la diffusion de musique sur la terrasse, constatée à deux reprises, malgré l'interdiction contenue dans l'autorisation d'exploiter du 21 juillet 2021. Sur recours de B_____, l'amende a été réduite à CHF 5'000.-, l'un des contrôles ayant fondé la décision ayant porté sur le respect des mesures Covid-19 et non sur le bruit (ATA/1008/2022 du 4 octobre 2022) ;

- le 12 août 2022, la police municipale de A_____ a refusé à B_____ l'autorisation d'exploiter D_____. Le recours déposé par C_____ auprès de la chambre administrative contre cette décision a finalement été retiré le 17 octobre 2022, l'exploitation de l'établissement étant terminée depuis la mi-septembre 2022, ce dont la chambre administrative a pris acte (ATA/1119/2022 du 8 novembre 2022) ;

- pour la saison 2023, une autorisation de construire DD 1_____ a été délivrée par le département du territoire (ci-après : le DT ou le département) le 17 mai 2023 à B_____ pour la construction et l'installation provisoires d'un café-restaurant et terrasses, pour une durée de cinq mois,. Un recours a été déposé à l'encontre de cette autorisation par la commune auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) qui l'a enregistré sous numéro A/1806/2023, la procédure est en cours.

B. **a.** En vue de l'exploitation des lieux pour la saison estivale 2022, B_____ avait déposé, le 28 février 2022, auprès du département une demande d'autorisation de construire DD 2_____ portant sur l'installation provisoire d'un café-restaurant et terrasse sur la parcelle précitée, du 1er mai au 30 septembre 2022. La surface brute de plancher projetée était de 1'173 m^2 pour l'accueil potentiel de 1'000 personnes. Le projet était constitué d'un bar extérieur avec terrasse, partiellement fermée, mais ouverte face au lac.

b. Dans le cadre de l'instruction de la requête, les préavis favorables, avec ou sans conditions, suivants ont notamment été délivrés :

- le 10 mars 2022 par la police du feu ;

- le 10 mars 2022 par l'office de l'urbanisme ;

- le 17 mars 2022 par le service de la consommation et affaires vétérinaires ;

- le 22 mars 2022, par l'office cantonal de l'eau (ci-après : OCEau), avec dérogations aux art. 15 al. 3 let. b de la loi sur les eaux du 5 juillet 1961 (LEaux-GE - L 2 05) et 41c al. 1 let. c de l'ordonnance sur la protection des eaux du 28 octobre 1998 (OEaux - RS 814.201) ;

- le 22 mars 2022, par la Commission consultative de la diversité avec une dérogation au sens de l'art. 13 LPRLac ;

- le 24 mars 2022, par l'office cantonal de l'agriculture et de la nature (ci-après : OCAN) avec dérogation à l'art. 13 LPRLac ;

- le 28 mars 2022, par la commission des monuments, de la nature et des sites (ci-après : CMNS) favorable à la dérogation selon les art. 15 al. 3 LEaux-GE et 15 de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05), reprenant notamment les préavis du service des monuments et des sites (ci-après : SMS) rendus à cet égard pour les années précédentes « pour les installations provisoires récurrentes, malgré les couverts et installations supplémentaires, tout en réitérant également les réserves d'exécution associées à cet aménagement » ;

- le 30 mars 2022, par le service de l'air, du bruit et des rayonnements non ionisants (ci-après : SABRA), sous conditions notamment que l'établissement ne soit pas sonorisé, dans la mesure où, au vu des plans, la terrasse projetée n'était couverte et fermée uniquement que sur trois côtés, sous réserve cependant du préavis de l'autorité compétente du règlement communal de la ville de Genève sur les terrasses d'établissement publics ;

- le 1er avril 2022, par la commission d'urbanisme (ci-après : CU), sous conditions que l'autorisation ne soit pas reconduite en 2023 et qu'un projet pour les années à venir soit élaboré qui s'intègre au caractère exceptionnel de la Rade.

c. Le 23 mars 2022, la commune a préavisé défavorablement le projet, en raison de la non-conformité du projet à la zone de verdure, d'une violation de la LPRLac et des règles sur le bruit. Les conditions permettant une dérogation à l'art. 15 al. 3 LEaux-GE n'étaient pas remplies.

d. Le 9 mai 2022, le département a délivré l'autorisation de construire DD 2_____ pour une durée de quatre mois. Les conditions figurant dans les préavis devaient être strictement respectées.

e. La commune a recouru contre cette décision auprès du TAPI.

f. Par décision du 1er juin 2022 (DITAI/274/2022), le TAPI a, sur mesures superprovisionnelles, ordonné à la société de procéder à l'arrêt immédiat des travaux entrepris découlant de l'autorisation de construire et lui a interdit de poursuivre le chantier et d'exploiter la partie de l'établissement en lien avec cette autorisation de construire jusqu'à droit connu sur le recours, ce, sous la menace des peines prévues à l'art. 292 CPS.

g. Par décision du 10 juin 2022 (DITAI/286/2022), le TAPI a rejeté la requête de mesures provisionnelles et ordonné à la société de respecter les conditions prévues par les préavis faisant partie intégrante de l'autorisation de construire DD 2_____, sous la menace des peines prévues à l'art. 292 CP.

Le recours déposé par la commune contre cette décision a été déclaré irrecevable le 12 juillet 2022 par arrêt de la chambre administrative (ATA/729/2022).

h. Le 7 novembre 2022, le TAPI a interpellé la commune sur l'existence d'un intérêt actuel au recours vu la fermeture de l'établissement.

La commune a répondu conserver un intérêt actuel et développé sa position.

i. Par jugement du 8 décembre 2022, le TAPI a rejeté le recours (JTAPI/1336/2022).

L'autorisation de construire querellée portait sur l'installation provisoire d'un café-restaurant et terrasses pour une durée de quatre mois, de sorte que les installations litigieuses avaient été démontées. Dans son préavis du 10 mars 2022, la CU liait son préavis favorable aux conditions que l'autorisation ne soit pas reconduite en 2023 et à l'élaboration, à la place, d'un projet pour les années à venir qui s'intégrerait au caractère exceptionnel de la Rade.

Le recours était recevable, la question pouvant se reposer l'année suivante.

Le projet ne violait ni les art. 15 LEaux-GE et 41c OEaux, ni l'art. 13 LPRLac. Le grief relatif à l'art. 14 de la loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 4 juin 1987 (LaLAT - L 1 30) était écarté. La commune n'avait pas apporté la preuve d'une violation de l'ordonnance sur la protection contre le bruit du 15 décembre 1986 (OPB - RS 814.41) ou d'une évaluation erronée de la part de l'instance spécialisée sur cet aspect du projet. Le grief de l'absence de WC dans le périmètre même du projet, pour autant qu'il soit recevable, ne violait pas les dispositions de l'ordonnance du département fédéral de l'intérieur sur l'hygiène dans les activités liées aux denrées alimentaires du 16 décembre 2016 (Ordonnance du DFI sur l'hygiène, OHyg – RS 817.024.1). Pour les mêmes raisons, l'art. 12 du règlement d'application de la loi sur les constructions et les installations diverses du 27 février 1978 (RCI – L 5 05.01) relatif aux locaux sanitaires, était respecté. Enfin, les griefs de violation des art. 6 et 11 al. 2 du règlement d'exécution de la convention intercantonale relative aux institutions sociales du 6 février 2008 (RaCIIS - K 1 37.01) tombaient à faux. Le projet n'induisait pas d'inconvénients graves ou durables au sens de l'art. 14 LCI.

C. **a.** Par acte du 24 janvier 2023, la commune a interjeté recours contre le jugement du TAPI auprès de la chambre administrative concluant à son annulation ainsi qu'à celle de la DD 2_____. Les faits avaient été mal établis. Son droit d'être entendue avait été violé. Elle a repris les griefs déjà soulevés devant le TAPI, renvoyant aux développements faits devant cette instance.

L'état de fait retenu par le TAPI minimisait les nuisances et l'impact, notamment sonore du projet sur l'environnement et devait être corrigé. Des vidéos filmées pendant plusieurs soirées de juin 2022, publiées sur les réseaux sociaux, étaient produites.

Son droit d'être entendue avait été violé, l'examen des griefs soulevés et la motivation du jugement s'avérant particulièrement « minimalistes et lacunaires ».

Les art. 13 LPRLac, 15 LEaux-GE et 41c OEaux avaient été violés. Elle soulignait les différences de circonstances avec la jurisprudence citée par le TAPI et en citait d'autres qui confirmaient son argumentation et ses griefs.

Compte tenu de la situation du projet, à proximité immédiate d'une réserve naturelle d'importance nationale pour les oiseaux migrateurs et oiseaux d'eau, l'office fédéral de l'environnement aurait dû être consulté et les dispositions protégeant les biotopes et les espèces animales de la réserve naturelle avaient été violées par l'exploitation le soir et jusque tard dans la nuit d'un établissement de restauration festif.

Le projet n'était pas conforme à la zone d'affectation et violait les normes sur le bruit, aucun élément au dossier ne permettant de confirmer que les valeurs de planification du degré de sensibilité (ci-après : DS) étaient respectées. Aucun examen sérieux n'avait non plus eu lieu concernant les habitations à proximité, ou celles situées sur le coteau.

Les art. 9 OHyg et 12 RCI n'avaient pas été respectés, aucune toilette n'étant prévue sur les plans. Aucun contrôle, s'agissant des toilettes existantes à proximité, n'avait été fait.

Aucune dérogation n'avait été demandée s'agissant de la pente de la rampe d'accès destinée aux personnes à mobilité réduite.

Des inconvénients graves découlaient des conditions de sécurité et salubrité insuffisantes à l'égard du public et des usagers, violant l'art. 14 LCI.

b. Le 27 février 2023, B_____ a conclu au rejet du recours.

Depuis bientôt dix ans, elle exploitait un café-restaurant avec terrasses sur une parcelle propriété de l'État de Genève et non de la commune. Chaque année, avec l'accord du propriétaire, elle obtenait une autorisation de construire au moyen de préavis tous favorables. La structure était démontée après son exploitation chaque fin de saison.

Cette année, le projet était différent de celui litigieux, qui n'existait plus. Il avait été discuté avec le PCTN, s'agissant d'un toit non ouvrable, muni de façades.

Il ne s'agissait pas d'un renouvellement pur et simple de l'autorisation, mais d'une nouvelle demande chaque année basée sur un projet différent. Cette année encore, à part quelques modifications techniques, tous les préavis étaient favorables. Ainsi, par exemple, l'argumentation concernant le préavis de la CU ne s'appliquait plus, son préavis pour 2023 étant favorable.

c. Le 27 février 2023, le département a déposé des observations.

L'application de la LPRLac n'avait pas de portée propre lorsque la LEaux-GE s'appliquait.

L'intérêt général à la délivrance de l'autorisation était donné puisqu'elle permettait à la population genevoise de bénéficier durant l'été d'un café-restaurant au bord du lac alors que ces établissements étaient rares. C'était le même intérêt que celui permettant l'installation d'une buvette ou de pavillons glaciers selon la jurisprudence, indépendamment d'un mandat légal.

Pour le surplus, il répondait point par point aux griefs développés par la recourante.

d. Le 9 mars 2023, la recourante a répliqué.

Le projet 2023 était quasi identique à celui autorisé en 2022, hormis l'ajout d'une rampe plus longue pour les personnes à mobilité réduite et l'ajout de toilettes publiques. Son implantation et son concept (terrasse couverte et terrasse non couverte) n'avaient pas changé. Le fait que la toiture soit désormais non ouvrable sur la partie couverte ne changeait rien au fait que la façade côté lac restait ouverte ou ouvrable et l'autre moitié de la terrasse restait non couverte. La même étude acoustique de 2014 avait été produite, sans aucun rapport avec le projet. Les mêmes problématiques se posaient.

Le département s'était fondé sur le jugement contesté sans apporter d'éléments nouveaux permettant de s'opposer aux griefs qu'elle avait développés.

e. Le 10 mars 2023, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Le recours a été interjeté en temps utile devant la juridiction compétente (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA – E 5 10).

1.1 La question de l'intérêt actuel au recours de la commune doit être posée, compte tenu de la durée provisoire de la construction litigieuse autorisée, laquelle a été démontée en automne 2022.

Toutefois, l'établissement a été reconstruit suite à l'autorisation délivrée par le département le 17 mai 2023.

C'est donc à juste titre que le TAPI a jugé qu'il subsistait, pour la commune, un intérêt actuel à voir tranchée la question de la conformité au droit de l'autorisation de construire délivrée le 9 mai 2022, dans la mesure où cette question était susceptible de se poser à nouveau, dans des circonstances similaires, même si l'autorisation n'était pas reconduite automatiquement d'année en année.

Sur cette question et pour le surplus, la chambre de céans renvoie à la motivation développée par le TAPI, qu'elle fait sienne (JTAPI/1336/2022 précité consid. 4, 5 et 6 en droit).

1.2 S'agissant des griefs développés par la recourante, il faut prendre en compte le fait que les plans autorisés en 2023 diffèrent de ceux de 2022, notamment un toit couvert non ouvrable muni de façades est prévu alors qu'il était ouvrable en 2022. Le projet prévoit également des toilettes publiques et la pente de la rampe d'accès pour personnes à mobilité réduite a été modifiée par rapport à la construction autorisée en 2022. Un certain nombre des griefs soulevés n'ont donc plus d'objet.

En conséquence, l'examen du recours par la chambre de céans ne portera que sur les griefs en lien avec l'emplacement de la construction, lequel reste identique et non sur la construction provisoire en elle-même.

1.3 Une partie des griefs soulevés par la recourante ne concerne pas la construction autorisée, mais l'entreprise vouée à la restauration et au débit de boissons exploitée dans la construction.

Il convient de rappeler que l'autorisation d'exploiter une telle entreprise n'est délivrée qu'à certaines conditions portant notamment sur les locaux de l'entreprise, lesquels ne doivent pas être susceptibles de troubler l'ordre public, la sécurité, l'environnement et la tranquillité publique, du fait notamment de leur construction, de leur aménagement et de leur implantation manifestement inappropriés (art. 11 let. a LRDBHD).

S'agissant plus particulièrement des terrasses des établissements soumis à la LRDBHD, la commune du lieu de situation de l'entreprise est compétente pour en autoriser l'exploitation (art. 4 al. 2 LRDBHD). Les communes fixent non seulement les conditions d'exploitation propres à chaque terrasse, notamment les horaires, en tenant compte de la configuration des lieux, de la proximité et du type de voisinage, ainsi que de tout autre élément pertinent (art. 15 al. 1 LRDBHD). Pour des motifs d'ordre public et/ou en cas de violation des conditions d'exploitation, les communes sont habilitées à prendre, pour ce qui touche à l'exploitation de la terrasse concernée, les mesures et sanctions prévues par la loi, applicables par analogie (art. 15 al. 3 LRDBHD).

Cela dit, le recours ne porte pas sur la ou les autorisations d'exploiter l'établissement D_____ ou ses terrasses et les griefs directement en lien avec ces autorisations ne pourront être examinés ici.

2. La recourante invoque une violation de son droit d'être entendue, le jugement étant « minimaliste et lacunaire ».

2.1 La jurisprudence du Tribunal fédéral a déduit du droit d'être entendu le droit d'obtenir une décision motivée (ATF 148 III 30 consid. 3.1 ; 142 II 154

consid. 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_700/2022 du 25 novembre 2022 consid. 6.5). L'autorité n'est toutefois pas tenue de prendre position sur tous les moyens des parties ; elle peut se limiter aux questions décisives, mais doit se prononcer sur celles-ci (ATF 143 III 65 consid. 5.2 ; 142 II 154 consid. 4.2). Il suffit, du point de vue de la motivation de la décision, que les parties puissent se rendre compte de sa portée à leur égard et, le cas échéant, recourir contre elle en connaissance de cause, en évaluant les chances de succès de son recours (ATF 148 III 30 consid. 3.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_548/2021 du 24 février 2023 consid. 5.2).

2.2 En l'espèce, l'affirmation de la recourante n'est pas étayée, elle ne donne aucun exemple du caractère lacunaire du jugement et n'indique pas non plus qu'un grief, qu'elle aurait motivé de façon suffisante et qui serait pertinent pour l'issue du litige n'aurait pas été examiné par le TAPI.

En outre, elle a pu déposer un recours auprès de la chambre de céans contre le jugement en développant de nombreux griefs, démontrant ainsi avoir pu se rendre compte de la motivation du jugement, voire évaluer les chances de succès du recours.

Le grief sera donc écarté.

3. La recourante invoque une violation des art. 13 LPRLac et 15 LEaux-GE.

3.1 Selon l'art. 15 LEaux-GE, aucune construction ou installation, tant en sous-sol qu'en élévation, ne peut être édifiée à une distance de moins de 10, 30 et 50 m de la limite du cours d'eau, selon la carte des surfaces inconstructibles annexée (al. 1). Toutefois, dans le cadre de projets de constructions, le département peut accorder des dérogations, pour autant que celles-ci ne portent pas atteinte aux fonctions écologiques du cours d'eau et de ses rives ou à la sécurité de personnes et des biens pour des constructions ou installations d'intérêt général dont l'emplacement est imposé par leur destination (al. 3 let. a). Ces dérogations doivent être approuvées par le département et faire l'objet d'une consultation de la commune et de la CMNS (al. 4).

3.2 Selon l'art. 13 LPRLac, si les circonstances le justifient et que cette mesure ne porte pas atteinte au but général poursuivi par la loi, le département peut déroger aux art. 6 à 11 (al. 1). Dans ce cadre, les requêtes en autorisation de construire, à l'exception de celles instruites en procédure accélérée, font l'objet d'un préavis de la commune concernée, de la CMNS, le cas échéant de l'OCAN ainsi que de la commission consultative de la diversité biologique (al. 2).

3.3 Selon la jurisprudence bien établie, chaque fois que l'autorité inférieure suit les préavis requis, étant précisé qu'un préavis sans observation équivaut à un préavis favorable, la juridiction de recours doit s'imposer une certaine retenue, qui

est fonction de son aptitude à trancher le litige (Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2e éd., 2018, p. 176 n. 508). L'autorité de recours se limite ainsi à examiner si le département ne s'écarte pas sans motif prépondérant et dûment établi du préavis de l'autorité technique consultative, composée de spécialistes capables d'émettre un jugement dépourvu de subjectivisme et de considérations étrangères aux buts de protection fixés par la loi (ATA/1261/2022 du 13 décembre 2022 consid. 4d ; ATA/807/2020 du 25 août 2020 consid. 9a).

3.4 Lorsque, comme en l'espèce, la consultation de la CMNS est imposée par la loi, le préavis de cette commission a un poids certain dans l'appréciation qu'est amenée à effectuer l'autorité de recours (ATA/126/2013 du 26 février 2013 consid. 9c), la CMNS se composant pour une large part de spécialistes, dont notamment des membres d'associations d'importance cantonale poursuivant par pur idéal des buts de protection du patrimoine (art. 46 al. 2 de la loi sur la protection des monuments, de la nature et des sites du 4 juin 1976 - LPMNS - L 4 05). À ce titre, son préavis est important (ATA/126/2013 précité ; ATA/417/2009 du 25 août 2009 consid. 6).

3.5 Dans le cas d'espèce, la zone de protection de la rive du lac est de 30 m. Une dérogation à la LEaux-GE autorisant une construction ou une installation à l'intérieur de cette zone n'est donc possible qu'aux conditions de l'art. 15 al. 3 LEaux-GE.

La dérogation prévue par l'art. 13 LPRLac en faveur de constructions lacustres se recoupe avec celle de l'art. 15 al. 3 LEaux-GE (ATA/393/2021 du 13 avril 2021 consid. 4c ; ATA/537/2013 du 27 août 2013 consid. 9).

3.6 Selon le Tribunal fédéral, les dispositions exceptionnelles ou dérogatoires, ne doivent pas nécessairement être interprétées de manière restrictive, mais selon les méthodes d'interprétation ordinaires. Une dérogation importante peut ainsi se révéler indispensable pour éviter les effets rigoureux de la réglementation ordinaire. En tous les cas, la dérogation doit servir la loi ou, à tout le moins, les objectifs recherchés par celle-ci : l'autorisation exceptionnelle doit permettre d'adopter une solution reflétant l'intention présumée du législateur s'il avait été confronté au cas particulier. L'octroi d'une dérogation suppose une situation exceptionnelle et ne saurait devenir la règle, à défaut de quoi l'autorité compétente pour délivrer des permis de construire se substituerait au législateur cantonal ou communal par le biais de sa pratique dérogatoire. Il implique une pesée entre les intérêts publics et privés de tiers au respect des dispositions dont il s'agirait de s'écarter et les intérêts du propriétaire privé à l'octroi d'une dérogation, étant précisé que des raisons purement économiques ou l'intention d'atteindre la meilleure solution architecturale, ou une utilisation optimale du terrain, ne suffisent pas à elles seules à justifier une dérogation (arrêt du Tribunal fédéral 1C_134/2021 du 13 janvier 2022 consid. 6.1.2 et les références citées).

3.7 L'autorité administrative jouit d'un large pouvoir d'appréciation dans l'octroi de dérogations. Cependant, celles-ci ne peuvent être accordées ni refusées d'une manière arbitraire. Tel est le cas lorsque la décision repose sur une appréciation insoutenable des circonstances et inconciliable avec les règles du droit et de l'équité et se fonde sur des éléments dépourvus de pertinence ou néglige des facteurs décisifs. Quant aux autorités de recours, elles doivent examiner avec retenue les décisions par lesquelles l'administration accorde ou refuse une dérogation. L'intervention des autorités de recours n'est admissible que dans les cas où le département s'est laissé guider par des considérations non fondées objectivement, étrangères au but prévu par la loi ou en contradiction avec elle. Les autorités de recours sont toutefois tenues de contrôler si une situation exceptionnelle justifie l'octroi de ladite dérogation, notamment si celle-ci répond aux buts généraux poursuivis par la loi, qu'elle est commandée par l'intérêt public ou d'autres intérêts privés prépondérants ou encore lorsqu'elle est exigée par le principe de l'égalité de traitement, sans être contraire à un intérêt public (ATA/665/2023 du 20 juin 2023 consid. 4.10 ; ATA/639/2020 du 30 juin 2020 consid. 4d).

3.8 La zone de la parcelle prévue pour l'édification du café-restaurant provisoire est directement située à côté du secteur du môle du port de plaisance, accessible au public et celui prévu pour la baignade selon le plan n^{o} 300'02-198-261-516 adopté le 26 septembre 2016 (modification de la zone à protéger des rives du lac en vue de la réalisation d'une plage publique, de la création d'un port public et de l'extension du port de la Nautique le long du quai Gustave-Ador – art. 2A de la LPRLac).

Les préavis recueillis lors de l'instruction de la requête sont tous favorables, hormis celui de la recourante. Notamment, la CMNS a indiqué entrer en matière pour l'usage de la dérogation de l'art. 15 LEaux-GE, soulignant qu'il n'y avait pas de dérogation à appliquer au sens de l'art. 13 LPRLac et que l'emplacement contenait déjà un revêtement imperméable destiné à l'accueil du mobilier à caractère provisoire.

L'OCEau a délivré un préavis favorable à une dérogation au sens de l'art. 15 al. 3 let. a LEaux-GE et art. 41c al. 1 de l'OEaux. L'OCAN a indiqué être favorable à une dérogation selon l'art. 13 LPRLac. La CU a délivré un préavis favorable, à condition qu'en 2023, un projet qui s'intègre au caractère exceptionnel de la Rade soit élaboré. Finalement, la commission consultative de la diversité biologique s'est également déclarée favorable à une dérogation au sens de l'art. 13 LPRLac.

Ces instances ont donc toutes estimé que les conditions d'une dérogation étaient remplies, la construction prévue ne portant pas atteinte à cette zone.

3.9 C'est sans succès également que la recourante tente de mettre en doute le fait que, malgré le lac qui borde le canton, Genève compte très peu de restaurants au

ras de l'eau, comme cela avait déjà été constaté (ATA/215/2007 du 9 mai 2007). À cet égard, la recourante échoue à prouver le contraire en produisant un plan indiquant les établissements de restauration sis à proximité de la Rade, mais pas au bord même de l'eau et ne citant qu'un établissement, la restaurant de la Plage, ouvert à l'année et aménagé au bout de la plage publique des Eaux-Vives. Il faut donc retenir que l'intérêt public à la construction provisoire de cet établissement, qui permet à la population genevoise de bénéficier d'un café-restaurant au bord du lac, reste indéniable, comme c'est toujours le cas pour les différentes infrastructures prévues, en été, pour se délasser en plein air au bord du lac, tels les pavillons glacier et les pergolas installés sur la rade (ATA/644/2016 du 26 juillet 2016 consid. 4 ; ATA/86/2015 du 20 janvier 2015 consid. 6d). On ne distingue pas en quoi la taille de la terrasse et le nombre de clients potentiels pouvant être reçus dans l'établissement concerné mis en exergue par la recourante modifierait ce raisonnement.

3.10 S'agissant de la conformité du projet avec l'affectation de la zone, le préavis de la CU est favorable et la jurisprudence a déjà eu l'occasion de confirmer que les constructions répondant à l'objectif de délassement étaient conformes à la destination de la zone de verdure (arrêt du Tribunal fédéral 1A.232/2000 du 29 mars 2001 consid. 3e ; ATA/86/2015 du 20 janvier 2015 consid. 6b). Quant à la mention « équipements sportifs » figurant sur le plan de la zone de verdure, elle n'entre pas en contradiction avec l'utilisation d'environ un trentième de la surface totale pour la terrasse d'un café restaurant ouvert le soir uniquement, les horaires des installations sportives n'étant pas les mêmes.

Le grief sera donc écarté.

4. La recourante fait grief au département de violer les normes sur le bruit.

4.1 La recourante affirme, sans le démontrer, que le projet générerait par son exploitation – même sans musique – un bruit tel que les valeurs de planification du DS III, applicables à la zone dans laquelle se trouve le projet depuis 2016, ne seraient pas respectées ni les valeurs applicables pour les habitations les plus proches. Aucune indication quant à la distance à laquelle se trouvent ces habitations n'est par ailleurs donnée par la recourante. On peut toutefois constater que ces habitations sont séparées de la construction par toute l'étendue de l'avancée de F_____, du restaurant et des bâtiments _____ et de l'installation des _____, puis des quais de Cologny et de la route de Vésenaz. Elles sont donc situées à plus de 250 m du projet. Il peut d'ailleurs être relevé que, depuis que cette construction provisoire a été autorisée annuellement, aucun particulier n'a interjeté recours contre les autorisations délivrées.

Surtout, l'affirmation de la recourante d'une violation de l'OPB n'est soutenue par aucun élément de fait, tel que des mesures qui auraient été effectuées et n'est ainsi

pas susceptible de mettre en doute le préavis favorable sous conditions, rendu par le SABRA, instance spécialisée en la matière.

4.2 La recourante fait encore un procès d'intention à l'intimée de vouloir enfreindre les conditions de l'autorisation de construire, laquelle inclut la condition du préavis du SABRA, à savoir qu'aucune musique ne pourra être diffusée dans les parties non fermées de l'établissement.

Elle fonde son argument sur des infractions déjà constatées par le passé.

Toutefois, comme l'a rappelé le TAPI dans son jugement, il n'est pas possible de remettre en cause une autorisation de construire par une prétendue violation d'une condition fixée. Cette question relève uniquement de la conformité de la construction à l'autorisation de construire, laquelle ne fait pas l'objet du présent litige qui porte uniquement sur l'autorisation de construire et sa conformité à au droit (ATA/729/202 précité consid. 4d ; ATA/461/202 du 7 mai 2020 consid. 8d et les références citées).

Le grief sera donc écarté.

5. La recourante invoque, pour la première fois, une violation de l'ordonnance sur les réserves d'oiseaux d'eau et de migrateurs d'importance internationale et nationale du 21 janvier 1991 (OROEM - RS 922.32) et la loi fédérale sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages du 20 juin 1986 (LChP - RS 922.0).

La parcelle concernée par le projet n'est pas située dans une réserve mais à côté de la réserve Rive gauche du Petit-Lac, d'une surface de 635.4 ha. Plus précisément, elle côtoie la partie III de la réserve, dans laquelle, la chasse est interdite mais où il n'y a pas de restrictions pour la navigation (https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/biodiversite/info-specialistes/infrastructure-ecologique/reserves-d-oiseaux-d-eau-et-de-migrateurs.html). Contrairement à ce que sous-entend la recourante, la parcelle n'est pas accolée à la réserve internationale de La Rade et du Rhône genevois – Rive droite du Petit-Lac.

Les conséquences que tire la recourante de cet emplacement sont erronées. La construction n'est pas prévue à l'intérieur de la réserve et rien dans les dispositions légales citées ne permet de retenir que la protection prévue, tant par l'OROEM que par la LChP, s'appliquent à l'extérieur du périmètre des réserves.

Finalement, tant la CMNS que l'OCEau, l'OCAN et la CU ont préavisé favorablement le projet, retenant ainsi qu'il n'était pas de nature à léser les fonctions écologiques des rives du lac, zone protégée par la LPRLac.

Le grief sera donc écarté.

En tous points infondé, le recours doit être rejeté.

6. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA) et une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée à l'intimée qui y a conclu (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 24 janvier 2023 par la commune de A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 8 décembre 2022 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'500.- à la charge de la commune de A_____ ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'500.- à B_____, à la charge de la commune de A_____ ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me François BELLANGER, avocat de la commune de A_____, à Me Bruno MEGEVAND, avocat de B_____, au département du territoire-oac ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeant : Francine PAYOT ZEN-RUFFINEN, présidente, Florence KRAUSKOPF, Valérie LAUBER, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :	la présidente siégeant :
F. SCHEFFRE	F. PAYOT ZEN-RUFFINEN

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :