

## **BGer 2C\_244/2021 vom 8. Juli 2021**

Bundesgericht, 2021-07-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_244\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_244_2021)

FR: TF 2C\_244/2021 du 8 juillet 2021

IT: TF 2C\_244/2021 del 8 luglio 2021

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Le présent litige concerne l'octroi d'une autorisation d'exploiter une terrasse devant une discothèque fondé en particulier sur la loi genevoise du 19 mars 2015 sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement (LRDBHD/GE; RS/GE I 2 22) qui relève du droit public au sens de l' art. 82 let. a LTF . Le recours est dirigé contre une décision finale ( art. 90 LTF ), rendue en dernière instance cantonale par un tribunal supérieur ( art. 86 al. 1 let . d et al. 2 LTF) dans une cause ne tombant pas sous le coup de l'une des exceptions prévues à l' art. 83 LTF . La voie du recours en matière de droit public est partant ouverte. Au surplus, le recours a été déposé en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) et dans les formes requises ( art. 42 LTF ) par les destinataires de l'arrêt attaqué qui ont qualité pour recourir au sens de l' art. 89 al. 1 LTF . Il est par conséquent recevable.

#### **E. 2.1**

Si, en raison de la situation économique liée à la maladie à coronavirus 19, l'autorité cantonale compétente a autorisé les dancings et discothèques genevois à être exploités provisoirement selon les modalités prescrites pour les cafés-restaurants et bars et ainsi à bénéficier d'une terrasse, il convient d'emblée de mentionner que la présente procédure n'a pas trait à cette situation exceptionnelle. C'est exclusivement une autorisation d'exploiter une terrasse sur le domaine public, saisonnière ou permanente au sens de l' art. 3 let . r LRDBHD/GE, dont il est question.

#### **E. 2.2**

Sauf dans les cas cités expressément à l' art. 95 LTF , le recours devant le Tribunal fédéral ne peut pas être formé pour violation du droit cantonal (ou communal) en tant que tel. En revanche, il est possible de faire valoir que la mauvaise application du droit cantonal ou communal constitue une violation du droit fédéral, en particulier qu'elle est arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. ou contraire à d'autres droits constitutionnels. Le Tribunal fédéral n'examine toutefois le moyen tiré de la violation d'une norme de rang constitutionnel que si le grief a été invoqué et motivé de manière précise ( art. 106 al. 2 LTF ).

En l'espèce, le litige porte sur le bien-fondé d'un refus d'octroi d'autorisation tendant à exploiter une terrasse sur le domaine public situé devant une discothèque, en application de la LRDBHD/GE et de son règlement d'exécution (en l'occurrence le règlement genevois du 28 octobre 2015 d'exécution de la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement [RRDBHD/GE; RS/GE I 2 22.01]), deux actes législatifs cantonaux. Partant, la cognition du Tribunal fédéral est limitée aux griefs des recourantes qui répondent aux exigences de l' art. 106 al. 2 LTF (cf. arrêt 2C\_222/2016 du 29 septembre 2016 consid. 2.1, non publié in ATF 142 I 172 ).

### **E. 2.3**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ), sous réserve des cas prévus à l' art. 105 al. 2 LTF ( ATF 142 I 155 consid. 4.4.3). Le recourant ne peut critiquer les constatations de fait ressortant de la décision attaquée que si celles-ci ont été effectuées en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ou de manière manifestement inexacte, c'est-à-dire arbitraire, et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ; ATF 142 II 355 consid. 6).

Conformément à l' art. 106 al. 2 LTF , le recourant doit expliquer de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées. A défaut, il n'est pas possible de tenir compte d'un état de fait qui diverge de celui qui est contenu dans l'acte attaqué ( ATF 145 V 188 consid. 2). Par ailleurs, aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut en principe être présenté devant le Tribunal fédéral ( art. 99 al. 1 LTF ).

### **E. 3**

Citant l' art. 27 Cst. , les recourantes invoquent une restriction disproportionnée de leur liberté économique, estimant de plus que le refus d'octroi de l'autorisation demandée a été prononcé sans base légale suffisante et sans qu'il n'existe un intérêt public prépondérant.

#### **E. 3.1**

Invocable tant par les personnes physiques que morales, la liberté économique ( art. 27 Cst. ) protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu ( ATF 140 I 218 consid. 6.3 et les références).

La liberté économique comprend également le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique. Selon ce principe, déduit des art. 27 et 94 Cst. , sont prohibées les mesures étatiques qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence entre les personnes exerçant la même activité économique ( ATF 143 II 598 consid. 5.1; 143 I 37 consid. 8.2). On entend par concurrents directs les membres de la même branche économique qui s'adressent avec les mêmes offres au même public pour satisfaire les mêmes besoins. L'égalité de traitement entre concurrents directs n'est pas absolue et autorise des différences, à condition que celles-ci reposent sur une base légale, qu'elles répondent à des critères objectifs, soient proportionnées et résultent du système lui-même; il est seulement exigé que les inégalités ainsi instaurées soient réduites au minimum nécessaire pour atteindre le but d'intérêt public poursuivi (arrêt 2C\_1149/2018 du 10 mars 2020 consid. 5.2 et les références).

En vertu de l' art. 94 al. 1 Cst. , la Confédération et les cantons respectent le principe de la liberté économique. De manière générale, l'Etat reconnaît que l'économie relève principalement de la société civile et qu'il doit lui-même respecter les éléments essentiels du mécanisme de la concurrence ( ATF 143 I 103 consid. 5.2; 140 I 218 consid. 6.2). L' art. 94 al. 4 Cst. prévoit que les dérogations au principe de la liberté économique, en particulier les mesures menaçant la concurrence, ne sont admises que si elles sont prévues par la Constitution fédérale ou fondées sur les droits régaliens des cantons ( ATF 143 I 388 consid. 2.1).

#### **E. 3.2**

Selon la jurisprudence, celui qui, pour l'exercice d'une activité économique, doit faire usage du domaine public peut invoquer la liberté économique garantie par l' art. 27 Cst. Il a dans cette mesure, un "droit conditionnel" à l'octroi d'une autorisation pour un usage commun

accru du domaine public ( ATF 121 I 279 consid. 2a; arrêt 2C\_819/2014 du 3 avril 2015 consid. 5.2 et les références). Le refus d'une telle autorisation peut constituer une atteinte à la liberté économique ( ATF 119 Ia 445 consid. 2a) et il est soumis à conditions. Il doit ainsi être justifié par un intérêt public prépondérant (des motifs de police n'entrent assurément pas seuls en considération), reposer sur des motifs objectifs et respecter le principe de la proportionnalité. La pratique administrative en matière d'autorisation ne doit pas vider de leur substance les droits fondamentaux, en particulier le droit à l'égalité ( art. 8 Cst. ), ni de manière générale ni au détriment de certains citoyens ( ATF 121 I 279 consid. 2a; arrêts 2C\_106/2015 du 26 juin 2015 consid. 4.5; 2C\_819/2014 du 3 avril 2015 consid. 5.2).

Ainsi, en tant qu'elle refuse aux recourantes d'exploiter une terrasse sur le domaine public situé devant leur discothèque, la mesure litigieuse porte atteinte à la liberté économique de celles-ci, garantie par l' art. 27 Cst. (arrêt 2C\_819/2014 du 3 avril 2015 consid. 5.3). Il convient donc d'examiner si la restriction en cause remplit les conditions précitées, étant par ailleurs mentionné que le Tribunal fédéral s'impose une certaine retenue lorsqu'il s'agit de tenir compte de circonstances locales ou de trancher de pures questions d'appréciation ( ATF 132 II 408 consid. 4.3 et les références; arrêt 2C\_106/2015 du 26 juin 2015 consid. 4.1).

### **E. 3.3.1**

En l'espèce, la Cour de justice a jugé que la base légale permettant à l'autorité administrative d'interdire à la discothèque des recourantes d'exploiter une terrasse sur le domaine public était l'art. 11 al. 2 RRDBHD/GE. Selon cette disposition, dont le titre est "Dancings", cette catégorie d'établissements dispose d'un espace et d'installations destinées à cette activité (piste de danse, podium, etc.). L'exploitation a lieu dans des locaux fermés; ceux-ci doivent être équipés d'un limiteur-enregistreur de sons. Pour l'autorité précédente, le texte clair de cette disposition, qui fait référence à des locaux fermés, "s'oppose à l'exploitation d'une terrasse extérieure, y compris pendant des horaires restreints, dès lors qu'il n'opère pas de distinction entre les différentes activités relevant de l'exploitation d'un dancing (danse et musique ainsi que débit de boissons et petite restauration) "

Les recourantes estiment pour leur part que le règlement appliqué par la Cour de justice est un règlement d'exécution et que l'interdiction d'exploiter une terrasse pour un établissement de type dancing n'apparaît pas à la lecture de la loi au sens formel. Selon elles, l'art. 15 al. 1 LRDBHD/GE, qui porte sur l'exploitation des terrasses, renvoie à l'art. 6 al. 1 let. b LRDBHD/GE, qui inclut expressément les dancings. L'art. 15 al. 1 LRDBHD/GE dispose en effet que les communes fixent 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. L'horaire d'exploitation doit respecter les limites prévues par l'autorisation relative à l'entreprise, sans toutefois dépasser l'horaire maximal prévu par les art. 6 ou 7 al. 1 et 2 LRDBHD/GE, l'art. 6 al. 1 let. b LRDBHD/GE disposant que les dancings et cabarets-dancings peuvent être ouverts tous les jours de 15 h à 8 h. Les recourantes ajoutent par surabondance que ce sont les communes qui peuvent adopter des restrictions en matière d'autorisation et d'exploitation de terrasses et que la commune de Genève n'a prévu aucune limitation pour les dancings et discothèques. Finalement, les recourantes ajoutent encore que le texte de l'art. 11 al. 2 RRDBHD/GE n'est pas clair et procèdent à l'interprétation de la loi et du règlement pour retenir que rien n'interdit à une discothèque d'exploiter un terrasse.

### **E. 3.3.2**

Il convient tout d'abord de rappeler aux recourantes que, s'agissant d'un usage accru du domaine public (sur cette notion, cf. arrêt 2C\_975/2017 du 15 mai 2018 consid. 4.1 et les références), l'autorisation d'exploiter une terrasse constitue un acte positif de la part de l'Etat et qu'elles ne peuvent en principe se prévaloir que d'un droit conditionnel à un tel usage (cf. ATF 138 I 274 consid. 2.2.2 et les références; arrêt 2C\_106/2015 du 26 juin 2015 consid. 4.5 et les références). Il n'est par conséquent pas déterminant de savoir si l'autorité cantonale dispose d'une base légale suffisante pour refuser l'autorisation, mais bien si ce refus réunit les conditions précitées (cf. consid. 3.2 ci-dessus) et si, en application de l'art. 27 Cst., l'égalité de traitement entre concurrents est respectée, c'est-à-dire si les diverses requêtes d'exploitation du domaine public, émanant de plusieurs personnes privées, peuvent être coordonnées à suffisance (arrêt 2C\_106/2015 du 26 juin 2015 consid. 4.5 et les références).

Au demeurant, on mentionnera que c'est de toute façon sans arbitraire (s'agissant de droit cantonal, cf. consid. 2.2 ci-dessus; arrêt 2C\_737/2018 du 20 juin 2019 consid. 6, non publié in ATF 145 II 201) que l'autorité précédente a jugé qu'il existait une base légale suffisante. En effet, quant à l'interprétation par la Cour de justice de l'art. 11 RRDBHD/GE, on doit tout d'abord mentionner qu'il est question d'arbitraire lorsque l'interprétation est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité; il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable (ATF 144 I 170 consid. 7.3 et les références; arrêt 2C\_552/2020 du 16 novembre 2020 consid. 3). Or, il n'est aucunement insoutenable de considérer que les discothèques ne peuvent pas exploiter de terrasse, puisque l'art. 11 al. 2 RRDBHD/GE prévoit expressément que leur exploitation a lieu dans des locaux fermés. En cela, il n'est pas non plus arbitraire de considérer la lettre de cette disposition comme étant suffisamment précise. La Cour de justice a par ailleurs justement expliqué la différence existant entre la situation actuelle et celle ayant prévalu en 2014, sous l'empire de l'ancienne version de la loi cantonale qui ne contenait pas de disposition permettant d'interdire aux dancings l'exploitation de terrasses et qui avait conduit l'autorité précédente à rendre un arrêt permettant l'installation de telles terrasses.

Certes, comme l'ont mentionné les recourantes, l'art. 15 al. 1 LRDBHD/GE renvoie à l'art. 6 al. 1 let. b de cette même loi. Toutefois, ce renvoi ne concerne que les horaires d'ouverture des terrasses et pas directement les établissements qui peuvent en exploiter. Ainsi, même si une interprétation de la loi telle que la préconisent les recourantes pourrait tout à fait être soutenable, cela ne rend pas pour autant celle de la Cour de justice arbitraire. En définitive, les recourantes se limitent à proposer leur propre interprétation de la législation genevoise et à l'opposer à celle effectuée par la Cour de justice, ce qui ne saurait être admis.

### **E. 3.4.1**

Sous l'angle de l'intérêt public, sont autorisées les mesures de police ou de politique sociale, de même que les mesures dictées par la réalisation d'autres intérêts publics, telles celles poursuivant des motifs d'ordre public, à l'exclusion notamment des mesures de politique économique (ATF 137 I 167 consid. 3.6; arrêt 2C\_956/2016 du 7 avril 2017 consid. 4.2.2).

### **E. 3.4.2**

La Cour de justice a expliqué que le but d'intérêt public résidait dans la limitation des nuisances dans les rues genevoises. Pour leur part, les recourantes admettent que la limitation des nuisances sonores nocturnes relève de l'intérêt public. Elles affirment

toutefois ne pas saisir les arguments retenus par la Cour de justice, qui permettraient de justifier l'interdiction d'installer des terrasses devant les dancings genevois, alors même que l'autorité les aurait admises en 2014. Elles ajoutent que cet argument ne permet pas de faire primer l'intérêt à la tranquillité publique sur leur intérêt personnel.

### **E. 3.4.3**

Il convient effectivement de commencer par retenir que l'intérêt public en cause réside en particulier dans la tranquillité publique. L'art. 1 al. 2 LRDBHD/GE prévoit d'ailleurs à ce propos que le but de la loi vise à assurer la cohabitation des activités des établissements de restauration, débit de boisson, hébergement et divertissement public avec les riverains, notamment par leur intégration harmonieuse dans le tissu urbain, 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 est ainsi dans l'intérêt public de gérer l'implantation de terrasses sur le domaine public, afin de maîtriser les immissions sonores en résultat, en particulier le soir et la nuit.

Les recourantes, qui se réfèrent notamment à des éléments de fait qui n'ont pas été retenus dans l'arrêt entrepris et qui ne sauraient par conséquent être pris en compte dans la présente cause (cf. art. 105 al. 1 LTF), mettent en balance l'intérêt public avec leurs intérêts personnels, ce qui constitue une question de proportionnalité et qui sera traité ci-après. De plus, en tant qu'elles font référence à un arrêt de la Cour de justice de 2014, les recourantes perdent de vue qu'il s'agit là d'une question de base légale et que cet arrêt, comme l'a expliqué l'autorité précédente (cf. consid. 3.3.2 ci-dessus), a été rendu sous l'empire de l'ancienne LRDBHD/GE, raison pour laquelle il n'est pour le moins pas arbitraire de donner à la présente situation une issue différente.

Il faut donc conclure de ce qui précède que la restriction de la liberté économique des recourantes repose sur un intérêt public suffisant, c'est-à-dire, en particulier, la tranquillité publique.

### **E. 3.5.1**

Dans l'arrêt entrepris, la Cour de justice a considéré que l'autorité administrative avait procédé à une pesée des intérêts dans le cadre de son large pouvoir d'appréciation. L'autorité précédente a ainsi jugé que "sans nier les intérêts privés des recourantes, en particulier leur intérêt économique à pouvoir recevoir la clientèle en terrasse durant la belle saison, la ville a rappelé que l'interdiction de fumer à l'intérieur des établissements ainsi que l'abolition de la clause du besoin, notamment, avaient engendré au cours des dernières années de nouvelles nuisances dans les rues genevoises, lesquelles devaient être contenues. Le refus d'installer des terrasses devant les dancings constituant une mesure susceptible de contribuer à l'atteinte de ce but qui relève de l'intérêt public, la décision querellée respecte par ailleurs le principe de la proportionnalité".

### **E. 3.5.2**

Pour leur part, les recourantes considèrent que la Cour de justice n'a pas suffisamment examiné la nécessité de la mesure, préférant une interdiction pure et simple, plutôt que des restrictions d'horaires ou de taille par exemple. Quant à l'aptitude, les recourantes font référence à un plan produit par la Ville de Genève devant les autorités précédentes qui ne démontre pas que le fait d'interdire à leur discothèque d'exploiter une terrasse aurait des incidences sur la tranquillité publique. Elles reprochent également à l'autorité précédente de

ne pas avoir tenu compte des spécificités de leur terrasse, notamment sa taille et le fait qu'elle n'est prévue que pour la période estivale. Elles font finalement référence à une directive intercantonale relative à la détermination et l'évaluation des nuisances sonores liées à l'exploitation des établissements publics que la Cour de justice aurait dû prendre en compte pour procéder à une mise en balance des intérêts en présence.

### **E. 3.5.3**

Tout d'abord, et contrairement à ce que prétendent les recourantes, la mesure d'interdiction d'exploitation d'une terrasse devant leur établissement est une mesure qui est apte à atteindre le but d'intérêt public visé, en l'occurrence la tranquillité publique. On ne saurait reprocher à la Ville de Genève de ne pas avoir réussi à démontrer l'absence d'aptitude de la mesure, puisqu'il est dans l'ordre des choses qu'une terrasse sur laquelle on sert des clients constitue une source de bruit. De plus, il faut reconnaître avec les autorités cantonales qu'il s'agit là d'un but légitime, dans la mesure où si celles-ci venaient à permettre à un dancing d'exploiter une terrasse, tous les autres établissements de ce type pourraient également obtenir une autorisation pour une telle exploitation, en application du principe de l'égalité de traitement. Le refus d'octroi d'une telle autorisation n'est par conséquent pas d'emblée disproportionnée.

### **E. 3.5.4**

Néanmoins, il convient encore d'examiner si, dans le cas d'espèce, les recourantes ne sont pas discriminées par rapport à leurs concurrents directs. Or, selon les faits retenus par la Cour de justice, la rue dans laquelle la discothèque des recourantes désire exploiter sa terrasse comporte d'autres installations de ce type, en l'occurrence, deux cafés-restaurants. Certes, l'autorité précédente explique qu'il n'est pas question d'un cas de violation du principe de l'égalité de traitement, car les établissements exploitant une terrasse près de la discothèque des recourantes ne sont pas des établissements de la catégorie dancings et discothèques. Les recourantes font pour leur part en substance valoir que leur activité est à tout le moins partiellement semblable à celle des autres établissements de la rue.

On doit en effet rappeler qu'en application de l'art. 27 Cst., par concurrents directs, la jurisprudence entend les membres de la même branche économique qui s'adressent avec les mêmes offres au même public pour satisfaire les mêmes besoins. Or, en l'espèce, la loi cantonale permet expressément aux dancings d'offrir de la restauration (cf. art. 3 let. g LRDBHD/GE), c'est-à-dire la même prestation que les restaurants, dont la définition est très générale (cf. art. 3 let. f LRDBHD/GE qui prévoit que constitue des cafés-restaurants les 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). Par conséquent, dans la mesure où la prestation en cause est la même que celle offerte par d'autres établissements issus de la même branche économique, en faveur desquels des autorisations d'exploiter des terrasses ont été octroyées, alors que rien n'indique que les potentielles nuisances issues de celles-ci seraient moindre par rapport à celles qui émaneraient de la terrasse des recourantes, le fait de refuser l'octroi d'une telle autorisation à la discothèque des recourantes avec la motivation développée dans l'arrêt attaqué viole leur liberté économique.

Si la Cour de justice avait voulu refuser l'octroi de l'autorisation requise, elle aurait dû clairement expliquer en quoi l'exploitation d'une terrasse par la discothèque des recourantes était objectivement différente de celles exploitées par les deux restaurants de la même rue,

respectivement en quoi cette exploitation aurait une incidence plus importante sur la tranquillité publique par rapport aux deux autres.

### **E. 3.6**

Il convient ainsi de retenir que le refus d'octroyer l'autorisation demandée aux recourantes viole leur liberté économique. Le recours doit par conséquent être admis, l'arrêt entrepris annulé et la cause renvoyée à l'autorité précédente pour que celle-ci permette aux recourantes d'exploiter une terrasse devant leur discothèque ou explique en quoi la terrasse projetée aurait une incidence plus importante sur la tranquillité publique que les deux autres terrasses d'ores et déjà existantes, afin de ne pas traiter différemment la discothèque des recourantes des autres établissements proposant la même offre de restauration. Sur le vu de l'issue du recours, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres griefs soulevés par les recourantes.

### **E. 4**

Il n'est pas perçu de frais judiciaires ( art. 66 al. 1 et 4 LTF ). Les recourantes ont droit à une indemnité de partie, à charge de la Ville de Genève ( art. 68 al. 1 LTF ).

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