RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/390/2004-SI **ATA/95/2005**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 1er mars 2005

dans la cause

BANQUE CANTONALE DE GENÈVE
représentée par Me Philippe Ehrenström, avocat

contre

SERVICES INDUSTRIELS DE GENÈVE
représentés par Me Guy Schrenzel, avocat

EN FAIT

1. La Banque Cantonale de Genève (ci-après : BCGe) est une société anonyme de droit public dont le siège est sis 17, quai de l'Ile. Elle exploite deux centres administratifs aux adresses 4, rue de la Corraterie et 65, route de Chancy.

2. La BCGe est cliente des Services Industriels de Genève (ci-après : SIG), établissement public, pour la livraison de l'électricité nécessaire à l'exploitation de ses deux sites administratifs.

3. Le 25 novembre 2002, la BCGe, représentée par Swisselectricity.com. S.A. (ci-après : Swisselectricity), a demandé, pour ses deux centres administratifs, le passage du tarif Ei (basse tension) au tarif Em (haute tension).

4. Le 2 avril 2003, les SIG ont refusé la demande de la BCGe par deux décisions distinctes. Le refus était principalement lié à des raisons d'égalité de traitement. Une demande similaire émanant d'un autre client venait d'être également refusée.

5. Le 7 avril 2003, Swisselectricity a informé les SIG qu'elle avait recommandé à la BCGe de retenir un montant équivalent à la part contestée sur les factures de consommation émises par les SIG. Un recours avait été déposé auprès du Tribunal administratif dans la cause similaire déjà mentionnée.

6. Le 24 avril 2003, les SIG ont indiqué à Swisselectricity que la retenue n'était pas possible sans qu'un recours ne soit déposé auprès de l'instance compétente.

7. La BCGe s'est opposée aux décisions de refus auprès de la commission de recours des SIG (ci-après : la commission) par courrier du 30 avril 2003. Tout en rappelant sa consommation importante d'électricité, elle faisait valoir une violation du principe de l'égalité de traitement et du droit des cartels. Elle citait l'exemple d'une entreprise à laquelle les SIG avaient attribué le tarif Em alors qu'elle avait un transformateur dédié égal à 1'000 kVA. Enfin, les SIG avaient conclu avec plusieurs clients un contrat de fidélisation avec un rabais d'au moins un centime. Ce rabais devait également lui être accordé. La quote-part litigieuse des factures ne serait plus payée jusqu'au règlement du litige.

8. Par décision du 10 juin 2003, la commission a suspendu la procédure de recours jusqu'à droit connu dans la procédure pendante devant le Tribunal administratif dans l'affaire similaire, cette cause ayant une portée préjudicielle. En outre, le recours n'ayant pas d'effet suspensif, l'entier des montants facturés devait être payé.

Le Tribunal administratif a rejeté le recours dont il était saisi par arrêt du 26 août 2003 (ATA/632/2003).

9. Le 26 janvier 2004, la commission a rejeté le recours de la BCGe en tant qu'il contestait le refus d'appliquer à la recourante le tarif Em avec effet au moment de la demande. Concernant le rabais demandé, la commission relevait que les SIG avaient proposé à plusieurs reprises un contrat de fidélisation à la BCGe qui avait toujours refusé. Par conséquent, il n'était pas possible de réexaminer la question à l'occasion d'un recours.

10. Par acte posté le 26 février 2004, la BCGe a recouru auprès du Tribunal administratif contre cette décision. Elle a conclu à son annulation ainsi qu'au versement d'une équitable indemnité de procédure. Le Tribunal administratif devait condamner les SIG à lui octroyer le tarif Em depuis la date de sa demande.

Au préalable, elle demandait l'audition d'un représentant de Swisslectricity et la production par les SIG des « prescriptions spéciales » relatives à l'octroi du tarif Em ainsi que les délibérations de l'organe les ayant adoptées. Elle requérait également la production des tous documents en rapport avec la consommation électrique réelle en 2001, 2002 et 2003 des bâtiments et installations suivants bénéficiant du tarif Em, et notamment le rapport entre la consommation d'énergie annuelle et la puissance maximale moyenne : Collège Voltaire, Collège de Saussure, Centre de Lullier, Centre de contrôle des autoroutes, le nouvel Hôtel de police et ses propres centres administratifs. Finalement, elle demandait la production par les SIG de tous documents en rapport avec la consommation électrique réelle en 2001, 2002 et 2003 de bâtiments ou installations bénéficiant d'un tarif Em en dépit d'un transformateur dédié égal ou inférieur à 1'000 kVA ou en dépit d'une consommation effective inférieure aux normes des prescriptions spéciales pour le raccordement au tarif Em.

Les SIG, en leur qualité d'établissement de droit public détenteur d'un monopole en matière de fourniture d'énergie électrique, avaient l'obligation, en vertu du principe de l'égalité de traitement, d'accorder un accès similaire à leur service à tous les usagers de même catégorie et de leur appliquer des conditions identiques. La BCGe produisait un contrat caviardé daté du 18 mai 2001 conclu entre les SIG et l'un de ses clients auquel un tarif Em avait été accordé alors qu'il avait un transformateur dédié égal (et non supérieur) à 1'000 kVA. Les situations étaient comparables car les consommations d'électricité étaient importantes. La décision commerciale d'accorder un tarif Em rentrait tout à fait dans la sphère de compétence des SIG qui pouvaient proposer des conditions spéciales à ses grands clients importants. Toutefois, la politique commerciale des SIG devait être appliquée sans arbitraire ni violation du principe de l'égalité de traitement.

Le Tribunal fédéral avait conclu de manière générale à l'application de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995

(Lcart – RS 251) à la fourniture d'énergie électrique même en présence d'un mandat légal donnée pour cette fin à une entreprise publique ou parapublique (ATF 129 II 497). L'article 7 de la Lcart interdisait le comportement abusif d'une entreprise en position dominante tel celui des SIG.

Finalement, la BCGe soulevait un grief relatif à la composition de la commission de recours. Le directeur général des SIG, membre de la commission, aurait dû se récuser en raison de soupçons de prévention.

11. Les SIG ont fait parvenir leurs observations le 21 avril 2004. Ils ont conclu au rejet du recours ainsi qu'au versement d'une équitable indemnité de procédure.

La composition de la commission de recours était interne au SIG et cela en application de la loi. Par ailleurs la demande de récusation aurait dû être présentée sans délai à l'autorité ce qui n'avait pas été le cas.

Il appartenait au Conseil d'administration des SIG d'établir les conditions des contrats d'abonnement et les tarifs de vente sous réserve de l'approbation de ces règles par le Conseil d'Etat. Le tarif Ei que la recourante s'était vu appliquer depuis de nombreuses années correspondait à la puissance nécessitée par ses installations. Dans les pièces produites, elle admettait une puissance soutirée d'en moyenne 364 kVA pour les installations de Lancy et 531 kVA pour celles de la Corraterie de sorte qu'elle ne saurait être qualifiée de « grand consommateur ». Les tarifs des SIG en fonction de la puissance soutirée ne pouvaient être qualifiés d'arbitraires et la recourante ne les avaient d'ailleurs jamais contestés jusqu'ici. Ils étaient revus et approuvés par le Conseil d'Etat et faisaient l'objet de discussions au niveau du Grand Conseil au travers de l'approbation du budget annuel d'exploitation et d'investissement.

12. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 litt. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. La recourante sollicite l'audition d'un représentant de Swisselectricity ainsi que la production par les intimés de nombreux documents.

Tel que garanti par l'article 29 alinéa 2 de la Constitution fédérale (RS 101), le droit d'être entendu comprend le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à

ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou, à tout le moins, de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influer sur la décision à rendre (ATA/664/2004 du 24 août 2004 ; ATA/879/2003 du 2 décembre 2003 et les références citées).

Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne pourraient l'amener à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.200/2003 du 7 octobre 2003, consid. 3.1 ; ATA/172/2004 du 2 mars 2004 ; ATA/39/2004 du 13 janvier 2004).

En l'espèce, l'instruction écrite et les pièces existantes au dossier ont permis d'établir les faits pertinents pour la résolution de la cause. Il faut relever à cet égard, que les pièces relatives à la consommation d'électricité de divers usagers et les faits de caractère technique que la recourante entend établir par témoin ne sont pas susceptibles de modifier la solution apportée au litige.

3. La recourante invoque pour la première fois un grief de prévention à l'égard du directeur général des intimés en raison de sa présence au sein de la commission de recours et de son statut de supérieur hiérarchique du service ayant pris la décision de refus.

Selon la jurisprudence, le grief tiré de la composition incorrecte d'une autorité ou de la prévention de l'un de ses membres doit être invoqué aussitôt que possible. Celui qui constate un tel vice et ne le dénonce pas sans délai, mais laisse la procédure se dérouler sans intervenir, agit contrairement à la bonne foi et voit se périmer son droit de se prévaloir ultérieurement de cette violation (ATF 121 I 225 consid. 3 p. 229 ; 120 Ia 19 consid. 2c/aa p. 24).

À teneur de la loi sur les Services industriels de Genève du 5 octobre 1973 - LSIG - L 2 35), le conseil d'administration peut, par règlement, instituer des procédures de réclamation ou de recours à des instances internes qui doivent être épuisées préalablement au recours au Tribunal administratif (art. 36A al. 2 LSIG). Une telle commission de recours interne aux SIG a été instituée et sa composition fixée dans le règlement des SIG pour la fourniture de l'énergie électrique (ci-après : le règlement).

Ainsi, la commission comporte par définition des représentants des SIG et le directeur général en est même membre de droit (art. 57 al. 1 du règlement). La composition de la commission était donc connue de la recourante et de surcroît, le directeur général a signé la décision de suspension de la procédure, datée du 10 juin 2003.

Par conséquent, le grief de la recourante, invoqué tardivement, n'est également pas fondé.

4. La recourante invoque encore une violation de la LCart. Les intimés abuseraient de leur position dominante pour discriminer certains partenaires commerciaux.

a. Entrée en vigueur le 1er juillet 1996, la LCart a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1 LCart). Elle s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, puissantes sur le marché ou qui participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart). Sont toutefois réservées les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique (art. 3 let. a LCart).

b. La LCart prévoit que la victime d'un abus dispose d'actions civiles en réparation du dommage et en suppression de l'entrave (art. 12 LCart). Ces actions doivent être intentées, à teneur de l'article 14 LCart, devant une instance unique désignée par le canton. À Genève, la Cour de justice est compétente pour connaître en qualité de juridiction cantonale unique des causes pour lesquelles une loi fédérale ne prévoit qu'une seule juridiction cantonale (art. 31 al. 1 lett. b ch. 2 LOJ). La LCart prévoit également une procédure administrative devant la commission de la concurrence (Comco) compétente pour prendre des sanctions en cas de violation de la LCart (art. 18 à 53 LCart).

Par conséquent, le contrôle du respect de la LCart n'étant pas dévolu au tribunal de céans. Ce grief est irrecevable et la recourante renvoyée à mieux agir.

5. La recourante fait grief aux intimés d'avoir à tort refusé de lui accorder le tarif Em, en violation du principe de l'égalité de traitement.

a. Les règles régissant les conditions de raccordement d'une installation au réseau des SIG sont prévues dans le règlement pour la fourniture de l'énergie électrique des SIG (ci-après : le règlement) approuvé par le Conseil d'Etat (art. 16 let. i et 38 let. l LSIG).

Une nouvelle teneur du règlement est entrée en vigueur le 1er octobre 2004 simultanément à de nouvelles conditions tarifaires. Néanmoins, s'agissant d'une décision concernant le tarif appliqué à la fourniture d'électricité pour une période antérieure à l'entrée en vigueur des modifications, l'ancien règlement et les anciens tarifs restent applicables.

b. Conformément au règlement, en cas d'acceptation d'une demande de raccordement, le requérant doit s'acquitter d'un droit de raccordement dont le montant est fixé par le tarif arrêté par le Conseil d'administration des SIG et qui dépend, notamment, de la puissance et de l'importance des installations à alimenter (art. 22 règlement). En application de ce qui précède, le Conseil d'administration des SIG a également adopté un tarif Ei pour la fourniture d'énergie électrique à basse tension et un tarif Em pour la fourniture d'énergie électrique à moyenne tension. Ces tarifs ont été approuvés par le Conseil d'Etat (art. 160 al. 2 let. a Cst GE et art. 38 let. a LSIG). Le service de l'électricité a pour sa part établi des prescriptions spéciales pour le branchement au réseau à moyenne tension (MT) lesquelles précisent que : « jusqu'à une puissance de 1'000 kVA, l'énergie est comptée en basse tension. Pour une puissance supérieure à 1'000 kVA, le comptage se fait à haute tension ». Le choix du branchement au réseau de moyenne ou basse tension s'effectue donc sur la base de critères purement techniques, soit en fonction de la puissance nécessaire aux installations qui feront l'objet du raccordement.

c. En l'espèce, la recourante reconnaît une puissance soutirée de 364 kVA pour l'un des sites et 531 kVA pour l'autre, soit des chiffres nettement inférieurs à ceux correspondants à la puissance minimale requise pour bénéficier d'une fourniture électrique en moyenne tension. Pour le surplus, ce type de taxation qui distingue les tarifs appliqués en fonction de la puissance soutirée a été approuvé par les autorités politiques genevoises. Il était parfaitement connu de la recourante et ne saurait être qualifié d'arbitraire.

6. Reste encore à examiner si, la taxation opérée par les SIG n'est pas constitutive d'une inégalité de traitement dès lors que le tarif Em aurait été attribué à une autre entreprise avec un transformateur dédié égal à 1'000 kVA. Par ailleurs, plusieurs usagers ayant une consommation d'énergie inférieure à 2 GkW et une puissance appelée annuelle inférieure à 350 kW bénéficieraient du tarif Em.

7. a. Le principe de l'égalité de traitement contenu à l'art. 8 al. 1 Cst. exige que ce qui est semblable soit traité de la même façon dans la mesure de la similitude et que ce qui est dissemblable soit traité différemment dans la mesure de la dissemblance; il ne peut être fait aucune distinction pour laquelle on ne trouve aucune justification raisonnable dans les circonstances de fait pertinentes; le droit à l'égalité est violé si deux situations de fait semblables sont traitées différemment sans motifs sérieux (ATF 125 I 1 consid. 2b/aa, 166 consid. 2a, 173 consid. 6b ; 125 II 326 consid. 10b p. 345 ; 124 I 170 consid. 2e, 297 consid. 3b ; 124 II 193 consid. 8d/aa, 372 consid. 8c/bb ; 124 V 12 consid. 2a).

b. Comme exposé précédemment, une violation du droit à l'égalité de traitement suppose que les circonstances de fait soient identiques, ce qu'il appartenait à la recourante d'établir. Cela étant, même dans l'hypothèse où le tarif Em aurait été appliqué à un usager présentant les mêmes caractéristiques de

consommation électrique qu'elle, ce qui n'est pas établi en l'espèce, la recourante ne saurait en tirer argument : le principe de la légalité prévalant sur celui de l'égalité de traitement, le justiciable ne peut, sous réserve d'exceptions, en l'occurrence non réalisées, se prétendre victime d'une inégalité devant la loi, lorsque cette dernière est - comme en l'espèce - correctement appliquée à son cas, alors qu'elle aurait été faussement, voire pas appliquée du tout, dans une autre affaire (ATF 127 I 1 consid. 3a; ATF 126 V 390 consid. 6a, p. 392). Le moyen n'est ainsi pas fondé.

A titre subsidiaire, l'on relèvera encore que le contrat auquel se réfère la recourante s'inscrit dans le cadre de la libéralisation du marché de l'électricité soumise au vote du peuple le 22 septembre 2002 (chiffre 4.6 du contrat) et refusée par ce dernier. Cette libéralisation aurait incontestablement eu des effets sur la concurrence et pouvait justifier que les entreprises fournissant l'électricité proposent à leurs clients importants des conventions particulièrement avantageuses, afin de ne pas les perdre (ATA/632/2003 du 26 août 2003). D'ailleurs, plusieurs contrats de fidélisation portant sur un rabais du prix au kWh avaient été proposés à la recourante qui les a toujours refusés.

c. Enfin, la recourante ne saurait invoquer une inégalité de traitement au motif que des tarifs différents sont appliqués à différents collèges et écoles professionnels du canton, au nouvel hôtel de police et aux autoroutes. En tant que voies et établissements publics cantonaux, leur consommation d'énergie est expressément réglée à l'article 31 LSIG et elle est sans comparaison avec celle de la recourante (ATA/632/2003 du 26 août 2003), de sorte que les situations ne sont pas identiques.

La décision de la commission de recours des SIG sera ainsi confirmée et les conclusions de la recourante tendant à faire constater par le tribunal de céans qu'elle a droit à l'attribution du tarif Em depuis le 25 novembre 2002, rejetées.

8. Un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 87 LPA).

Nonobstant l'issue du recours, aucune indemnité de procédure ne sera allouée aux intimés qui disposent d'un service juridique apte à assumer leur défense, sans avoir à recourir aux services d'un avocat de la place (ATA/579/2003 du 23 juillet 2003 et les références citées).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 26 février 2004 par la Banque Cantonale de Genève contre la décision des Services Industriels de Genève du 26 janvier 2004 ;

au fond :

le rejette ;

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

dit qu'aucune indemnité de procédure ne sera allouée aux Services Industriels de Genève ;

communique le présent arrêt à Me Philippe Ehrenström, avocat de la recourante et à Me Guy Schrenzel, avocat des intimés.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Paychère, Mme Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :	la vice-présidente :
M. Tonossi	L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :