

du 15 mai 2001

dans la cause

SERVICES INDUSTRIELS DE GENÈVE

représentés par Me Pierre-Louis Manfrini, avocat

contre

COMMUNE DE VERNIER

représentée par Me David Lachat, avocat

et

COMMISSION CANTONALE DE RECOURS EN MATIÈRE DE CONSTRUCTIONS

EN FAIT

1. Le 22 mars 1999, l'office fédéral de la communication (ci-après : l'OFCOM) a octroyé aux services industriels de Genève (ci-après : les SIG) une concession pour la fourniture de services de télécommunication sur réseau fixe. Le concessionnaire était ainsi autorisé à fournir des services de télécommunication et à exploiter, à cet effet, des installations de télécommunication. Au nombre des textes légaux applicables à la concession, figure notamment la loi fédérale sur les télécommunications du 30 avril 1997 (LTC - RS 784.10).
2. Les 8, 18 et 28 juin 1999, les SIG ont prié la commune de Vernier (ci-après : la commune) d'autoriser l'ouverture d'une fouille pour permettre une nouvelle liaison par fibres optiques. Les SIG s'engageaient à exécuter les travaux dans les règles de l'art et à ce que "l'épaisseur de la réfection [soit] au moins égale à celle existante".
3. Les 17, 21 et 30 juin de la même année, la commune a autorisé l'ouverture de fouilles pour les liaisons par fibres optiques, demandées par les SIG. Selon les conditions affectant ces autorisations, deux départements de l'administration cantonale ainsi que la commission de coordination des travaux en sous-sol devaient être informés, les différentes couches devaient être au moins aussi épaisses que celles en place, la couche d'usure devait déborder d'au moins quinze centimètres. La fouille et le raccordement au revêtement existant devaient être opérés par un joint thermoplastique. Quant aux marquages éventuels, ils devaient être rétablis avec le même procédé.

Au pied de chacune des quatre autorisations figurent respectivement les éléments suivants :

Date	17.06.99	17.06.99	21.06.99	30.06.99
Taxe fixe	2'700.--	19'126.--	3'900.--	900.--
Émoluments	135.--	135.--	135.--	135.--
Total arrondi	2'835.--	19'200.--	4'035.--	1'035.--

4. Le 16 juillet 1999, les SIG ont déposé un recours contre ces quatre décisions auprès de la commission

cantonale de recours en matière de constructions (ci-après : la CCRMC). Établissement de droit public cantonal au sens de l'article 158 de la Constitution de la République et canton de Genève du 24 mai 1847 (Cst. gen. - A 2 00), les SIG pouvaient utiliser le domaine public genevois pour l'installation de leur réseau de transport et de distribution contre redevances annuelles (art. 158 C al. premier Cst. gen.). À teneur de l'article 32 de la loi sur l'organisation des services industriels de Genève du 5 octobre 1973 (LOSIG - L 2 35), une telle redevance correspondait notamment à 7 % des recettes brutes de fourniture de l'énergie électrique sur le territoire de chaque commune concernée. De surcroît, la taxe d'usage du domaine public que la commune entendait prélever était contraire à l'article 35 LTC. Ils ont conclu à l'annulation des taxes fixes et émoluments contenus dans les quatre autorisations contestées.

5. Le 12 octobre 1999, la CCRMC a entendu le secrétaire général adjoint technique de la commune. Le percement de fouilles pour placer des fibres optiques entraînait des coûts pour la commune. La taxe fixe avait pour but de répercuter ces coûts sur les SIG. Il en avait calculé le montant en fonction des plans remis par les SIG sur la base d'une fouille d'un mètre de large. Le prix du m² était de CHF 45.- sur les routes et de CHF 13.- sur les trottoirs.
6. Le 7 décembre 1999, la commune a répondu au recours. Les articles 56 alinéa premier et 59 de la loi sur les routes du 28 avril 1967 (LR - L 1 10) autorisaient la perception d'émoluments et de taxes en cas d'utilisation d'une voie publique excédant l'usage commun. L'émolument administratif était prévu par l'article 59 alinéa 4 LR et les taxes fixes à calculer au m² ou au mètre linéaire par l'alinéa 5 de la même disposition. Les dispositions cantonales n'étaient pas contraires à l'article 35 alinéa 4 LTC. Les SIG ne pouvaient se prévaloir de leur statut d'établissement public pour réclamer la gratuité de l'autorisation d'effectuer des fouilles s'agissant de nouvelles liaisons par fibres optiques. En effet, seule la distribution d'électricité et d'eau était visée par les dispositions cantonales pertinentes. La commune a conclu au rejet du recours.
7. Le 16 décembre 1999, les SIG ont répliqué. La commune n'avait pas démontré que d'autres collectivités genevoises entendaient pratiquer la même politique

qu'elle. Quant aux arguments supplémentaires justifiant la perception de taxes, ils concernaient plutôt un émolument, puisque la commune soutenait notamment qu'elle devait faire face à des travaux de surveillance et de vérification supplémentaires. L'article 35 alinéa 4 LTC postait la gratuité comme règle et l'indemnisation comme exception, or, la commune renversait ces deux termes. Enfin, les règles contenues dans les articles 158 alinéa premier et 158C Cst. gen. instituaient une gratuité de l'usage du domaine public en faveur des SIG.

8. Le 21 mars 2000, la CCRMC a admis partiellement le recours des SIG et a annulé les décisions entreprises dans la mesure où elles comportaient un émolument administratif de CHF 135.--. Pour le surplus, elle les a confirmées. La commission a jugé que les SIG ne pouvaient se voir imposer un émolument fixe, dès lors que l'article 59 alinéa 4 (2ème phrase) de la loi sur les routes prévoyait qu'il n'était pas prélevé d'émolument. En revanche, la taxe de CHF 45.--/m² sur les chaussées, respectivement de CHF 13.--/m² sur les trottoirs, était prévue par l'article 5 du règlement fixant le tarif des empiétements sur ou sous le domaine public du 21 décembre 1988 (le règlement - L 1 10.15).
9. Le 27 avril 2000, les SIG ont recouru contre la décision précitée. Quoiqu'ils citent dans leur acte de recours l'intégralité du dispositif de ce prononcé et qu'ils exposent s'attaquer uniquement aux points du dispositif "reproduit" (sic!), les SIG ne contestent pas l'annulation des émoluments administratifs de CHF 135.-- par décision. Ils étaient les détenteurs d'une concession fédérale pour la fourniture de services de télécommunication et étaient ainsi un "opérateur télécom" au sens du droit fédéral. La commune de Vernier avait mis à leur charge quatre "taxes fixes" d'un montant de CHF 900.-- à CHF 19'126.--. Selon la commune, la pose de fibres optiques impliquait un usage anormal de la voie publique. Or, le législateur fédéral avait voulu la gratuité. De surcroît, le droit constitutionnel cantonal conférait également un tel privilège aux SIG, même dans les activités de télécommunication. C'est à tort que la CCRMC avait considéré que le système des taxes fixes appliqué par la commune correspondait à une utilisation accrue du domaine public durant les fouilles et était légal.
10. Le 15 mai 2000, la CCRMC a déposé son dossier et a déclaré persister dans les termes de sa propre décision.

11. Dans le délai prolongé au 30 juin 2000 qui lui avait été imparti, la commune a répondu au recours. Les fouilles pratiquées par les SIG, généralement larges d'un mètre, persistaient plusieurs jours, voire plusieurs semaines, et constituaient une entrave à la circulation sur la voie publique. Elles nécessitaient de plus une vérification des travaux et des prestations de voirie. L'annulation des émoluments n'était pas litigieuse; seule restait indécise la question des taxes fixes prévues par les articles 56 et 59 LR ainsi que 5 du règlement sur les routes. La commune contestait l'appréciation de la commission, selon laquelle l'enfouissement des fibres optiques n'entravait pas l'usage du domaine public. L'entrave était réelle, quoique temporaire. Le montant modeste de cet émolument calculé de manière linéaire n'entraverait pas le jeu de la concurrence. En définitive, les SIG cherchaient à bénéficier d'avantages régaliens, qui ne leur avaient été reconnus que pour la fourniture d'eau, de gaz et d'électricité. Elle conclut à ce que les SIG soient déboutés de toutes leurs conclusions et condamnés aux frais de la procédure comprenant une indemnité.
12. Le 4 août 2000, le tribunal a accusé réception d'une lettre non signée du conseil des recourants comportant une demande de réplique. Il a considéré cette lettre comme telle, pour autant qu'elle soit signée. La commune soulevait des arguments nouveaux, notamment des faits qu'elle devait procéder à la réfection entière de la chaussée ce qui était contraire à la réalité et spécialement en ce qui concernait les travaux litigieux. De surcroît, elle invoquait l'esthétique, et les SIG ne pouvaient être tenus à payer une taxe pour ce motif.
13. Le 14 septembre 2000, la commune a dupliqué. L'esthétique n'était que l'un des soucis de celle-ci, le "resurfaçage" étant au demeurant requis lorsque les travaux avaient été opérés à plusieurs reprises. De toute manière, la pratique des communes genevoises n'était pas uniforme en la matière.
14. Le 18 septembre 2000, 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. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05; art. 63 al. 1er litt. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. Selon l'article 65 alinéa premier LPA, l'acte de recours contient notamment les conclusions du recourant. Celles-ci forment l'objet du litige (ATA D. du 21 janvier 1997 et ADG du 29 octobre 1996).

En l'espèce, l'établissement recourant ne conteste pas la décision entreprise dans la mesure où elle le libère du paiement d'un émolument fixe d'un montant de CHF 135.--. La question à résoudre se limite donc à celle de la mise à sa charge d'une taxe calculée sur une base linéaire, avec les conséquences que le sort du procès entraîne quant aux frais et émoluments.

3. Il convient tout d'abord de rappeler les règles de droit constitutionnel fédéral, qui sont pertinentes pour la solution du litige.

- a. L'ancienne constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 comportait des règles attribuant à la Confédération les postes et les télégraphes, leur produit appartenant à la Caisse fédérale (art. 36 al. 1er et 2 aCst. féd.). Selon la doctrine, il s'agissait là d'une régale gouvernée exclusivement par le droit fédéral (Jean-François Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Paris et Neuchâtel 1967-1982, n°s 761 et 1952). La nouvelle constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. féd. - RS 101 - RO 1999 2555) dispose que "les services postaux et les télécommunications relèvent de la compétence de la Confédération (art. 92 al. 1er Cst. féd.)". Quant à l'affectation du produit des postes et des télégraphes à la Caisse fédérale (art. 36 al. 2 aCst. féd.), elle a disparu dans le texte nouveau. Compte tenu du principe de la hiérarchie des normes, tant le droit fédéral de rang inférieur que l'ensemble du droit cantonal, quel que soit son rang, doivent être interprétés conformément à l'article 92 Cst. féd.

- b. Le 10 juin 1996, le Conseil fédéral a adressé aux Chambres fédérales un message concernant la révision de la loi sur les télécommunications (FF 1996 III 1361). Bien que la législation fédérale de 1924 avait déjà été modifiée par une loi du 21 juin 1991, le droit alors

applicable manquait de la souplesse nécessaire pour l'intégration de nouvelles mesures de libéralisation. L'orientation générale vers la libéralisation avait rencontré un écho très favorable lors de la consultation (FF 1996 III 1362). Les coûts de l'infrastructure devraient être aussi bas que possible, de manière à favoriser le développement d'un marché actif des télécommunications (FF 1996 III 1367). Il était raisonnable d'encourager la concurrence entre les réseaux (FF 1996 III 1374). Il importait d'ouvrir le marché suisse des télécommunications pour garantir le raccordement aux réseaux d'information qui se mettaient en place dans le monde entier. Selon l'article 35 de ce projet (art. 35 projet LTC), les concessionnaires de services de télécommunication pourraient disposer gratuitement et sans autorisation notamment des terrains faisant partie du domaine public, tels que les routes, ..., les places publiques ... (art. 35 al. 1er lettre a). Ils devraient prendre en charge les frais de rétablissement à l'état antérieur du fonds utilisé (art. 35 al. 2 projet LTC).

c. Lors des débats aux Chambres fédérales, le Conseil national a eu à connaître en premier de la LTC. Le 11 décembre 1996, la commission de cette chambre a proposé l'adhésion au projet du Conseil fédéral (BOAF 1996 CN p. 1312), sauf concernant les biens-fonds privés. Le Conseiller national Banga a alors proposé de maintenir la notion de rétablissement à l'état antérieur aux frais du concessionnaire dans l'alinéa 2 de l'article 35 et d'insérer dans un nouvel alinéa 4 la fixation par voie d'autorisation des modalités de prise en charge des frais concernant les lignes et les cabines publiques (eodem loco). Le précité et le Conseiller national Loretan ont considéré qu'il n'y avait aucune raison de mettre gratuitement le sous-sol à la disposition d'entreprises ayant pour but la réalisation d'un profit, ce qui n'était pas le cas des anciens PTT.

d. Pour les adversaires de cette proposition et le rapporteur de la commission, les Conseillers nationaux Theiler et Gaccia notamment, l'idée de dédommagement pour les câbles dans le sol public conduirait à une distorsion de la concurrence au profit de la société Télécom PTT. Tous les opérateurs de la télécommunication ne seraient pas traités de la même façon, car cette entreprise avait déjà pu installer son réseau (BOAF 1996 CN 2313-2314).

e. Lors des débats devant le Conseil des États, le 6

mars 1997, la commission de cette chambre a proposé que l'article 35 alinéa 4 ait la teneur suivante : "La procédure régissant la délivrance de l'autorisation est simple et rapide. Il peut être perçu des émoluments en vue de couvrir les frais, mais il ne peut être exigé de dédommagement pour l'affectation d'un fonds privé, à moins que celui-ci ne porte atteinte au domaine public. Le texte allemand de cette proposition est le suivant : "Die Bewilligung ist in einem einfachen und raschen Verfahren zu erteilen. Ausser kostendeckenden Gebühren darf eine Entschädigung für die Inanspruchnahme von Grund und Boden, soweit sie den Gemeindgebrauch nicht beeinträchtigt, nicht verlangt werden" (BOAF 1997 CE 96). Selon l'auteur du rapport de la commission, le Conseiller aux États Schüle, les taxes prélevées ne pouvaient que servir à couvrir des frais. Pour le reste, le sol devait être mis gratuitement à disposition. Quant au Conseiller aux États Gentil, il a exposé que les collectivités "locales ou cantonales" n'entendaient pas "recevoir de l'argent par des émoluments". Il s'agissait simplement d'asseoir l'obligation d'obtenir une autorisation en vue de favoriser la coordination des travaux (edodem loco p. 97). Le Conseiller aux États Loretan est également intervenu en faveur de la version de la majorité en ajoutant qu'il ne s'agissait plus de permettre aux communes d'encaisser de l'argent lorsque des entreprises de télécommunication obtenaient l'autorisation d'utiliser les biens-fonds publics (eodem loco p. 98). Lorsqu'il a repris la parole, le rapporteur Schüle ainsi que le Conseiller fédéral Leuenberger ont considéré tous les deux que le Conseil des États avait écarté l'idée d'un dédommagement pour le droit d'utiliser le sous-sol. Restait alors une alternative : soit l'obligation d'obtenir une autorisation et de payer un émolument administratif, soit un simple devoir de coordination inscrit dans la loi, selon la version qui avait la préférence du Conseil fédéral et de la minorité du Conseil des États. Pour le Conseiller fédéral, les émoluments ne pouvaient en aucun cas avoir le caractère de dédommagement pour l'utilisation du sol et du sous-sol. Il devait s'agir tout au plus d'un émolument "si modeste que les entreprises comme Télécom-PTT et ses concurrents pourraient le payer sans difficulté".

f. Lors du second débat au Conseil national, le 19 mars 1997, les députés partisans de la version du Conseil des États l'on emporté. Les chemins de fer fédéraux pouvaient utiliser leur propriété le long des rails sans autorisation, ni paiement de dédommagement.

Les sociétés électriques utilisant leurs lignes à haute tension pouvaient en faire de même. Si leurs concurrents devaient payer des dédommagements, ils seraient désavantagés. Selon les explications du Conseiller fédéral Leuenberger (BOAF CN 1997 379), le Conseil fédéral se ralliait à la solution du Conseil des États selon laquelle les Télécom pouvaient prélever un émolument administratif ("Eine Verwaltungsgebühr"); il a terminé son intervention ainsi: "[si la solution du Conseil des États n'était pas retenue] war es so, dass die Telecom PTT diese Grabungen bis anhin ohne Entschädigung vornehmen konnte. Die Konkurrenz jedoch, die jetzt auf den Markt kommt, müsste gemäss Beschluss des Nationalrates Entschädigungen bezahlen, wäre also gegenüber der Telecom benachteiligt" (eodem loco).

g. Le texte définitif, tel qu'il a été publié dans la FF 1997 II 1429, a la teneur suivante (art. 35 al. 4 LTC): "La procédure régissant la délivrance de l'autorisation est simple et rapide. Il peut être perçu des émoluments en vue de couvrir des frais, mais il ne peut être exigé de dédommagement pour l'utilisation d'un fonds, à moins que celle-ci n'entrave l'usage du domaine public."

Ainsi que cela ressort des débats des deux Chambres de l'Assemblée fédérale, la notion de dédommagement n'a pas reçu une acception univoque. Pour le représentant du Conseil fédéral lors du débat des deux Chambres, il était en tout cas exclu qu'une somme soit perçue par les communes qui correspondrait à un dédommagement pour des droits réels. C'est ainsi que le Conseil fédéral a déclaré qu'il devait s'agir clairement d'un simple émolument administratif (BOAF 1997 CE 99; CN 379). Cette interprétation restrictive est conforme au but de la loi qui est de libéraliser le marché tout en garantissant le service universel (FF 1996 III 1373). Or, cet objectif de libéralisation n'a pas été remis en cause par l'Assemblée fédérale, de sorte qu'il faut admettre que tant le message du Conseil fédéral que les débats à l'Assemblée fédérale retracent la même volonté de favoriser l'accès libre au marché, sans une distorsion due à la nécessité de dédommager les collectivités publiques pour la pose de lignes nouvelles.

4. La question de la perception de taxe ou d'émolument pour l'usage du domaine public est réglée en droit cantonal par la loi sur les routes. L'alinéa 2 de cette disposition prévoit que toute occupation ou tout

travail sur ou sous la voie publique excède l'usage commun au sens de l'alinéa premier de la même disposition et doit faire l'objet d'une permission. Quoique l'emprise des travaux des SIG sur la voie publique ne soit que temporaire, il faut donc admettre que cette emprise excède l'usage commun au sens du droit public cantonal.

a. L'article 59 alinéa 7 LR dispense un certain nombre d'aménagements de toute taxe fixe ou redevance. Il s'agit notamment de tous ceux imposés par la loi, tels que les sorties de secours exigées par la protection civile ou les empiétements mineurs n'excédant pas dix centimètres, de même que ceux visant à améliorer l'esthétique des bâtiments (art. 59 al. 7 lettres b, c et e). Il faut admettre avec l'autorité juridictionnelle de première instance que les fouilles litigieuses ne sont pas prévues au nombre des exemptions précitées. Elle a alors cru pouvoir faire application du règlement fixant le tarif des empiétements sur ou sous le domaine public du 21 décembre 1988 (le règlement; L 1 10.4), qui arrête à CHF 45.-- le prix de la taxe fixe par mètre carré pour une fouille dans une chaussée lorsque celle-ci est vieille de plus de cinq ans et à CHF 13.-- lorsqu'il s'agit d'une fouille dans un trottoir, une piste cyclable, une promenade dont le revêtement est également vieux de plus de cinq ans.

b. Cette application du droit cantonal, si elle est conforme à celui-ci, néglige cependant l'adage "Bundesrecht bricht kantonales Recht". Comme on l'a vu, le législateur fédéral a en effet entendu garantir la gratuité pour l'utilisation d'un fonds, à moins que celle-ci n'entrave l'usage du domaine public. Or il est manifeste, à la seule lecture du règlement qui prévoit des taxes fixes pour des installations provisoires et occasionnelles comme "une occupation de courte durée" (art. 4) des "fouilles" (art. 5), des "chantiers" (art. 5a) voire des terrasses, des terrasses parisiennes, des étalages, des manèges, dépôts divers, des expositions et des cycles, cyclomoteurs et motocycles (art. 6 à 11), qu'il ne règle pas la question de la contre-valeur éventuelle d'un usage privatif du sol, entravant l'usage public, mais celui d'une redevance forfaitaire. Dès lors, une collectivité publique genevoise ne peut se prévaloir de ces normes de droit cantonal, qui seraient alors considérées comme des règles d'exécution de l'article 35 alinéa 4 LTC. Afin de réaliser cette dernière hypothèse, il faudrait que le droit cantonal vise expressément l'entrave, même temporaire à l'usage du domaine public et

prévoit un mode d'indemnisation de cet usage sur ce seul critère et non une redevance forfaitaire. Le fait que des critères comme l'âge du revêtement soit retenu démontre bien que le but de la réglementation cantonale n'est pas le même que celui de l'article 35 alinéa 4 LTC et ne peut lui servir de disposition d'exécution.

5. Dans la mesure où le droit fédéral contraint les communes concernées à ne percevoir qu'un émolument administratif pour la délivrance d'autorisation d'installer des lignes dans le sous-sol, il n'y a pas lieu d'examiner l'étendue de la garantie de gratuité selon le droit cantonal dont se prévalent les recourants. Il sera simplement rappelé que l'émolument administratif de CHF 135.-- annulé par la commission en application du droit cantonal et qui n'est pas litigieux devant la juridiction de céans, n'est pas contraire au droit fédéral.
6. Bien fondé, le recours doit être entièrement admis. Les taxes fixes sont annulées, de même que la décision entreprise dans la mesure où elle porte sur les frais et émoluments de la procédure de première instance. L'établissement recourant a droit dès lors à une indemnité de procédure d'un montant de CHF 3'000.-- qui sera mis à la charge de la commune intimée. Cette dernière, quoiqu'elle succombe, ne sera pas condamnée aux frais de la procédure, vu son statut de collectivité publique.

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif
à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 27 avril 2000 par les Services industriels de Genève contre la décision de la commune de Vernier du 21 mars 2000;

au fond :
l'admet;

annule la décision entreprise dans la mesure où elle est litigieuse;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument de procédure;

condamne la commune de Vernier au

paiement d'une indemnité de CHF 3'000.-- aux Services industriels de Genève valant participation aux honoraires d'avocat;

dit que conformément aux articles 97 et suivants de la loi fédérale d'organisation judiciaire, le présent arrêt peut être porté, par voie de recours de droit administratif, dans les trente jours dès sa notification, par devant le Tribunal fédéral; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il est adressé en trois exemplaires au moins au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14; le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyen de preuve, doivent être joints à l'envoi.

communiqué le présent arrêt à Me Pierre-Louis Manfrini, avocat de la recourante, à Me David Lachat, avocat de l'intimée et à la commission de recours en matière de constructions.

Siégeants : M. Schucani, président, M. Thélin,
Mmes Bonnefemme-Hurni et Bovy, M. Paychère,
juges.

Au nom du Tribunal administratif :
la greffière-juriste : le président :

V. Montani

D. Schucani

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Mme M. Oranci