

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3318/2020-DOMPU

ATA/544/2024

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 30 avril 2024

2^{ème} section

dans la cause

A _____

représentée par Me Thomas BÜCHLI, avocat

recourante

contre

VILLE DE GENÈVE

intimée

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
16 novembre 2023 (JTAPI/1288/2023)**

EN FAIT

- A.** **a.** A_____, dont B_____ est l'administrateur-président, exploite le C_____, sis place D_____, à Genève. Cet établissement est situé en zone protégée de la Veille-ville et secteur sud des anciennes fortifications au sens des art. 83 ss de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05).
- b.** Le 20 septembre 2019, A_____ a sollicité de la Ville de Genève (ci-après : la ville), soit son service de l'espace public (ci-après : SEP), l'autorisation de poser un paravent (barrières à moitié transparentes de 150 cm de hauteur) à l'année en vue de délimiter une partie de la terrasse du C_____ donnant sur la place D_____ avec un espace de 6m x 3m et d'éviter que les gens attendant le bus ne s'installent sur la terrasse sans consommer.
- c.** Le 5 novembre 2019, la ville a indiqué à A_____ que son projet était accepté, tout en attirant son attention sur le fait que les cotes indiquées dans ledit projet devaient être respectées.
- d.** Le 3 juillet 2020, un gestionnaire de la ville a constaté l'installation, sans autorisation préalable, de divers procédés de réclame (ci-après : PDR) ainsi que la pose d'une tente à projection droite fixée contre la marquise et d'une toile latérale descendant jusqu'au paravent vitré. Des photographies étaient jointes au constat.
- e.** Par courrier du 6 juillet 2020 (n° 268'737), la ville a enjoint à B_____ de régulariser la situation et de lui retourner les formulaires idoines dûment remplis au plus tard le 24 août 2020 et lui a demandé la production de documents complémentaires.
- f.** Le 22 juillet 2020, A_____ a retourné le formulaire sollicitant la régularisation des divers PDR non inventoriés dans les livres et le formulaire sollicitant un octroi de permission pour les empiètements, comprenant l'accord du propriétaire, ainsi que diverses annexes. Il était précisé que les PDR visibles sur le domaine public avaient été enlevés.
- g.** Le 18 août 2020, la ville a demandé un préavis à l'office du patrimoine et des sites (ci-après : OPS), en particulier au service des monuments et sites (ci-après : SMS), au sujet des PDR et empiètements demandés.
- h.** Le 31 août 2020, le SMS a retenu que les inscriptions sur toile n'étaient pas autorisées. Seules les inscriptions sur les bandeaux de tentes pouvaient être admises. Les stores latéraux n'étaient pas non plus admis et celui en cause devait être supprimé afin d'éviter un « effet tunnel ».
- i.** Par décision du 18 septembre 2020 (n° 270'784), concernant la régularisation des toiles de tente et des stores, la ville, se référant au préavis du SMS, a refusé le maintien de la tente fixée à la marquise, du store droit en joue latérale fixé à la marquise, du PDR appliqué sur le corps de la toile de tente et du PDR appliqué sur le store droit en joue latérale.

La marquise sur laquelle était fixée la tente se trouvait à 3,21 m au-dessus du sol. Or, en application de l'art. 21 règlement concernant l'utilisation du domaine public du 21 décembre 1988 (RUDP - L 1 10.12), les éléments des marquises et tout ce qui y était rattaché devaient se trouver au minimum à 2,70 m au-dessus du sol. Cela signifiait que l'espace libre pour fixer des objets à cette marquise était de 51 cm. Il n'était donc pas possible d'y installer une tente qui se déployait jusqu'à la barrière. La dépose, au plus tard le 30 octobre 2020, de tous les éléments précités était par conséquent ordonnée.

Par ailleurs, l'attention de l'intéressée était attirée sur le fait que les deux stores droits autorisés du côté de la rue E_____ ne le seraient plus s'il y avait une modification.

j. Dans un pli parallèle du 18 septembre 2020 (courrier n° 270'812), s'agissant des deux modules de paravents d'angle, la ville a également informé B_____ que les barrières pour la terrasse telle qu'acceptées selon courrier du 5 novembre 2019 restaient « *conformes aux conditions* ».

Les barrières du C_____ avaient été admises au vu des arguments invoqués, mais cela ne devait pas occasionner de cloisonnement ou privatiser l'espace, que ce soit à l'aide de bacs à plantes ou de stores. Le système de couverture et décoratif tel qu'il était mis en place ne pouvait pas être admis.

- B. a.** Par acte du 16 octobre 2020, A_____ a recouru au Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre ces deux décisions, concluant, principalement, à leur annulation et à ce que la tente fixée à la marquise, le store droit en joue latérale fixé à la marquise, le PDR sur le corps de la toile de tente ainsi que le PDR sur le store droit en joue latérale soient autorisés.

Le refus du maintien de la tente fixée à la marquise et du store latéral ainsi que l'ordre de les déposer violaient son intérêt légitime à offrir aux clients en terrasse un abri du vent et des intempéries, abri expressément autorisé par l'art. 20 al. 1 du règlement sur les terrasses d'établissements publics (RTEP - LC 21 314).

La terrasse était totalement ouverte du côté de la rue E_____ et de la place D_____, de sorte qu'il n'y avait pas de cloisonnement, étant précisé que seul un cloisonnement intégral était proscrit (art. 20 al. 2 RTEP). Le store latéral et la tente « *du côté du coiffeur* » pouvaient être relevés, de sorte qu'il n'y avait pas non plus de violation de l'art. 21 RUDP. Ces installations devaient donc être autorisées et leur dépose n'était pas nécessaire.

Le store latéral avait été posé en remplacement des anciennes tentes qui avaient dû être enlevées en urgence en mars/avril 2020 pour des raisons de sécurité, les toiles étant déchirées et les barres de chute risquant de tomber. Or, ces anciennes tentes n'avaient jamais été critiquées par l'autorité intimée qui n'avait pas non plus relevé d'« *effet tunnel* ». Le nouveau store différait de l'ancien uniquement par sa légère inclinaison, sans changement de l'aspect visuel de la terrasse. Aucun intérêt prépondérant ne s'opposait donc à ce changement mineur.

Dans le contexte de la pandémie, il était légitime de vouloir offrir un certain confort à la clientèle par des installations réparées et sécurisées. La pandémie exigeait une certaine souplesse de la part des autorités, et les décisions entreprises manquaient de pragmatisme, allant même à l'encontre de la politique des autorités qui avaient prolongé la possibilité d'offrir une terrasse aux clients. Pour pallier la réduction de places à l'intérieur, il convenait d'autoriser le remplacement d'abris déjà existants.

Il existait un traitement inégal de son dossier par rapport aux établissements voisins, notamment les restaurants « F_____ » et « G_____ » qui disposaient de toiles et stores semblables. Les logos apposés sur le store et la tente avaient été autorisés sur les anciennes tentures. Le préavis du SMS n'était donc pas fondé.

b. La ville a conclu au rejet du recours.

La décision reprenait les préavis du SMS, dont elle ne s'écartait que de manière très circonspecte. En application de l'art. 21 al. 1 RUDP, la tente à projection ne pouvait se trouver qu'au minimum à 2.70 m du sol et la ville avait averti l'intéressée du fait que les stores droits en l'état autorisés à la rue E_____ ne pourraient plus l'être en cas de modification.

Dès lors que la tente fixée à la marquise et le store droit en joue latérale ne pouvaient être régularisés, leur dépose impliquait le retrait des PDR apposés sur ceux-ci. La situation était contraire tant à la lettre qu'à l'esprit du RTEP, dont l'art. 20 al. 2 prohibait le cloisonnement intégral d'une zone terrasse.

c. Dans sa réplique, A_____ a maintenu que la dépose des tentes litigieuses était illégale et disproportionnée. Les nouveaux stores ne se différenciaient des anciens que par leur légère inclinaison. Quant à leur longueur, ils pouvaient être manuellement dépliés et repliés. Les longueurs prescrites pouvaient ainsi être respectées à tout moment. L'art. 27 RUDP autorisait l'abaissement des joues ajoutées aux tentes dans les endroits et pendant les heures de la journée où le soleil les rendait nécessaires. Les stores étaient verticaux et pouvaient être abaissés partiellement à des moments exceptionnels, soit en cas de grande chaleur. Très souvent d'ailleurs, ils devaient être remontés tant le soleil chauffait les tentes. La barrière et les bacs de plantes déjà autorisés délimitaient de manière suffisante le passage accessible des piétons. Les stores ne causaient aucune gêne et leur maintien, le cas échéant assorti d'une obligation de respect de la condition des art. 21 et 27 RUDP, constituait une mesure pragmatique et moins incisive que la solution radicale d'une dépose.

L'existence d'un prétendu « effet tunnel » était contestée dans la mesure où un cloisonnement intégral – seul prohibé – faisait défaut. La terrasse était ouverte à son entrée, côté rue E_____, et du côté de la Place D_____. Le SEP autorisait l'utilisation de systèmes de chauffages de terrasse durant l'épidémie de Covid-19 pour accueillir les clients à l'extérieur plutôt qu'à l'intérieur, et l'abaissement partiel des tentes permettait de garder de la chaleur.

Le SEP n'avait avancé aucune motivation en ce qui concernait les PDR, se contentant de renvoyer au préavis du SMS. Or, ce dernier se bornait à écrire que les inscriptions sur toiles n'étaient pas autorisées, seules les inscriptions sur bandeau l'étant. Cette motivation était insuffisante, la distinction entre toiles et bandeaux de tente n'étant pas évidente. Ce manque de motivation portait atteinte au droit d'être entendu de A_____.

L'art. 18 du règlement d'application de la loi sur les procédés de réclame (RPR – F 3 20.01) prescrivait que les PDR sur tente devaient être imprimés sur la tente elle-même ou sur ses accessoires, ce qui était précisément le cas. En toute bonne foi, A_____ avait reproduit les logos antérieurs à la réparation qui n'avaient jamais été critiqués par le SEP. Le site Internet de la ville publiait des exemples de PDR autorisés. Les procédés incriminés correspondaient à ceux-ci. Ils devaient donc être acceptés. Ils ne gênaient pas la lecture de l'architecture du bâtiment.

A_____ a produit des extraits du site Internet de la Ville de Genève sur l'installation de stores (matière souple se levant ou se baissant verticalement) et de tentes (protection solaire mobile ou fixe) devant des commerces, avec une photographie d'un store portant une inscription sur la toile et une photographie d'une tente portant également une inscription sur le bandeau.

d. La ville a répondu que les écritures de A_____ étaient trompeuses quand elle parlait du bon entretien de ses tentures et invoquait l'art 7 RUDP, alors que ce même règlement prévoyait que l'installation ne devait pas constituer une gêne pour la visibilité (31 al. 2 RUDP).

L'intéressée était malvenue de se plaindre de l'illégalité et de la disproportion de la demande de dépose alors qu'elle n'avait pas respecté l'exigence légale de l'art. 4 LPR qui prévoyait que l'apposition, l'installation, l'utilisation ou modification d'un procédé de réclame étaient soumises à une autorisation préalable. Il en allait ainsi tant du PDR disposé sur l'empiètement que de l'empiètement lui-même en application des art 13 et ss de la loi sur le domaine public du 24 juin 1961 (LDPu - L 1 5) et 56 et ss de la loi sur les routes du 28 avril 1967 (LRoutes - L 1 10).

En indiquant qu'elle pouvait respecter à tout moment les longueurs prescrites à l'art. 21 RUDP, A_____ sous-entendait *a contrario* que celles-ci n'étaient pas respectées la plupart du temps. De même, en soutenant qu'elle devait parfois remonter les tentes tant le soleil les chauffait, elle insinuait qu'elles n'étaient pas indispensables. De pratique constante du SMS, il admettait uniquement les inscriptions sur les bandeaux de tente. S'il n'était pas contesté que la loi ne faisait pas de distinction entre toile et bandeau de tente, elle rendait cependant obligatoire la consultation du SMS (art. 7 de la loi sur les procédés de réclame du 9 juin 2000 [LPR – F 3 20]).

Concernant les pièces produites par A_____, il s'agissait d'anciennes images illustratives de PDR à considérer dans un contexte général et non dans le contexte particulier d'un périmètre ou d'un bâtiment protégé.

e. A_____ a ensuite produit la décision du 5 juin 2012 de la ville autorisant les stores initiaux côtés E_____ et D_____, tout en rappelant que s'agissant des PDR, le SMS semblait avoir omis de prendre en compte dans son préavis que les nouveaux procédés posés côté D_____ étaient similaires à ceux déjà existants. Si les procédés des deux côtés n'étaient plus les mêmes, il en résulterait une solution esthétiquement incohérente.

Pour le surplus, en application des principes de nécessité et subsidiarité, un maintien du store et des PDR sous condition de respect des hauteurs légales, avec réserve d'une application nuancée de l'art. 27 RUDP, constituait un moyen qui portait le moins atteinte à ses intérêts.

f. Le 14 juin 2021, une audience s'est tenue devant le TAPI lors de laquelle A_____ a produit un nouveau chargé de pièces, comprenant des photographies de restaurants montrant des bâches entièrement fermées, qui pouvaient être ouvertes, voire des tentes entières.

H_____, directeur du SMS, a exposé que le préavis avait été rendu par une collaboratrice du SMS seule, conformément à leur pratique. La loi ne faisait pas de distinction entre la toile et le bandeau de la tente s'agissant des inscriptions, mais la commission des monuments, de la nature et des sites (ci-après : CMNS) avait fait rédiger des « fiches de bonne pratique », qui précisaient l'interprétation de l'art. 18 RPR.

Le point 11 du préavis se référait plus précisément à l'art. 27 RUDP, qui prévoyait 2m25 minimum au-dessus du trottoir pour le bord inférieur des joues et lambrequins, c'était ce que le SMS voulait dire par « effet tunnel ». À la question de savoir pourquoi désormais les logos posaient problème, alors qu'ils avaient été autorisés sur les anciennes tentures, il a répondu que sa collaboratrice s'était conformée à la pratique s'agissant des PDR, en termes d'impact esthétique. L'idée était d'autoriser les PDR uniquement sur les lambrequins, pour minimiser l'impact visuel. Par rapport à l'autorisation de 2012, le problème concernait la joue latérale, qui était fixée, et le fait qu'il s'agissait d'une installation fixe. Il devrait être possible de remonter cette installation, mais il ne pouvait pas se prononcer sans en avoir discuté avec le service. Ils avaient besoin, pour leur dossier, d'un projet modifié pour pouvoir rendre un nouveau préavis.

Sur quoi, l'instruction du recours a été suspendue jusqu'au 31 décembre 2021.

g. À la suite de la reprise de l'instruction, la ville a exposé que le 8 décembre 2021, des collaboratrices du SMS et du SEP avaient opéré une première visite sur place, au terme de laquelle le SMS n'avait pas semblé enclin à revoir son préavis. Le 27 janvier 2022, une nouvelle vision locale avait été effectuée en présence des parties et du SMS. Ce dernier avait maintenu son préavis défavorable. Il avait été suggéré, pour éviter un complet rentoilage de la toile de tente, de camoufler le procédé de réclame figurant sur le corps de celle-ci, étant rappelé que de pratique constante, le SMS était opposé à l'apposition de PDR sur le corps de la toile de

tente. Le préavis avait également été maintenu au sujet de la tente latérale, celle-ci obstruant les vues sur le bâtiment, empêchant la lecture des lignes architecturales et fermant complètement l'espace. Le SMS avait suggéré le dépôt d'une demande d'autorisation pour installer une barrière transparente qui puisse monter plus haut, en précisant qu'il convenait de ne rien accrocher à la marquise. Enfin, s'agissant de la comparaison avec l'établissement voisin « F_____ », il était pratiquement acquis que la situation actuelle ne pourrait faire l'objet d'une régularisation.

h. A_____ a produit des photographies, montrant qu'en été les stores étaient remontés, et l'autorisation délivrée le 8 novembre 2021 par l'office cantonal de l'énergie (ci-après : OCEN) pour la mise en place de parasols chauffants d'endroits ouverts. L'autorisation était assortie de la charge que la surface chauffée devait être munie de protections garantissant la conservation de l'énergie tels des parasols, stores, bannes et parois amovibles. A_____ devait donc baisser les tentes pour conserver l'énergie en automne et en hiver. L'installation litigieuse permettait de respecter toutes les règles imposées par les divers services de l'État.

i. Par jugement du 20 octobre 2022, le TAPI a rejeté le recours contre les deux décisions du SEP.

Il n'était pas contesté qu'une tente portant le logo le C_____, imprimé sur toile, ainsi qu'un store droit en joue latérale avaient été fixés à la marquise existante sans autorisation préalable. Ladite marquise se trouvant à 3,21 m du sol, l'espace disponible pour y fixer une tente était de 51 cm (art. 21 al. 1 RUDP). Par conséquent, la nouvelle tente et le store, qui se déployaient tous deux jusqu'au niveau supérieur de la barrière de terrasse, outrepassaient largement la limite légale autorisée. Une fois ces tentes/stores déployés au maximum, soit jusqu'aux barrières vitrées de la terrasse, il en résultait une gêne de visibilité (art. 31 al. 2 RDPU) pouvant provoquer un « effet tunnel », prouvé par les photographies du constat effectué le 3 juillet 2020. Le fait que ces tentes pouvaient être remontées n'y changeait rien.

Ces nouveaux empiètements installés au-dessus des barrières grises à moitié transparentes faisaient de la terrasse un espace cloisonné et privatif contraire à l'art. 20 al. 2 RTEP. Or, la ville avait dûment averti l'intéressée que si les barrières avaient été admises, cela ne devait pas occasionner de cloisonnement ni privatiser l'espace. Les empiètements litigieux n'étaient pas conformes aux dispositions légales applicables. La ville était ainsi fondée à ordonner leur dépose. La dépose des tentes entraînant celles des PDR apposés sur la toile, le TAPI pourrait s'abstenir de statuer sur la légalité de ces derniers.

Quoi qu'il en fût, la suppression des logos appliqués sur les toiles de tente trouvait son fondement dans les recommandations, édictées par la SMS et l'OPS en vue de l'application de la législation régissant les procédés de réclame. En appliquant ces recommandations, la ville n'avait pas agi de manière critiquable. Rien ne permettait de retenir qu'elle aurait fait un usage excessif ou abusif de son pouvoir d'appréciation en forgeant sa décision sur ce préavis. L'intéressée cherchait avant

tout à voir s'imposer sa propre appréciation de la situation, sans indiquer en quoi la décision querellée contreviendrait aux dispositions légales. Elle n'expliquait pas en quoi les recommandations de l'OPS et du SMS sortiraient du cadre posé par la législation. Le fait que la ville ait procédé à une appréciation différente de la sienne ne permettait pas de retenir qu'elle se serait fondée sur des critères et considérations dénuées de pertinence et étrangers au but visé par les dispositions précitées ou qu'elle violerait l'un ou l'autre des principes généraux du droit administratif. La décision entreprise ne reposait pas sur des motifs arbitraires, étant rappelé qu'il n'y avait pas arbitraire du seul fait qu'une autre solution que celle qui avait été retenue serait concevable, voire préférable. Le TAPI, qui devait faire preuve de retenue et respecter la latitude de jugement conférée à la ville en matière de PDR, ne pouvait corriger le résultat de sa décision en fonction d'une autre conception, même si celle-ci n'était pas dénuée de pertinence, sauf à statuer en opportunité, ce que la loi lui interdisait de faire.

j. A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre ce jugement, dont elle a demandé l'annulation, concluant principalement à ce qu'il soit enjoint à la ville d'autoriser la tente fixée à la marquise, le store droit en joue latérale fixé à la marquise, le PDR sur le corps de la toile de tente et le PDR sur le store droit en joue latérale. Subsidiairement, elle a conclu au renvoi du dossier à la ville pour nouvelle décision.

Le TAPI avait retenu que le fait de pouvoir remonter les tentes ne changeait rien au fait qu'elles pouvaient se trouver à moins de 2.7 m au-dessus du trottoir. Cette affirmation était totalement dépourvue de motivation. Par ailleurs, la ville avait suggéré au sujet de la toile côté « F_____ » d'installer une barrière qui puisse « monter plus haut ». Le constat du respect du principe de la proportionnalité n'était pas non plus motivé. Le fait que les tentes ne seraient pas conformes aux prescriptions légales ne signifiait pas encore que leur démontage était compatible avec le principe de la proportionnalité. La première juge n'expliquait pas pourquoi l'engagement de A_____ à remonter le store pour respecter les longueurs prescrites, combiné avec une application intermittente de l'art. 27 RDUP, qui autorisait la baisse des stores en cas d'intempéries ou d'ensoleillement ne constituerait pas une mesure adéquate. Le TAPI n'avait pas non plus examiné l'exigence posée par l'OCEN, étant relevé que le droit cantonal primait le droit communal. Enfin, le jugement était arbitraire, car il la plaçait dans une situation qui lui rendait impossible de respecter la décision de l'OCEN et celle de la ville. Elle ignorait aussi le résultat de la concertation entre l'OCEN et le SMS. Enfin, la pratique invoquée par le SMS pour refuser l'impression des PDR sur la tente était contraire à l'art. 18 RPR.

k. Par arrêt du 21 mars 2023, la chambre administrative a admis partiellement ce recours et renvoyé la cause au TAPI afin qu'il statue à nouveau après avoir intégré dans son analyse les conditions posées par l'OCEN et s'être enquis auprès de celui-ci et du SMS si une concertation avait eu lieu entre ces deux services.

Le TAPI ne s'était effectivement pas prononcé sur la compatibilité des exigences posées par l'OCEN et l'avis du SMS en ce qui concernait les tentes, qui selon ce dernier ne devaient pas créer un « effet tunnel », alors que le premier avait subordonné l'utilisation d'un chauffage d'endroits ouverts à la condition que la surface chauffée soit munie de protections garantissant la conservation de l'énergie tels des parasols, stores bannes et parois amovibles. En l'absence de toute motivation à ce sujet, la chambre administrative n'était pas en mesure d'examiner la conformité au droit du jugement querellé. Elle ne pouvait pas non plus réparer le défaut de motivation sur ce point, les parties ne s'étant pas prononcées devant elle sur cette question, mais uniquement sur le défaut de motivation.

l. En exécution de cet arrêt, le TAPI a écrit au SMS en lui remettant l'autorisation de l'OCEN du 8 novembre 2021 et en lui demandant si le service s'était concerté avec l'OCEN avant de rendre son préavis du 31 août 2020 et, le cas échéant, à la lumière de cette autorisation, si le SMS persistait dans son préavis précité.

m. Dans son courrier du 20 juin 2023, le SMS a relevé que son préavis du 31 août 2020 avait été émis dans le cadre d'une procédure indépendante et distincte de celle suivie, en 2021, par l'OCEN en vertu de l'art. 22A de la loi sur l'énergie du 18 septembre 1986 (LEn - L 2 30) concernant le requête en autorisation de chauffage de terrasse du 27 octobre 2021. Aussi, le SMS ne s'était-il pas concerté avec l'OCEN avant de rendre son préavis. Par ailleurs, il confirmait que le point 11 dudit préavis était conforme aux exigences usuelles de son service en matière d'éléments construits en projection sur le domaine public. La fermeture latérale de la marquise par des stores baissés en permanence complétée de paravents posés au sol, créait un volume qui masquait complètement l'ensemble de la façade au rez-de-chaussée, comme en témoignaient les photographies prises le jour même, annexées au courrier.

n. Dans ses observations, A_____ a sollicité le renvoi de la cause à la ville, en application de l'art. 69 al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), assorti de l'injonction de statuer à nouveau après concertation entre les services et offices concernés.

Le courrier du SMS du 20 juin 2023 confirmait l'absence de concertation avec l'OCEN et, partant, la contradiction entre l'exigence de supprimer les stores et celle de les baisser pour préserver que l'énergie perdue. La dépose des tentes exigée par le SMS et la ville apparaissait disproportionnée en tant qu'elle l'empêchait de respecter la charge imposée par l'OCEN de conserver l'énergie des parasols chauffants. Dans son courrier, le SMS rajoutait de la confusion car il critiquait désormais également « les paravents posés au sol » qui étaient pourtant autorisés depuis des années. Il fixait également comme nouvelle exigence une « lecture complète » de la façade « du socle la corniche », ce qui était irréaliste, partant arbitraire. Enfin, il était faux de prétendre, comme le SMS le faisait, que les stores du C_____ seraient « baissés en permanence ».

La position du SMS était incompatible avec la réalité et la plaçait dans l'impossibilité de respecter les avis respectifs du SMS, de la ville et de l'OCEN qui réglaient chacun différemment la même situation. En vertu du principe d'une bonne administration, ces deux services devaient se concerter. Depuis le 22 février 2022, avec les problèmes d'approvisionnement en énergie fossiles survenus suite aux sanctions internationales frappant la Russie, le Conseil fédéral et les cantons avaient mis en route un programme d'économie d'énergies et le pouvoir du SMS de s'opposer à la mise en place de dispositifs propices à la production ou à l'économie d'énergie avait été amputé, l'OCEN ayant pris le dessus en ce domaine. L'intérêt de la ville, qui relevait de l'esthétique, devait céder le pas à l'intérêt public à favoriser les économies d'énergie. Le SMS avait semblé ouvert à une concertation lors d'une réunion entre les parties en janvier 2022 et à accepter des solutions pragmatiques, comme H_____ l'avait déclaré lors de son audition du 14 juin 2021.

o. Dans ses observations, la ville a indiqué qu'il convenait de constater qu'aucune « concertation » n'avait eu lieu entre l'OCEN et le SMS, ce qui n'avait rien de surprenant compte tenu du caractère indépendant des procédures en cause et que les exigences posées par ces deux entités n'étaient pas conciliables, les intérêts publics que ces deux entités devaient préserver étant eux-mêmes différents. Il fallait déduire de l'autorisation délivrée par l'OCEN que celle-ci était subordonnée à une décision positive de la ville en la matière, dès lors que l'installation de stores ou de parois amovibles, sujets à autorisation, était de son ressort. Or, du moment que la pose de tels éléments n'était pas autorisable, l'autorisation de l'OCEN ne saurait être mise en œuvre. Ainsi, il n'y avait pas lieu de procéder à une pesée des intérêts en jeu. Il ne faisait aucun doute que l'installation d'un chauffage pour une terrasse extérieure, relevant du pur confort et, de surcroît, n'ayant de sens que pendant une durée très restreinte de l'année, devrait céder le pas à la protection du patrimoine.

p. A_____ a répliqué en relevant que la décision querellée rendait illusoire l'application de la LEn, dont l'application relevait de la compétence exclusive du canton, et que la ville ne pouvait conférer aux règles communales un rôle prédominant en prétendant devoir veiller au respect des « charges » de la décision de l'OCEN. La ville devait se concerter avec le canton pour résoudre cette collision de normes et de décisions.

q. Par jugement du 16 novembre 2023, le TAPI a confirmé son premier jugement.

L'autorisation de l'OCEN indiquait expressément que la surface chauffée devait être munie de protections garantissant la conservation de l'énergie. Le SMS avait confirmé l'absence de concertation avec l'OCEN lorsqu'il avait rendu un préavis exigeant de supprimer les stores latéraux afin d'éviter un « effet tunnel ». En effet, l'autorisation de chauffage d'endroits ouverts de l'OCEN était subordonnée au fait qu'il existait des protections garantissant la conservation de l'énergie. La décision de l'OCEN était subordonnée à une décision positive de la ville en la matière, qui primait, dès lors que l'autorisation de l'installation de stores et parois amovibles était de sa compétence. Or, la pose de tels éléments n'était pas autorisable, de sorte

que l'autorisation de l'OCEN ne pouvait être mise en œuvre. A_____ ne pouvait pas installer des parasols chauffants sur sa terrasse durant la saison froide.

Les procédures d'autorisation de la ville et de l'OCEN étaient indépendantes et il n'existait ni contradiction, ni collision entre les deux décisions ou entre les normes de rang communal et cantonal.

- C. a.** Par acte du 28 décembre 2023, A_____ a recouru auprès de la chambre administrative contre de ce jugement, concluant à son annulation et subsidiairement au renvoi de la cause à la ville pour nouvelle décision. Préalablement, l'OCEN devait être consulté au sujet de la répartition des compétences et que les parties soient associées à la rédaction d'un questionnaire à lui soumettre.

Le jugement était arbitraire. L'autorisation de l'OCEN n'était pas soumise à celle de la ville, mais c'était l'inverse. L'application de la LEn relevait de la compétence exclusive du canton. La ville faisait partie des « milieux intéressés » et devait collaborer à l'application des objectifs de la LEn et du REn. L'intérêt de la ville, qui relevait de l'esthétique, devait donc céder le pas à l'intérêt public, qui consistait à favoriser les économies d'énergie. Le SMS et la ville auraient dû intégrer dans leurs réflexions les principes de la LEn et du REn qui les liaient, ce qui aurait permis d'anticiper et de résoudre le conflit entre les normes. En considérant que la décision de la ville primait celle de l'OCEN, le TAPI avait violé la LEn ainsi que le REn et le principe de primauté du droit cantonal sur le droit communal. Il avait également commis un déni de justice formel en ne répondant pas aux arguments qu'elle avait soulevés.

Le principe de proportionnalité avait également été violé. Le fait que le TAPI ne puisse revoir l'opportunité de la décision ne signifiait pas que l'autorité pouvait agir comme bon lui semblait. La dépose des tentes exigée par la décision litigieuse apparaissait disproportionnée en tant qu'elle l'empêchait de respecter la charge imposée par l'OCEN. Elle conduirait à l'annulation de la décision de l'OCEN, ce qui l'empêcherait d'utiliser sa terrasse et serait excessivement sévère.

Le TAPI n'avait pas pris en compte le caractère modulable du store, qui pouvait être déplié et remonté, ce qui permettait d'éviter un « effet tunnel ». Son engagement à remonter les stores pour respecter les longueurs prescrites par la loi, combiné avec une application de l'art. 27 RUDP qui autorisait la baisse des stores, notamment en cas d'intempérie ou d'ensevelissement, était une mesure apte à produire le résultat escompté, tout en étant moins incisive que la dépose. La ville avait elle-même suggéré, concernant la toile latérale, côté « F_____ », d'installer une barrière plus haute.

Enfin, le TAPI n'avait pas interpellé l'OCEN, sans expliquer cette renonciation, alors même que la chambre administrative lui en avait intimé l'ordre. Seule la position de la ville était connue. Partie à la présente procédure, celle-ci s'attachait à la défense de sa propre décision, de sorte que son argumentation n'était pas objective.

b. La ville a conclu au rejet du recours.

Le SMS était une instance de préavis qui ne disposait pas de compétence décisionnelle, de sorte qu'il n'avait pas à se concerter avec l'OCEN. Il n'existait pas de conflit entre les décisions de la ville et de l'OCEN. La situation n'était au demeurant pas exceptionnelle, puisque les prérogatives et les intérêts défendus par ces deux autorités, définies par des législations distinctes, étaient différentes.

Dans tous les cas, A_____ ne s'était pas vu imposer une obligation par l'OCEN, qui ne requérait pas d'elle l'installation de protections garantissant la conservation de l'énergie au sein de sa terrasse. Il ne s'agissait en effet pas d'une exigence, mais d'une charge conditionnant la mise en œuvre de son autorisation qui avait pour objet un système de chauffage de confort et n'avait dès lors pas pour but de favoriser les économies d'énergie. L'installation et l'usage de ces protections devaient être autorisés et relevaient de la compétence de la ville. L'OCEN aurait pu ou dû réserver cette permission à la ville.

Ainsi, même si elle ne le précisait pas, la décision de l'OCEN était subordonnée à des décisions positives de la ville, dès lors que, sur le domaine public, l'autorisation d'installer des stores, toiles ou autres parois amovibles et d'aménager une terrasse était de son ressort.

c. Dans sa réplique, A_____ a relevé que le SMS ne s'était pas prononcé sur l'incompatibilité des exigences des deux services, de sorte qu'il n'existait aucun avis ni de l'OCEN, ni du SMS sur cette question, ce qui était contraire à l'arrêt de renvoi de la chambre administrative.

d. Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

- 1.** Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (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.** La recourante sollicite la consultation de l'OCEN au sujet de la répartition des compétences et les concertations entre le canton, la ville et le SMS dans la prise et application des décisions en la présente matière et à ce que les parties puissent lui soumettre un questionnaire en ce sens.

2.1 Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) comprend notamment le droit d'avoir de produire des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 145 I 73 consid. 7.2.2.1 ; 142 III 48 consid. 4.1.1 ; 140 I 285 consid. 6.3.1). L'autorité peut toutefois renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction

et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 145 I 167 consid. 4.1 ; 140 I 285 consid. 6.3.1).

2.2 En l'espèce, la chambre administrative avait renvoyé la cause au TAPI afin qu'il statue à nouveau après avoir intégré dans son analyse les conditions posées par l'OCEN et s'être enquis auprès de celui-ci et du SMS si une concertation avait eu lieu entre ces deux services.

Le TAPI a interpellé le SMS qui lui a indiqué qu'aucune concertation n'était intervenue. Il n'y avait dès lors pas lieu pour le TAPI d'interpeller également l'OCEN afin qu'il lui confirme ce point, seule exigence posée par la chambre administrative dans son renvoi. En effet, il appartenait ensuite au TAPI d'intégrer dans son analyse les conditions posées par l'OCEN, ce qu'il a fait.

Il ne sera dès lors pas donné suite à la demande d'actes d'instruction de la recourante. En effet, une telle démarche ne serait pas de nature à apporter des éléments nouveaux utiles à la résolution du présent litige. L'OCEN n'est pas l'autorité compétente pour se prononcer sur l'impact esthétique sur les bâtiments, de sorte que son avis en la matière n'est pas pertinent. De plus, la question de la compétence des services est une question juridique, qu'il appartient à la chambre administrative de trancher.

Le dossier contenant suffisamment d'éléments pour que la chambre de céans puisse statuer en connaissance de cause, il n'y a pas lieu de procéder aux actes d'instruction requis.

- 3.** L'objet du litige porte sur la conformité avec le droit de la décision ordonnant la dépose de plusieurs éléments. La recourante reproche à l'intimée d'avoir retenu, en contradiction avec la décision de l'OCEN, que les installations décrites dans sa décision litigieuse ne pouvaient être maintenus.

3.1 L'établissement de constructions ou d'installations permanentes ou non permanentes sur le domaine public, son utilisation à des fins industrielles ou commerciales ou toute autre occupation de celui-ci excédant l'usage commun sont subordonnés à une permission (art. 13 al. 1 LDPu).

De même, l'art. 56 al. 1 LRoutes prévoit que toute utilisation des voies publiques qui excède l'usage commun doit faire l'objet d'une permission ou d'une concession préalable, conformément à la LRoutes et aux dispositions de la LDPu (art. 1 al. 1 RUDP). Est notamment visé par cette disposition tout empiètement, occupation, travail, installation, dépôt ou saillie sur ou sous la voie publique, dont les modalités sont fixées par le règlement d'application (art. 56 al. 2 LDPu).

3.2 Selon l'art. 10 RUDP, toutes les saillies sur domaine public sont comptées à partir de la limite de propriété. Le mur de l'immeuble, sis à front de la voie publique, est présumé limite de propriété (al. 1). Les art. 21 et 26 à 29 RUDP réglementent la construction et les dimensions des marquises et tentes mobiles.

Selon l'art. 21 al. 1 RUDP, les éléments des marquises ainsi que tous objets qui y sont rattachés doivent se trouver au minimum à 2,70m au-dessus du sol. À teneur de l'art. 26 RUDP, les tentes ne doivent pas être placées à moins de 1,80 m de l'axe des voies de tram et de 0,50 m en retrait de l'extrémité du trottoir (al 1). En cas de diminution de la largeur du trottoir, les tentes existantes doivent être adaptées aux nouvelles dimensions dans les meilleurs délais, aux frais du propriétaire (al. 2).

L'art. 27 RUDP prescrit que le bord inférieur des joues et lambrequins ajoutés aux tentes doit se trouver, au minimum, à 2,25 m au-dessus du trottoir. Les joues peuvent exceptionnellement joindre le trottoir dans les endroits et pendant les heures de la journée où le soleil les rend nécessaires pour autant qu'il subsiste un passage suffisant pour les piétons. Enfin, selon l'art. 28 RUDP, il ne peut être établi aucune boîte à engrenage ou autres appareils destinés à mouvoir les tentes, ayant plus de 0,14 m de saillie.

3.3 L'autorité compétente peut assortir de conditions et même refuser les permissions d'occupation de la voie publique ou d'exécution de travaux qui peuvent être une cause de gêne ou de danger pour la circulation publique (notamment rues étroites), ainsi que pour tout autre motif d'intérêt général. Il en est de même pour tout objet ou installation sur la voie publique qui, par sa couleur, ses dimensions, son éclairage, sa forme ou le genre de sujets représentés, peut nuire au bon aspect d'une localité, d'un quartier, d'une voie publique, d'un site ou d'un point de vue (art. 57 al. 3 LDPu).

Lors de l'octroi de la permission, l'autorité compétente tient compte des intérêts légitimes du requérant, de ceux des autres usagers du domaine public et des voisins, de ceux découlant des concessions ou droits d'usage exclusifs concédés par les autorités compétentes, ainsi que du besoin d'animation de la zone concernée (art. 1 al. 3 RUDP).

3.4 Selon l'art. 1 al. 4 RUDP, l'OPS doit, dans les limites de ses compétences, être consulté préalablement pour les immeubles situés dans les périmètres des plans de sites, au sens des art. 7, 10 et 38 LPMNS. Toute permission doit faire l'objet d'une requête adressée à l'administration compétente (art. 3 al. 1 RUDP). Les travaux ou poses d'objets ne peuvent en aucun cas être effectués sans l'octroi de cette permission (art. 3 al. 2 RUDP).

3.5 Selon son art. 1, le RTEP est applicable à toutes les terrasses situées sur le domaine public communal de la ville de Genève. Son art. 20 al. 2 proscrit formellement de cloisonner intégralement la zone terrasse.

3.6 À Genève, l'installation de PDR, soit tous les moyens graphiques, plastiques, éclairés, lumineux, sonores, olfactifs ou autres, perceptibles depuis le domaine public, dans un but direct ou indirect de publicité, de promotion d'activités culturelles ou sportives, de prévention ou d'éducation (art. 2 LPR), est soumise à un régime d'autorisation, dont les conditions sont définies par la LPR, dans le but d'assurer la sécurité routière, la protection des sites et l'esthétique des lieux, ainsi

que l'ordre public (art. 1 LPR ; ATA/382/2018 du 24 avril 2018 consid. 3a ; ATA/386/2016 du 3 mai 2016 consid. 4 et la référence).

Sont notamment réputés PDR les affiches, annonces et panneaux peints, les enseignes et les banderoles, ainsi que tous les moyens graphiques, plastiques, éclairés ou lumineux qui figurent ou sont apposés sur du textile ou toute autre matière souple, tels tentes, bandeaux, drapeaux, fanions et oriflammes (art. 1 al. 1 let. a, b, et c et al. 2 let. a RPR).

3.7 La LPR vise à instaurer une législation uniforme applicable à tous les PDR, qu'ils soient situés sur fonds public ou privé, et à octroyer aux communes la compétence de délivrer les autorisations, quel que soit le lieu de situation de ceux-là (ATA/382/2018 du 24 avril 2018 consid. 3a ; ATA/386/2016 du 3 mai 2016 consid. 4 et la référence).

L'apposition, l'installation ou la modification d'un PDR est ainsi soumise à l'octroi préalable d'une autorisation, délivrée par la commune du lieu de situation du procédé de réclame (art. 4 et 5 LPR). L'autorité compétente peut assortir l'autorisation de conditions et de charges (art. 11 LPR).

Sont interdits tous les PDR qui, par leur emplacement, leur dimension, leur forme, leur couleur, leur éclairage, leur luminosité ou leur diffusion, nuisent à l'esthétique ou à la tranquillité d'un site, d'un point de vue, d'un bâtiment, d'un quartier, d'une voie publique, d'une localité, d'un lac, d'un élément de végétation ou d'un cours d'eau, ou qui peuvent porter atteinte à la sécurité routière ou à l'ordre public (art. 8 al. 1 LPR). L'autorité compétente tient compte, dans sa décision, des différents intérêts en présence (art. 8 al. 3 LPR).

Le PDR sur une tente doit être imprimé sur la tente elle-même ou sur ses accessoires (art. 18 du règlement d'application de la loi sur les procédés de réclame [RPR – F 3 20.01]).

Conformément à l'art. 10 al. 1 RPR, le procédé perpendiculaire est un procédé de réclame visible de plus d'un côté et fixé à la façade d'un bâtiment ou à un mur. Il doit se situer à 2,70 m au minimum au-dessus du sol (al. 6).

3.8 À teneur de l'art. 7 al. 1 let. b LPR, l'OPS doit être consulté préalablement pour les PDR apposés sur ou à proximité des immeubles situés dans les zones protégées et à protéger mentionnées aux art. 28 et 29 de la loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 4 juin 1987 (LaLAT - L 1 30), au nombre desquelles figurent, selon l'art. 29 al. 1 let. c LaLAT, la zone de la Vieille-Ville et du secteur sud des anciennes fortifications, selon les dispositions des art. 83 à 88 LCI (cf. aussi art. 1 al. 4 let. b RUDP).

3.9 De jurisprudence constante, les communes genevoises jouissent, en vertu du droit cantonal, d'une importante liberté d'appréciation dans la gestion de leur domaine public et, plus particulièrement, dans l'octroi ou le refus d'une permission d'utiliser le domaine public communal excédant l'usage commun (arrêts du Tribunal

fédéral 2C_118/2008 du 21 novembre 2008 consid. 4.3 ; 2P.69/2006 du 5 juillet 2006 consid. 2.2 ; ATA/382/2018 du 24 avril 2018 consid. 3c).

Les juridictions de recours observent dès lors une certaine retenue pour éviter de substituer leur propre appréciation à celle des instances de préavis spécialisées, pour autant que l'autorité inférieure suive l'avis de ces dernières. Elle se limite à examiner si l'autorité ne s'est pas écartée sans motif prépondérant et dûment établi du préavis de ces instances, composées de spécialistes capables d'émettre un jugement dépourvu de subjectivisme et de considérations étrangères aux buts de protection fixés par la loi (ATA/843/2019 du 30 avril 2019 consid. 8 et les arrêts cités ; ATA/1274/2017 du 12 septembre 2017 consid. 5).

Lorsque la consultation d'une instance de préavis est imposée par la loi, son préavis a un poids certain dans l'appréciation qu'est amenée à effectuer l'autorité de recours et il convient de ne pas le minimiser (ATA/1633/2019 du 5 novembre 2019 consid. 6b ; ATA/1275/2018 du 27 novembre 2018 consid. 11).

3.10 Le SMS a élaboré, en collaboration avec l'OPS, cinq fiches de bonnes pratiques, dont l'une concerne les procédés de réclame, mettant en lumière les procédés couramment appliqués sur les projets qui leur sont soumis. Ces guides ont été réalisés pour sensibiliser et faciliter la compréhension du public, particulièrement les propriétaires et leurs mandataires, aux enjeux liés au patrimoine (<https://www.ge.ch/renover-restaurer-conserver-batiment-protege/fiches-bonnes-pratiques-matiere-protection-du-patrimoine>).

La fiche traitant des PDR (« fiche de bonnes pratiques sur les bâtiments protégés ou situés dans des zones protégées ») date du 26 novembre 2018 et a été publiée le 13 septembre 2019 (<https://www.ge.ch/document/fiche-bonnes-pratiques-procedes-reclame>).

3.11 S'agissant des toiles de tentes, la fiche envisage ce qui suit.

La plupart des commerces ont des toiles de tente, généralement posées à la hauteur de la base de l'imposte vitrée de la vitrine, voire à la base de l'emplacement prévu pour les procédés de réclame dans le bandeau surmontant la vitrine. Posées plus haut, elles risquent de gêner la lecture de l'architecture. Dans le cas où les tentes reçoivent des inscriptions, celles-ci seront de taille relativement petite et seulement portées sur les lambrequins (bordures à festons), sans envahir toute la toile (p. 7).

L'OPS recommande d'adapter la longueur de la tente à celle de la vitrine et l'application de tentes par travée en évitant des tentes qui courent sur plusieurs vitrines et dérobent l'architecture à la vue. Le RDR définit la dimension de la projection des toiles de tentes (leur empiètement sur l'espace public). Les tentes ne doivent pas déborder des embrasures des vitrines ni s'ancrer dans les parties sculptées de l'architecture. L'OPS privilégie pour les tentes une gamme de tons sobres, ainsi que la forme de tentes à projection droite. Il n'est pas favorable aux tentes en corbeille ni aux tentes perpendiculaires aux marquises, exception faite,

par exemple, quand ces dernières protègent du soleil des denrées périssables, s'agissant par exemple des boucheries ou des chocolateries (p. 13).

3.12 Les directives, que l'administration peut adopter afin d'assurer l'application uniforme de certaines dispositions légales en explicitant l'interprétation qu'elle leur donne, sont des ordonnances administratives dont les destinataires sont ceux qui sont chargés de l'exécution d'une tâche publique et non pas les administrés. Elles ne sont pas publiées dans le recueil officiel de la collectivité publique et ne peuvent donc pas avoir pour objet la situation juridique de tiers. Elles n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux, ni même l'administration. Elles ne dispensent pas cette dernière de se prononcer à la lumière des circonstances du cas d'espèce. Elles ne lient pas le juge, mais celui-ci les prendra en considération, surtout si elles concernent des questions d'ordre technique ; il s'en écartera cependant s'il considère que l'interprétation qu'elles donnent n'est pas conforme à la loi ou à des principes généraux. Par ailleurs, une directive ne peut pas sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elle est censée concrétiser. En d'autres termes, à défaut de lacune, elle ne peut prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 141 II 338 consid. 6.1 ; 140 V 343 consid. 5.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_522/2012 du 28 décembre 2012 consid. 2.3 ; ATA/41/2019 du 15 janvier 2019).

3.13 Une décision est arbitraire (art. 9 Cst., lorsqu'elle contredit clairement la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté ou qu'elle heurte d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une solution autre que celle de l'autorité semble concevable, voire préférable. Pour qu'une décision soit annulée, il ne suffit pas que sa motivation soit insoutenable ; il faut encore que cette décision apparaisse arbitraire dans son résultat ; la notion d'arbitraire ne se confond donc pas avec ce qui apparaît discutable ou même critiquable (ATF 145 IV 154 consid. 1.1 ; 143 IV 500 consid. 1.1). Le pouvoir d'examen de la chambre administrative n'étant pas limité à l'arbitraire, ce grief se confond avec celui de la mauvaise application de la loi.

3.14 Une décision viole le principe de l'égalité de traitement consacré à l'art. 8 al. 1 Cst. lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou qu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances. L'inégalité de traitement apparaît ainsi comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante (ATF 144 I 113 consid. 5.1.1 ; 143 I 361 consid. 5.1 ; 142 V 316 consid. 6.1.1).

3.15 Le principe de la légalité de l'activité étatique (cf. art. 5 al. 1 Cst.) prévaut en principe sur celui de l'égalité de traitement (ATF 134 IV 44 consid. 2c ; 126 V 390 consid. 6a). En conséquence, le justiciable ne peut généralement pas se prétendre

victime d'une inégalité de traitement, lorsque la loi est correctement appliquée à son cas, alors qu'elle l'aurait été faussement, voire pas appliquée du tout dans d'autres cas semblables. Cela présuppose cependant, de la part de l'autorité dont la décision est attaquée, la volonté d'appliquer correctement à l'avenir les dispositions légales en question ; le citoyen ne peut prétendre à l'égalité dans l'illégalité que s'il y a lieu de prévoir que l'administration persévérera dans l'inobservation de la loi (ATF 127 II 113 consid. 9 ; 127 I 1 consid. 3). La jurisprudence a également précisé qu'il était nécessaire que l'autorité n'ait pas respecté la loi, non pas dans un cas isolé, ni même dans plusieurs cas, mais selon une pratique constante (ATF 132 II 485 consid. 8.6). C'est seulement lorsque toutes ces conditions sont remplies que le citoyen est en droit de prétendre, à titre exceptionnel, au bénéfice de l'égalité dans l'illégalité (arrêts du Tribunal fédéral 2C_949/2019 du 11 mai 2020 consid. 6.3 ; 6B_921/2019 du 19 septembre 2019 consid. 1.1).

3.16 Le principe de la proportionnalité, garanti par l'art. 5 al. 2 Cst., se compose des règles d'aptitude – qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé – de nécessité – qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, l'on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés – et de proportionnalité au sens étroit – qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 125 I 474 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1P. 269/2001 du 7 juin 2001 consid. 2c).

4. En l'espèce, il n'est pas contesté qu'une tente portant le logo « C_____ » imprimé sur toile ainsi qu'un store droit en joue latérale ont été fixés à la marquise existante, sans autorisation préalable.

Ces éléments constituent des procédés de réclame (art. 2 LPR), perceptibles depuis le domaine public (art. 3 al. 1 LPR), soumis à autorisation (art. 4 LPR) relevant de la compétence de la ville (art. 5 al. 1 LPR) qui est préalablement et obligatoirement tenue de consulter l'OPS (art. 7 al. 1 let. b LPR).

Comme l'a constaté à juste titre le TAPI, la marquise se trouve à 3.21 m du sol, de sorte que l'espace disponible pour y fixer une tente est de 51 cm (art. 21 al. 1 RUDP et art. 19 al. 2 RPR). Ainsi, tant la nouvelle tente que le store en joue latérale, qui se déploient tous deux jusqu'au niveau supérieur de la barrière transparente de la terrasse, dépassent largement la limite légale autorisée. Par ailleurs, une fois ces tentes/stores déployées au maximum, soit jusqu'aux barrières vitrées de la terrasse, il en résulte une gêne de visibilité (31 al. 2 RDPU) pouvant provoquer un « effet tunnel » selon le préavis du SMS et les photographies du constat effectué le 3 juillet 2020. Le fait que ces tentes peuvent être remontées n'y change rien, dans la mesure où l'utilisation qui peut en être faite contrevient aux dispositions légales précitées et qu'il serait impossible pour l'intimée de vérifier régulièrement qu'aucun abus n'ait lieu et que les tentes restent toujours relevées. Leur abaissement en cas d'intempérie ou d'ensoleillement n'est pas envisageable, puisque dans ce cas, il constituerait un « effet tunnel » qui n'est pas toléré par l'intimée.

De plus, cette dernière avait averti la recourante dans son courrier du 18 septembre 2020 que si les barrières transparentes avaient été admises, cela ne devait pas occasionner de cloisonnement ou privatiser l'espace que ce soit à l'aide de bacs à plantes ou de stores. Dès lors, ces nouveaux empiètements installés au-dessus des barrières font de la terrasse un espace cloisonné et privatif contraire à l'art. 20 al. 2 RTEP.

Les tentes précédentes étaient très distinctes de celles litigieuses car, selon les photographies, elles étaient à projection droite et non perpendiculaire. Les premières peuvent par exemple faire l'objet d'inscriptions s'il s'agit de bandeaux de tentes alors qu'il est prohibé d'en inscrire sur les secondes. En effet, l'intimée traite ces deux types de tentes de façon différente et se montre restrictive envers les tentes perpendiculaires, qui peuvent cependant faire l'objet d'exception et être plus grandes que ce que prévoit la loi, notamment quand ces dernières protègent du soleil des denrées périssables, s'agissant par exemple des boucheries ou des chocolateries, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Il ressort de ce qui précède que les empiètements litigieux ne sont en l'état pas conformes aux dispositions légales applicables et que l'autorité intimée était pour ce motif fondée à ordonner leur dépose. D'un point de vue pratique, la dépose des tentes litigieuses entraînant celles des PDR (logos « C_____ »), c'est à juste titre que le TAPI ne s'est pas prononcé sur la légalité de ces derniers.

Le SMS, autorité compétente pour se prononcer en la matière et qui est composée de spécialistes, a rendu un préavis défavorable, selon lequel les inscriptions sur la toile n'étaient pas autorisées et que la toile de tente mobile sur la marquise devait être supprimée afin d'éviter un « effet tunnel ». La chambre administrative doit observer une certaine retenue et ne peut substituer son propre avis sans justes motifs aux instances de préavis spécialisées.

Rien ne permet de retenir que l'autorité intimée aurait fait un usage excessif ou abusif de son pouvoir d'appréciation en forgeant sa décision sur la base de ce préavis, étant rappelé que lorsque le législateur a voulu conférer à l'autorité de décision un certain pouvoir d'appréciation dans l'application de normes, le juge qui, outrepassant son pouvoir d'examen, corrige l'interprétation ou l'application pourtant défendable de ces normes à laquelle ladite autorité a procédé, viole lui-même le principe de l'interdiction de l'arbitraire (ATF 140 I 201 consid. 6.1 et les références citées).

La recourante oppose sa propre appréciation de la situation à celle de l'autorité intimée, sans toutefois indiquer pour quelle raison la décision litigieuse contreviendrait aux dispositions légales précitées. Elle n'explique également pas en quoi les recommandations émises par l'OPS et le SMS sortiraient du cadre posé par la législation. Le fait que la ville ait procédé à une appréciation différente de la sienne ne permet pas de retenir qu'elle se serait fondée sur des critères et considérations dénuées de pertinence et étrangers au but visé par les dispositions précitées ou qu'elle violerait l'un ou l'autre des principes généraux du droit

administratif. En particulier, la décision entreprise ne repose en aucune mesure sur des motifs arbitraires, au sens où la jurisprudence l'entend, étant rappelé qu'il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une autre solution que celle qui a été retenue serait concevable, voire préférable.

Dans ces conditions, la chambre administrative, qui doit faire preuve de retenue et respecter la latitude de jugement conférée à la ville en matière de PDR, ne saurait corriger le résultat de sa décision en fonction d'une autre conception, même si celle-ci n'est pas dénuée de pertinence, sauf à statuer en opportunité, ce que la loi lui interdit de faire (art. 61 al. 2 LPA).

Le TAPI a également estimé, à juste titre, qu'aucun élément ne permettait de retenir que la décision de l'intimée violait le principe d'égalité de traitement consacré à l'art. 8 al. 1 Cst. En effet, le fait que d'autres établissements aient par le passé bénéficié d'une mauvaise ou d'une non-application de la loi ne confère pas un droit à ce qu'il en soit de même pour la recourante.

La décision est également proportionnée. En effet, la recourante a installé les tentes litigieuses, qui ne sont pas conformes aux dispositions applicables, notamment l'art. 21 al.1 RUDP, et ce sans demander l'autorisation préalable du service compétent. Il sera encore relevé que le TAPI avait suspendu la procédure afin que le SMS puisse éventuellement revoir sa position. Dans ce cadre, ce dernier a fait des propositions à la recourante tout en lui demandant de déposer un projet modifié, ce que la recourante n'a toutefois pas fait. Par ailleurs, la dépose des tentes en question semble facile à effectuer et ne paraît pas propre à entraîner des surcoûts disproportionnés, alors qu'il existe un intérêt public certain au rétablissement d'une situation conforme au droit, qui l'emporte sur l'intérêt privé de la recourante, étant relevé que la poursuite de ses activités commerciales n'est nullement mise en danger par la décision querellée.

Enfin, le fait que les décisions de la ville et de l'OCEN soient contradictoires aux dires de la recourante ne serait pas de nature à changer ce qui précède. Dans un premier temps, il est constaté que l'intéressée ne soutient pas qu'aucune autre installation, telle que des parasols, stores, bannes et parois amovibles – conformes à la loi – ne permettrait de garantir la conservation de l'énergie sur sa terrasse. Ces installations étaient préconisées par l'OCEN dans sa décision et pouvaient donc alternativement suffire pour permettre le chauffage de la terrasse, sans qu'il ne soit nécessaire de maintenir des tentes qui n'étaient pas conformes à la loi. De plus, la recourante n'avait pas d'obligation de se conformer à la décision de l'OCEN, lequel lui octroyait une possibilité de chauffer sa terrasse, qui était soumise à condition, soit l'installation de protections garantissant la conservation de l'énergie au sein de celle-ci. Ce n'est que dans la mesure où de telles installations étaient mises en place – ce qui implique qu'elles doivent être légales et autorisées – que le système de chauffage de terrasse pourrait être utilisé. Prétendre le contraire reviendrait à priver la ville de vérifier la légalité des empiètements et PDR dès que l'OCEN ou un autre

service de l'État rendrait une décision qui ne serait pas parfaitement conforme à son point de vue. Un tel résultat serait contraire au but de la loi et donc inadmissible.

Ainsi, dans la mesure où l'OCEN et le SMS ne se sont pas concertés avant de rendre leurs décisions respectives et qu'une telle obligation n'est pas prévue par la loi, c'est à juste titre que l'intimée s'est basée sur le préavis du SMS pour rendre sa décision. En effet, ce dernier est le plus à même de se prononcer sur l'impact esthétique. Tant la compétence de l'OCEN que du SMS, qui sont totalement distincts et ne poursuivent pas le même but, relèvent de dispositions cantonales, de sorte que l'argument selon lequel la décision de l'OCEN devrait primer tombe à faux.

Il sera enfin souligné, comme l'a indiqué à juste titre l'intimée, que la mise en œuvre de l'autorisation de l'OCEN poursuit un but de chauffage de confort supplémentaire à ce qui existe déjà et ne peut dès lors tendre à favoriser les économies d'énergies.

Ce grief sera donc écarté, et le recours, mal fondé, sera rejeté.

5. Vu l'issue du litige, un émoulement 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 28 décembre 2023 par A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 16 novembre 2023 ;

au fond :

le rejette ;

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

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

dit que conformément aux art. 82 ss LTF, 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 ;

communiquera le présent arrêt à Me Thomas BÜCHLI, avocat de la recourante, à la ville de Genève ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeant : Jean-Marc VERNIORY, président, Florence KRAUSKOPF, Francine
PAYOT ZEN-RUFFINEN, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

M. RODRIGUEZ ELLWANGER

le président siégeant :

J.-M. VERNIORY

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :