

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2082/2020-EXPLOI

ATA/1025/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 13 octobre 2020

dans la cause

ASSOCIATION A_____

représentée par Me Shahram Dini, avocat

contre

**SERVICE DE POLICE DU COMMERCE ET DE LUTTE CONTRE LE
TRAVAIL AU NOIR**

EN FAIT

- 1) L'association A_____ (ci-après : A_____), est une association de droit suisse au sens des art. 60 ss du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210), sise au quai B_____, à C_____, inscrite au registre du commerce du canton de Genève depuis le 10 décembre 1931. Elle a pour but de mettre à la disposition du public une plage et toutes installations annexes en rapport avec son exploitation.

Elle dispose d'un droit d'utilisation d'un terrain de 1'600 m² comprenant une piscine, une plage et une zone événementielle, situé au Quai B_____ sur la parcelle n° 1_____ de la commune B_____ d'une superficie de 30'443 m², propriété de l'État de Genève. La zone événementielle qui se trouve sur ce terrain, située chemin D_____, Quai B_____, est séparée des espaces piscine et plage par un marquage et des barrières.

- 2) Par contrat du 4 février 2016, A_____ a mis à disposition de la société E_____ Sàrl, sise au, boulevard F_____, à Genève, inscrite au registre du commerce du canton de Genève depuis le 16 décembre 2015 et ayant pour but notamment toutes activités dans les domaines de l'exploitation de restaurants et bars, de la production, la réalisation, la communication et l'organisation d'événements et de spectacles en Suisse et à l'étranger, sa « zone de sport » en contrepartie d'un loyer de CHF 75'000.- par saison. Monsieur G_____ est l'un des associés gérants de la société précitée.

La zone mise à disposition, dite « H_____ », dédiée à l'exploitation d'un café-restaurant et d'événements privés ponctuels, se limitait aux surfaces extérieures par rapport à un bassin olympique, un bassin de réception d'un toboggan, d'une pataugeoire et d'un plan d'eau du lac. L'usage des plans d'eau était formellement interdit. Ces derniers étaient mis à disposition sur autorisations délivrées par A_____ uniquement pour des événements privés. Le contrat ne garantissait pas la faisabilité d'aménagements externes sur le terrain précité, ni l'aspect extérieur des bâtiments. Les différents services cantonaux et communaux devaient donner leurs autorisations. Le montage de la structure de l'établissement pouvait commencer le 1^{er} avril 2016, son démontage était fixé au 15 octobre 2016. Le plan définitif de l'espace « H_____ » devait, pour accord, être présenté au directeur d'A_____. L'exploitation de l'établissement devait durer du 1^{er} mai au 30 septembre 2016. L'exploitant de la zone devait assurer la sécurité et la surveillance des entrées du site afin d'en interdire l'accès aux personnes étrangères aux manifestations organisées.

- 3) Le 8 février 2017, le service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : service ou PCTN) a délivré à M. G_____, associé gérant de la société I_____ Sàrl, sise au, boulevard F_____, à Genève, inscrite

au registre du commerce du canton de Genève depuis le 8 octobre 2009 et ayant pour but notamment les activités dans le domaine de la production, la réalisation et la communication, l'organisation d'évènements et de spectacles en Suisse et à l'étranger, une autorisation d'exploiter un établissement de catégorie café-restaurant à l'enseigne « H_____ », propriété de la société précitée, situé chemin D_____, à C_____, d'une surface d'exploitation intérieure de 0 m², mais d'une terrasse de 910 m².

- 4) Par circulaire adressée aux communes le 15 mai 2019 intitulée « Autorisations (accessoires) concernant les terrasses d'établissements publics. Note à l'intention des communes », le PCTN a clarifié sa pratique administrative relative à la gestion des terrasses d'établissements publics.

Les communes étaient compétentes pour autoriser l'exploitation des terrasses et d'en fixer les conditions en tenant compte de la configuration des lieux, de la proximité, du type de voisinage et de tout autre élément pertinent. Elles avaient aussi la compétence d'autoriser les animations musicales sur les terrasses et d'en déterminer les conditions à respecter, concernant les horaires et le niveau sonore admis.

- 5) Le 4 février 2020, A_____ a publié dans la Feuille d'avis officielle (ci-après : FAO) un avis d'appel d'offres de prestations de services, pour l'attribution d'un contrat-cadre d'exploitation de la zone événementielle précitée pour les saisons estivales 2021, 2022, 2023 et 2024.

La mise au concours visait à sélectionner un exploitant qui mettrait en œuvre des prestations de bar/restauration et des animations de qualité.

- 6) Par décision du 25 février 2020, le PCTN a autorisé I_____ Sàrl à exploiter l'établissement « H_____ » pour la saison estivale 2020.

L'établissement était au bénéfice d'une autorisation depuis le 8 février 2017. Celle-ci conservait sa validité pour la saison estivale 2020, mais elle deviendrait caduque à l'issue de celle-ci. « H_____ » ou tout concept comparable devaient être autorisés par ses soins à exploiter un établissement de 0,01 m², la terrasse devant obtenir l'autorisation de la commune B_____. Compte tenu de la mise au concours de l'emplacement concerné et en concertation avec la commune B_____, il avait décidé d'appliquer à ce cas particulier sa nouvelle pratique uniquement à partir du 1^{er} janvier 2021. A_____ devait intégrer ces exigences aux conditions du contrat à conclure.

- 7) Le 26 février 2020, I_____ Sàrl a requis de la commune B_____ un préavis dans le cadre d'une demande d'autorisation de construire en procédure accélérée APA/2_____ pour une installation saisonnière d'un café-restaurant à l'enseigne « H_____ » sur la parcelle n° 1_____ précitée.

8) Le 2 mars 2020, le directeur du PCTN a eu un entretien avec celui d'A_____ au sujet de l'exploitation de la zone événementielle considérée.

9) Le 5 mars 2020, la commune B_____ a rendu un préavis défavorable à la demande d'installation saisonnière du café-restaurant précité.

La parcelle concernée était inconstructible. La zone de verdure limitait les activités aux seuls équipements nautiques de bains et de piscines. De plus, il y avait suffisamment « d'installations identiques » autour de la rade. La condition dérogatoire d'intérêt public à l'ouverture de l'établissement n'était pas réalisée. En outre, le requérant n'avait pas, les années précédentes, respecté les exigences de limitation du niveau sonore et d'interdiction de concert et de set de DJ, posées par le service de l'air, du bruit et des rayonnements non ionisants (ci-après : SABRA). Le voisinage avait formulé des dénonciations et des plaintes auprès des autorités.

10) Le 11 mars 2020, A_____ a requis du PCTN une décision motivée concernant l'entretien du 2 mars 2020, demande confirmée le 28 mai 2020.

La communication verbale de ne délivrer aucune autorisation en 2021, pour cause de compétence de la commune B_____ d'autoriser l'exploitation des terrasses, rendait sans objet sa procédure d'appel d'offres. Elle était aussi de nature à générer des prétentions en responsabilité en raison des dépenses engagées par les divers intervenants.

11) Le 27 mars 2020, le PCTN a confirmé à A_____ sa pratique et lui a demandé si elle maintenait son exigence d'une décision formelle.

L'établissement qui s'installerait sur l'emplacement concerné se verrait délivrer une autorisation d'exploiter une surface de 0,01 m². S'agissant de la terrasse, une autorisation devrait être requise auprès de la commune concernée.

12) Le 11 juin 2020, le PCTN a décidé que la zone événementielle située au chemin D_____ ne constituait pas en l'état un établissement au sens de la législation cantonale en la matière.

A_____ n'avait apporté aucun élément propre à établir le caractère d'établissement de la zone événementielle en cause. Il était loisible à A_____ de lui fournir des plans lui permettant de se déterminer à nouveau. Il ferait application de la circulaire précitée et la commune concernée interviendrait dans la procédure.

13) Par acte déposé le 13 juillet 2020, A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée en concluant à son annulation et à ce qu'il soit dit que la zone

événementielle constitue un établissement au sens de la législation cantonale idoine et que l'autorisation de l'exploiter est du ressort du service.

Elle avait un intérêt juridique, économique et personnel digne de protection à recourir, son appel d'offres pouvant devenir, à la suite de la décision attaquée et du préavis négatif de la commune B_____, sans objet et générer des prétentions en responsabilité contre elle en raison des dépenses engagées par les intervenants.

La zone événementielle concernée était délimitée. Elle répondait à la notion de « lieu circonscrit » consacré aux activités à l'air libre, ses contours étaient identifiables. Elle était un établissement au sens de la législation en la matière. Vu sa stabilité temporelle et géographique et ses lourdes installations, la zone était soumise à la compétence exclusive du PCTN.

Le service avait une longue pratique consistant à considérer des lieux ne disposant pas d'un local fermé, mais se trouvant en plein air comme des établissements. Il se considérait en outre comme seul compétent pour accorder une autorisation d'exploiter de tels lieux. En raison du changement de sa pratique, le PCTN autorisait désormais l'exploitation de la zone événementielle comme établissement sur une surface de 0,01 m². La surface de la terrasse attenante et les modalités d'utilisation de celle-ci étaient soumises à une autorisation de la commune B_____. La zone événementielle en cause devait être considérée comme un établissement et non comme une terrasse. Le changement de pratique administrative ne lui était pas applicable.

Elle avait de bonne foi publié la mise au concours de l'exploitation de la zone événementielle pour les saisons estivales 2021, 2022, 2023 et 2024. Pour protéger sa bonne foi, le changement de pratique administrative du PCTN devait s'appliquer à partir de 2025, à l'expiration du contrat d'exploitation qui serait signé avec le futur lauréat de l'appel d'offres du 4 février 2020.

- 14) Le PCTN a conclu, à la forme, à ce qu'il soit statué sur la recevabilité du recours et, au fond, à son rejet.

L'espace événementiel en cause n'était ni un lieu circonscrit, ni un établissement. Aucune pièce, notamment les plans de « H_____ », ne démontrait le contraire. L'infrastructure de l'établissement n'était plus installée sur la zone considérée et ne pouvait plus y être autorisée. Aucun autre concept présenté dans le cadre de l'appel d'offres ne pouvait en outre être autorisé. L'espace « H_____ » était une aire d'une surface de 1'125 m². Son concept ne remplissait pas les conditions pour être un établissement même s'il s'agissait d'une entreprise de bar et de restauration visée par la législation en vigueur. En février 2017, il avait opté pour autoriser un établissement public sur une surface de 0,01 m², la préexistence d'une autorisation d'exploiter étant nécessaire à l'obtention d'une autorisation de terrasse de la part des autorités communales.

La zone événementielle était un espace sans infrastructure, un terrain nu qui n'avait jamais reçu son autorisation. Seule la réalisation d'un projet se trouvant sur celle-ci avait été autorisée. La décision attaquée ne constituait pas un changement de pratique. Un tel changement pouvait concerner uniquement le locataire de la zone événementielle et non A_____. L'A_____ n'avait jamais requis une autorisation d'exploiter un établissement public.

Le principe de la bonne foi n'avait pas été violé, les décisions dont se prévalait A_____ ne lui étant pas destinées. Le courrier du 27 mars 2020 ne contenait pas de renseignement erroné. Tout projet qui remplirait les conditions se verrait autorisé. La commune B_____ n'entendait pas permettre un concept bruyant comme « H_____ » ou susceptible de provoquer des plaintes. Considérer la zone événementielle comme un établissement public pour la totalité de la surface privait la commune de sa compétence de se prononcer sur l'existence d'une terrasse.

- 15) Dans sa réplique, A_____ a relevé que l'établissement en cause étant en plein air, les installations qui le séparaient du reste des espaces étaient mobiles. Celles-ci n'avaient pas été remises en place durant l'été 2020 en raison de la pandémie de la COVID-19. Le futur exploitant devait recourir à des installations mobiles afin de marquer physiquement les contours de son établissement en plein air. Aucune construction en dur ne pouvait être autorisée. Durant son exploitation, la zone événementielle avait été délimitée et séparée du reste des installations d'A_____. Les clients pouvaient pénétrer ou sortir uniquement par un accès. Il n'y avait pas besoin d'une construction fixe sur la zone événementielle pour la considérer comme un établissement au sens de la législation cantonale. Des installations mobiles mises en place suffisaient.
- 16) Sur ce, 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).
- 2) a. À teneur de l'art. 60 let. a et b LPA, les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée et toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée, sont titulaires de la qualité pour recourir. Il faut donc que le recourant ait un intérêt pratique à l'admission du recours, soit que cette admission soit propre à lui procurer un avantage de nature économique, matérielle ou idéale (ATF 138 II 162

consid. 2.1.2 ; 137 II 30 consid. 2). Cet intérêt doit être direct et concret (ATF 143 II 506 consid. 5.1).

L'existence d'un intérêt actuel s'apprécie tant au moment du dépôt du recours que lors du prononcé de la décision sur recours (ATF 142 I 135 consid. 1.3.1 ; 137 I 296 consid. 4.2). Un intérêt actuel et pratique fait en particulier défaut lorsque l'acte de l'autorité a été exécuté (ATF 125 I 394 consid. 4), a perdu son objet ou si l'admission du recours ne permettrait pas la réparation du préjudice subi (arrêt du Tribunal fédéral 2C_863/2019 du 14 avril 2020 consid. 3.2).

b. En l'espèce, l'association recourante soutient qu'elle a un intérêt juridique, économique et personnel digne de protection à recourir, son appel d'offres du 4 février 2020 pouvant devenir, à la suite de la décision attaquée et du préavis négatif de la commune B_____, sans objet et générer des prétentions en responsabilité contre elle en raison des dépenses engagées par les intervenants. Dans ce sens, la décision attaquée risque de lui causer un dommage de nature économique dans la mesure où d'éventuels exploitants intéressés à la zone événementielle renonceraient à participer à la mise au concours d'un établissement d'une surface de 0,01 m² alors que le reste du périmètre, considéré comme terrasse d'une surface de 910 m², ne pouvait être exploitée qu'avec l'autorisation de la commune B_____. La recourante risque ainsi de perdre au moins un montant de CHF 75'000.- représentant le loyer de mise à disposition de la zone en cause. Cet intérêt économique est suffisant pour fonder la qualité pour recourir de l'association considérée, indépendamment des conséquences financières résultant de dommages intérêts qui pourraient lui être réclamés par les candidats à la mise au concours si celle-ci devenait sans objet voire d'autres pertes financières en fonction du chiffre d'affaires non réalisé par l'exploitant.

Partant, le recours est recevable sous cet angle.

3) a. Sauf exceptions prévues par la loi ou lorsque le droit fédéral ou une loi cantonale prévoit une autre voie de recours (art. 132 al. 8 LOJ), la chambre administrative statue sur les recours formés contre les décisions au sens des art. 4, 4A, et 57 LPA (art. 132 al. 2 LOJ) rendues par les autorités et juridictions administratives mentionnées aux art. 5 et 6 LPA.

b. Sont considérées comme des décisions au sens de l'art. 4 al. 1 LPA les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas d'espèce fondées sur le droit public fédéral, cantonal ou communal et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits et des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits, d'obligations ou de faits (let. b), de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou des obligations (let. c).

c. En l'espèce, l'autorité intimée a rendu une décision intitulée « décision constatatoire sur la zone événementielle » par laquelle elle a « décidé » qu'« en l'état » la zone événementielle ne constituait pas un établissement au sens de la législation cantonale en la matière. Elle a indiqué qu'il était loisible à la recourante de lui fournir des plans lui permettant de se déterminer à nouveau. Il se pose dès lors la question de la nature de la décision en cause.

- 4) a. L'autorité compétente peut, d'office ou sur demande, constater par une décision l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations fondés sur le droit public (art. 49 al. 1 LPA). Ladite autorité ne donne suite à une demande en constatation que si le requérant rend vraisemblable qu'il dispose d'un intérêt juridique personnel et concret qui soit digne de protection (al. 2).

Ces principes prévalent également sur le plan fédéral, comme cela ressort des art. 5 al. 1 let. b et 25 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA - RS 172.021). Ainsi que le précise la jurisprudence fédérale, transposable en l'espèce en droit administratif genevois, une autorité ne peut rendre une décision en constatation que si la constatation immédiate de l'existence ou de l'inexistence d'un rapport de droit est commandée par un intérêt digne de protection, à savoir un intérêt actuel de droit ou de fait auquel ne s'opposent pas de notables intérêts publics ou privés, à la condition que cet intérêt digne de protection ne puisse pas être préservé par une décision formatrice, c'est-à-dire constitutive de droits ou d'obligations (ATF 135 III 378 consid. 2.2. ; 129 V 289 consid. 2.1).

En ce sens, le droit d'obtenir une décision en constatation est subsidiaire, tout comme celui de l'autorité de prononcer d'office une telle décision (ATF 142 V 2 consid. 1 ; ATA/373/2020 du 16 avril 2020 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2^{ème} éd., 2018, n. 822). Le principe de subsidiarité n'est toutefois pas absolu. Dans les cas où l'intérêt digne de protection du requérant est mieux servi par une décision en constatation que par une décision formatrice ou condamnatoire, notamment si la décision constatatoire tranche une question juridique essentielle et permet d'éviter une procédure complexe, l'autorité saisie ne se montrera pas trop stricte sur la question de la subsidiarité. De même, un intérêt digne de protection peut déjà être reconnu si la décision en constatation de droit permet au recourant d'éviter de prendre des mesures qui lui seraient préjudiciables, ou de ne pas prendre des dispositions qui lui seraient favorables (ATA/1018/2018 du 2 octobre 2018 ; ATA/262/2018 du 20 mars 2018).

Il n'est pas nécessaire que cet intérêt soit de nature juridique. Il peut s'agir d'un pur intérêt de fait. La condition est remplie notamment lorsque la situation juridique du requérant est incertaine et que cette incertitude peut être levée par la constatation. Pour cela, n'importe quelle incertitude ne suffit pas. Il faut, au contraire, que l'on ne puisse pas exiger du requérant qu'il tolère plus longtemps le maintien de cette incertitude, parce que celle-ci l'entrave dans sa liberté de

décision (ATF 135 III 378 consid. 2.2). Cette incertitude peut également se rapporter à un état de fait futur (ATAF 2014/45 consid. 3.1.2). Dès lors, lorsque la requête concerne des droits et des obligations qui se réaliseront dans le futur, ceux-ci doivent être suffisamment déterminés au moment du dépôt de la requête ou, à tout le moins, de la décision (Christian BOVET/Angela CARVALHO, *Les actes attaquables*, in François BELLANGER/Thierry TANQUEREL [éd.], *Le contentieux administratif*, 2013, p. 94-95).

b. Le droit d'obtenir une décision constatatoire ne préjuge pas de sa qualification en tant que décision finale ou incidente, ni de la recevabilité d'un recours qui serait immédiatement interjeté contre celle-ci (arrêt du Tribunal fédéral 2C_423/2012 du 9 décembre 2012 consid. 3.7, in ASA 81 p. 588). De surcroît, il faut que la possibilité de requérir une décision constatatoire découle d'une base légale (arrêt du Tribunal fédéral 2C_990/2013 du 25 mai 2014 consid. 2.1.2).

c. Le recours contre une décision incidente est recevable si un dommage irréparable peut être causé ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (art. 57 let. c LPA). Alors qu'une décision finale met fin à la procédure - que ce soit pour un motif déduit de la procédure ou du droit matériel -, une décision préjudicielle ou incidente est rendue en cours de procès et ne constitue qu'une étape vers la décision finale ; elle peut avoir pour objet une question formelle ou matérielle, tranchée préalablement à la décision finale (ATF 139 V 42 consid. 2.3 ; 135 III 566 consid. 1.1). La décision incidente se rattache à une procédure principale pendante ou à introduire (ATF 139 V 42 consid. 2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_682/2019 du 2 septembre 2020 consid. 6.2.2).

d. Le préjudice irréparable suppose que le recourant ait un intérêt digne de protection à ce que la décision attaquée soit immédiatement annulée ou modifiée (ATF 127 II 132 consid. 2a ; Thierry TANQUEREL, *op. cit.*, n. 1265). Un préjudice est irréparable lorsqu'il ne peut être ultérieurement réparé par une décision finale entièrement favorable au recourant (ATF 138 III 46 consid. 1.2). Un intérêt économique ou un intérêt tiré du principe de l'économie de la procédure peut constituer un tel préjudice (ATF 127 II 132 consid. 2a). Le simple fait d'avoir à subir une procédure et les inconvénients qui y sont liés ne constitue toutefois pas en soi un préjudice irréparable. Un dommage de pur fait, tel que la prolongation de la procédure ou un accroissement des frais de celle-ci, n'est pas considéré comme un dommage irréparable (ATF 133 IV 139 consid. 4).

La chambre administrative a précisé à plusieurs reprises que l'art. 57 let. c LPA devait être interprété à la lumière de ces principes (ATA/231/2017 du 22 février 2017 ; ATA/385/2016 du 3 mai 2016).

e. En l'espèce, s'appuyant sur l'art. 49 LPA, l'autorité intimée a qualifié l'acte attaqué de décision constatatoire. Elle a décidé que la zone événementielle considérée n'était pas un établissement au sens de la législation cantonale. La décision attaquée tranche ainsi une question matérielle portant sur l'existence, respectivement l'inexistence d'un établissement pouvant constituer, aux yeux de la recourante, un préalable à une éventuelle demande d'autorisation d'exploiter voire à la poursuite de sa procédure de mise au concours précitée. À ce titre, l'association recourante est fondée d'attaquer la décision en cause dans la mesure où elle est susceptible de lui causer un préjudice, pour le moins économique, dans le sens retenu dans les considérants précédents. Néanmoins, cette décision retient également qu'« en l'état » la zone concernée ne peut pas être qualifiée d'établissement. L'autorité intimée indique ensuite qu'il est loisible à la recourante de lui adresser notamment des plans qui lui permettraient de rendre une décision sur le caractère d'établissement de la zone précitée. Dans cette mesure, la décision attaquée apparaît comme une décision incidente. Pour qu'une telle décision soit attaquable, elle doit notamment causer un préjudice irréparable dans le sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral précitée selon laquelle un intérêt économique ou un intérêt tiré du principe de l'économie de la procédure peut constituer un tel préjudice.

L'association recourante a lancé un appel d'offres en vue de mettre à disposition sa zone événementielle. Elle peut ainsi prétendre à l'issue de cette procédure à la signature d'un contrat avec un futur lauréat. Elle a requis de l'autorité intimée de constater que la zone en cause constituait un établissement et que la compétence d'autoriser son exploitation était de son ressort. L'autorité intimée a rendu une décision constatatoire tout en attendant de nouveaux éléments notamment des plans lui permettant de décider à nouveau. Selon elle, la recourante n'a jamais requis une autorisation d'exploiter sa zone événementielle. Celle-ci a été mise à la disposition d'une société qui y exploitait l'établissement « H_____ ».

La recourante a par conséquent un intérêt à la constatation de la nature de son espace événementiel, eu égard en particulier à son appel d'offres, l'autorité intimée indiquant que les conditions d'autorisation notamment la surface de 0,01 m² devraient figurer dans le prochain contrat à signer pour l'exploitation de la zone événementielle.

Ainsi, la décision contestée répond à une question juridique essentielle pour la recourante, à savoir celle de la nature juridique de sa zone événementielle, cette question étant déterminante pour la suite de son appel d'offres. Elle lève une incertitude à laquelle la recourante fait face dans sa liberté de décision quant à la suite à donner à son appel d'offres.

Partant, son recours est recevable sous cet angle également.

5) Le litige porte sur la question de savoir si la zone événementielle considérée est un établissement et quelle est l'autorité compétente pour autoriser son exploitation.

a. Est considérée comme une entreprise, toute forme d'exploitation d'une activité vouée à la restauration et/ou au débit de boissons à consommer sur place, à l'hébergement ou encore au divertissement public, exercée contre rémunération ou à titre professionnel (art. 3 let. a de la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du 19 mars 2015 - LRDBHD - I 2 22). Au sens de cette loi, un établissement est une entreprise, dont l'activité s'exerce dans un local fermé ou dans un lieu circonscrit (art. 3 let. b LRDBHD). Un café-restaurant et un bar sont des établissements où un service de restauration et/ou de débit des boissons est assuré et qui n'entrent pas dans la définition d'une autre catégorie d'entreprise (art. 3 let. f LRDBHD). Une terrasse est un espace en plein air, couvert ou fermé, permettant la consommation de boissons ou d'aliments, qui est accessoire à une entreprise et qui se situe sur domaine public ou privé ; elle peut être saisonnière ou permanente (art. 3 let. r LRDBHD).

La notion « d'établissement » de l'ancienne loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement (aLRDBH) a été remplacée par celle « d'entreprise » dans la LRDBHD, afin de tenir compte de la variété des activités dans le domaine, dont certaines ne se déroulent pas dans des locaux fixes ou fermés, mais dans des structures mobiles et/ou éphémères (Projet de loi PL 11282 du 12 septembre 2013 sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement [ci-après : PL 11282], p. 34). Dans ce projet de loi, cinq catégories d'établissements ont été proposées, les cafés-restaurants et bras ; les dancings et cabarets-dancings ; les buvettes, les buvettes de service restreint, les hôtels et autres établissements voués à l'hébergement (PL 11282, p. 40). La commission de l'économie chargée d'examiner le PL 11282 a réduit le nombre des catégories d'établissements à quatre, les établissements publics susceptibles d'accueillir une terrasse ont été classés parmi les cafés-restaurants. Lors de l'examen du PL 11282 par la commission, certaines communes ont exigé que le périmètre d'une terrasse soit délimité par un enclos. Pour ces dernières, les établissements ne pouvaient plus vendre de boissons alcooliques si celles-ci n'étaient pas consommées à l'intérieur ou dans le strict périmètre de la terrasse (Rapport du 18 novembre 2014 de la Commission de l'économie chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'État sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement PL 11282-1A PL 11282-2A, p. 133 à 136 et p. 184).

S'agissant de la notion d'un lieu circonscrit, utilisée pour définir un établissement (une entreprise dont l'activité s'exerce dans un local fermé ou dans un lieu circonscrit), un membre de la commission a relevé que celle-ci avait été imaginée pour permettre la prise en compte de divers types d'activités comme

celles à l'air libre. Cette notion ne devait cependant pas être confondue avec celle d'une terrasse directement adjacente à un établissement. Un amendement au PL 11282 visant à ajouter la mention « ... dont l'activité s'exerce dans un lieu ou dans un bâtiment », de manière à élargir les situations et le périmètre répondant à la définition d'établissement, a été refusé par les membres de la commission. Il fallait néanmoins définir un périmètre précis pour la définition d'établissement proposée (Rapport du 18 novembre 2014, p. 184). Le rapport de la minorité de la commission a critiqué cette notion la considérant comme cloisonnant les espaces et figeant les catégories alors que la réalité du monde de l'animation était différente. La minorité de la commission estimait que, dans ce contexte, un café-restaurant ne pouvait proposer une animation à sa clientèle que sur une surface restreinte (Rapport du 18 novembre 2014 précité, p. 378).

b. En l'espèce, la recourante estime que sa zone événementielle constitue un établissement dans la mesure où elle se situe dans un lieu délimité, cerné, avec des contours identifiables et donc circonscrit.

La notion d'espace circonscrit n'a pas été définie par le législateur. Selon les travaux préparatoires précités, sans avoir les caractéristiques d'un local fermé, un lieu circonscrit doit être identifiable, être un espace sur lequel il est possible d'exercer l'activité réglementée par la loi en cause et permettre d'atteindre les buts visés par celle-ci, entre autres d'assurer la cohabitation des activités réglementées avec les riverains, et à développer la vie sociale et culturelle et sa diversité, dans le respect de l'ordre public, en particulier la tranquillité, la santé, la sécurité et la moralité publiques.

Il ressort du dossier que le périmètre de la parcelle n° 1_____ de la commune B_____ d'une superficie de 30'443 m², propriété de l'État de Genève sur laquelle la recourante a un terrain pour ses activités, est délimité. Sur ce terrain se trouvent des plans d'eau qui sont aussi séparés de la zone considérée par un marquage et des barrières notamment. La zone en cause est donc identifiable. Néanmoins, le fait d'avoir un périmètre délimité n'en fait pas encore un établissement.

La notion d'établissement telle qu'elle ressort du PL 11282 et de la loi adoptée est celle d'une entreprise, soit toute forme d'exploitation d'une activité vouée à la restauration et/ou au débit de boissons à consommer sur place voire au divertissement, dont l'activité s'exerce dans un local fermé ou dans un lieu circonscrit. D'après la systématique de la loi, la notion d'entreprise comprend plusieurs catégories (art. 5 LRDBHD). En outre, une entreprise doit bénéficier d'une autorisation pour exercer son activité (art. 8 ss LRDBHD) qui est délivrée à certaines conditions relatives notamment à ses locaux (art. 11 LRDBHD). Certes, le législateur genevois n'a pas voulu restreindre l'exercice de l'activité autorisée à un local fermé. Pour prendre en considération les activités exercées à l'air libre, il a intégré dans la notion d'établissement celle de lieu circonscrit. Toutefois, une

activité effective doit être déployée par un exploitant autorisé sur un espace identifiable ou matérialisé. En d'autres termes, une emprise effective sur le lieu circonscrit par une activité autorisée est nécessaire pour créer un établissement. Une conception abstraite d'un espace identifiable n'est pas suffisante. Un lieu circonscrit ne saurait par conséquent en lui-même se confondre avec un établissement au sens de la loi.

Ainsi, l'autorité intimée n'a pas violé le droit en retenant que la zone événementielle considérée n'est pas un établissement au sens de la loi.

Le grief de la recourante sera dès lors écarté.

Dans la mesure où la zone événementielle n'est pas un établissement au sens de la loi, la question de l'autorité compétente pour autoriser une activité réglementée sur son périmètre ne se pose pas. Il reviendra notamment à l'exploitant d'une entreprise souhaitant exercer une telle activité de requérir cette autorisation en se conformant aux art. 8 ss LRDBHD.

Le grief de la recourante sera également écarté.

6) La recourante reproche à l'autorité intimée d'avoir changé de pratique et d'avoir adopté un comportement contradictoire.

a. La commune du lieu de situation de l'entreprise est compétente pour autoriser l'exploitation des terrasses (art. 4 al. 2 phr. 1 LRDBHD). Elle fixe 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 phr. 1 LRDBHD). Elle reçoit, instruit et délivre les autorisations d'exploiter les terrasses (art. 4 al. 2 du règlement d'exécution de la LRDBHD du 28 octobre 2015 - RRDBHD - I 2 22.01).

Le PL 11282 proposait cette compétence de la commune du lieu de situation, que la terrasse soit située sur le domaine public communal ou sur le domaine privé. De par leur relation de proximité et leur compétence pour autoriser l'usage accru du domaine public, les communes sont les plus à même d'examiner si une terrasse accessoire à une entreprise stable est ou non conforme aux prescriptions locales. Ainsi, s'il appartient au département d'examiner les conditions d'octroi de l'autorisation d'exploiter une entreprise stable, la compétence d'autoriser l'exploitation d'une terrasse accessoire à une entreprise doit être attribuée exclusivement à la commune concernée (PL 11282, p. 55 et 56). La commission de l'économie précitée a confirmé la compétence des communes à autoriser l'exploitation des terrasses. La réglementation concernant celles-ci était essentiellement du ressort communal et non cantonal. La commission s'est également interrogée sur les périmètres de la zone touristique ou l'utilisation plus

optimale de la rade comme site exceptionnel, mais n'a pas envisagé de les soumettre à une réglementation particulière. Les terrasses devaient pouvoir être ouvertes en même temps que les établissements (Rapport du 18 novembre 2014 précité, p. 88, 139 et 279).

b. Le département est compétent pour autoriser l'exploitation de toutes les autres entreprises au sens de la LRDBHD (art. 4 al. 3 LRDBHD). L'art. 8 LRDBHD soumet l'exploitation de toute entreprise vouée à la restauration, au débit de boissons et à l'hébergement à l'obtention préalable d'une autorisation d'exploiter délivrée par le département (al. 1), qui doit être requise lors de chaque création, changement de catégorie ou de lieu, agrandissement et transformation, changement d'exploitant ou de propriétaire de l'entreprise, ou modification des conditions de l'autorisation antérieure (al. 2).

c. En l'espèce, l'autorisation du 8 février 2017, produite dans le dossier par la recourante, concernait l'exploitation d'un établissement de catégorie café-restaurant à l enseigne « H_____ » d'une surface d'exploitation intérieure de 0 m² et une terrasse de 910 m². La circulaire du 15 mai 2017 reconnaissait la compétence des communes pour autoriser l'exploitation des terrasses figurant à l'art. 4 al. 1 et 2 LRDBHD. Le courrier du 27 mars 2020 de l'autorité intimée à la recourante résume le contenu de la décision du 25 février 2020 qui a confirmé celle précitée du 8 février 2017 et a autorisé l'exploitation de l'établissement « H_____ » sur une surface de 0,01 m² et une terrasse de 910 m². Ces décisions ne sont pas destinées à la recourante, mais au propriétaire de l enseigne précitée. Le même courrier précité fait aussi référence à la circulaire susmentionnée qui rappelle la compétence des communes pour autoriser des terrasses se trouvant sur leur territoire communal. Le changement de pratique de l'autorité intimée concerne ainsi les autorisations d'exploiter une entreprise au sens de la LRDBHD et est conforme à cette loi. La recourante ne prétend pas avoir requis une telle autorisation, de sorte que l'on ne discerne pas en quoi un tel changement de pratique pourrait la concerner.

Le grief de la recourante sera dès lors écarté.

Il résulte de ce qui précède que la décision attaquée est conforme au droit. Le recours sera par conséquent rejeté.

- 7) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 13 juillet 2020 par A_____ contre la décision du service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir du 11 juin 2020 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge d'A_____ un émolument de CHF 1'000.- ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

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 Shahram Dini, avocat de la recourante, ainsi qu'au service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir.

Siégeant : M. Mascotto, président, Mme Krauskopf, M. Verniory,
Mmes Payot Zen-Ruffinen et Lauber, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

C. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :