du 27 avril 1999

dans la cause

SI RESIDENCE X.
représentée par la Régie du Centre S.A.

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ENERGIE

A/793/1998-IEA

EN FAIT

1. La société immobilière RESIDENCE X. (ci-après: la SI) est propriétaire de l'immeuble sis 16, chemin … (ci-après : l'immeuble ...) au Petit-Saconnex. Elle est représentée dans le présent litige par la Régie du Centre S.A., sise 8, rue de la Madeleine à Genève (ci-après : la Régie).

   Cet immeuble fait partie d'un ensemble résidentiel dénommé la T., qui comprend trente-deux bâtiments d'habitation et deux bâtiments administratifs. Il est géré par Serimo Service Immobilier S.A. (ci-après: Serimo).

2. Le 21 octobre 1994, le Conseiller d'Etat chargé du département des travaux publics et de l'énergie, actuellement département de l'aménagement, de l'équipement et du logement (ci-après : le DAEL) a envoyé un courrier aux régies immobilières genevoises, notamment à la Régie leur rappelant que, dès le 1er janvier 1993 et conformément à l'article 15 B de la de la loi sur l'énergie du 18 septembre 1986 (LEnergie - L 2 30) et 14 A du règlement d'application de la LEnergie du 31 août 1988 (RLEnergie - L 2 30.01), les propriétaires des bâtiments regroupant au moins cinq utilisateurs d'une installation de chauffage central avaient l'obligation de calculer chaque année l'indice de dépense d'énergie (ci-après : l'IDC) de leurs bâtiments.

   Le calcul était obligatoire chaque année pour les consommations postérieures au 1er janvier 1993, soit dès la fin de l'année civile 1993 ou dès la fin de la saison de chauffage 1993-1994, selon la période de comptabilité du bâtiment. Ils devaient s'adresser pour ce faire à un concessionnaire.

3. a. En 1994 et 1995, 17 publications sont parues dans la Feuille d'avis officielle (ci-après: FAO) rappelant l'obligation précitée, ainsi que les sanctions prévues en cas de non respect de cette obligation, en application de l'article 23 LEnergie.

   b. Par publication dans la FAO du 14 février 1996, le DAEL a relevé que pour plus de la moitié des bâtiments concernés, l'IDC n'avait pas encore été calculé. Un délai au 31 décembre 1996 était accordé aux intéressés pour

s'exécuter.

c. A plusieurs reprises dans le courant de juin 1997, une nouvelle parution a eu lieu dans la FAO, selon laquelle le délai pour le retour des IDC, prolongé au 30 avril 1997 (soit un délai au 31 décembre 1996 additionné du délai technique admis de 4 mois), arrivait à son terme et que les retardataires étaient passibles d'une amende de CHF 200.- par année manquante. Un ultime délai au 30 juin 1997 leur était accordé. Cette information a été transmise à la chambre genevoise immobilière.

4. Le 26 février 1998, l'office cantonal de l'énergie (ci-après : l'OCEN), a fait parvenir à la SI un courrier concernant l'immeuble ... lui rappelant l'obligation imposée par la LEnergie ainsi que le délai complémentaire fixé au 30 juin 1997. Un ultime délai de 30 jours à réception dudit courrier était imparti à la SI pour communiquer l'IDC de l'immeuble en cause. L'inobservation de ce délai pourrait entraîner l'application des sanctions prévues par la loi.

5. Le 29 mai 1998, le bureau d'ingénieur Raymond E. M. S.A. (ci-après: M.), un des cent concessionnaires habilité à calculer l'IDC, a remis une disquette à l'OCEN comprenant le calcul de l'IDC pour 1997 relativement à plusieurs bâtiments, dont l'immeuble ....

6. Le 8 juillet 1998, constatant que son courrier du 26 février 1998 était resté sans réponse, l'OCEN a infligé à la SI une amende de CHF 800.- (CHF 200.- par année manquante et pour 4 années). Un ultime délai au 10 août 1998 lui était fixé pour communiquer le calcul de l'IDC de l'immeuble ..., faute de quoi une sanction aggravée serait prononcée.

7. Le 22 juillet 1998, Serimo a écrit au département de l'intérieur, de l'agriculture, de l'environnement et de l'énergie (ci-après : DIAE) en s'étonnant de la sanction infligée dès lors qu'elle avait mandaté M. pour faire les calculs et que celle-ci avait transmis au DIAE l'IDC pour les 32 immeubles qui formaient l'ensemble résidentiel de la T., dont l'immeuble ....

8. Le 5 août 1998, l'OCEN a informé Serimo qu'il n'avait jamais reçu l'IDC pour l'immeuble .... M. n'avait pas respecté les règles prescrites puisqu'elle avait rassemblé toutes les adresses concernées par le calcul de l'IDC sur la seule adresse où se trouvait la chaufferie.

En outre, le calcul n'avait été fait que pour 1997 alors qu'il était obligatoire dès 1993. L'OCEN consentait à réduire le montant de l'amende à CHF 400.- si M. transmettait les données d'ici au 31 août 1998.

9. Le 5 août 1998, la SI a recouru contre l'amende du 8 juillet 1998 en alléguant que M. avait transmis au DIAE les informations relatives aux 32 immeubles formant l'ensemble de la T., dont l'immeuble ....

10. Le 2 octobre 1998, l'OCEN s'est opposé au recours.

La SI s'était acquittée de son obligation après le prononcé de l'amende. Il était normal que le propriétaire ait régularisé la situation dans le délai de 30 jours qui lui avait été imparti, mais cela ne changeait rien quant à la sanction infligée.

11. Le 6 novembre 1998, la SI a répliqué.

Elle s'étonnait du fait que, s'agissant de tous les immeubles de l'ensemble résidentiel, seul l'immeuble ... avait été amendé. Il était incompréhensible que l'OCEN n'ait pas reçu l'IDC pour ce dernier immeuble s'il l'avait reçu pour les autres.

12. Le 15 décembre 1998, l'OCEN a dupliqué en concluant à ce que le Tribunal administratif confirme l'amende de CHF 400.- ("prononcée le 8 juillet 1998 à CHF 800.- et ramenée ultérieurement à CHF 400.-").

Dans l'impossibilité matérielle d'atteindre l'intégralité des propriétaires d'immeubles qui n'avaient pas satisfait aux obligations légales, il avait procédé par pointage et avait identifié un certain nombre d'adresses, réparties sur le canton, d'immeubles à cinq preneurs de chaleur et plus, dont l'indice ne lui avait pas été communiqué. Le but était d'accroître progressivement la pression exercée sur les propriétaires pour qu'ils se conforment à leur obligation de calculer l'IDC et non de mettre le plus grand nombre de propriétaires possible à l'amende. M. lui avait communiqué l'IDC par chaufferie, et non par allée, comme cela était requis par les directives, si bien que l'immeuble ... ne figurait pas dans la base de données. L'OCEN avait eu la volonté d'accroître progressivement la pression exercée sur les propriétaires pour qu'ils se conforment à leur obligation. Le but était le calcul des IDC et non pas la mise à l'amende du plus grand nombre.

Il était incompréhensible que la SI invoque l'impunité des autres bâtiments de l'ensemble résidentiel pour minimiser son omission.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 8 al. 1 chiffre 97 de la loi sur le Tribunal administratif et le Tribunal des conflits du 29 mai 1970 – LTA – E 5 05; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 – LPA – E 5 10).

2. Dans sa duplique du 15 décembre 1998, l'OCEN conclut à la confirmation d'une amende réduite de CHF 400.–. Ce faisant, l'OCEN a rendu une décision de reconsidération de l'amende du 8 juillet 1998 qui se substitue à celle-ci dans le cadre de la présente procédure, au sens de l'article 67 alinéas 2 et 3 LPA.

3. L'IDC exprimé en mégajoules par mètre carré et par an (MJ/m2.a) représente la quantité annuelle d'énergie consommée pour la production de chaleur (chauffage et eau chaude sanitaire), ramenée à une mètre carré de plancher chauffé, et corrigé en fonction des données climatiques (degrés-jours) de l'année considérée (art. 15B al. 1 LEnergie).

   En vue de déterminer notamment leur assujettissement au décompte individuel des frais de chauffage, conformément aux articles 119 et suivants de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI – L 5 05), le calcul de l'IDC est obligatoire pour tous les bâtiments existants d'au moins 5 utilisateurs d'une installation de chauffage central (art. 15B al. 2 LEnergie). Le propriétaire ou le gérant de l'immeuble est tenu de fournir au département les données nécessaires au calcul de l'IDC (art. 14 al. 2 du règlement d'application de la LEnergie du 21 août 1988 – REnergie – L 2 30.01).

   Les contrevenants à la LEnergie sont passibles d'amendes de CHF 100.– à CHF 60'000.–. Il est tenu compte, dans la fixation du montant de l'amende, du degré de gravité de l'infraction (art. 23 al. 1 et 3 LEnergie).

4. a. Les amendes administratives sont de nature pénale,

car aucun critère ne permet de les distinguer clairement des amendes ordinaires pour lesquelles la compétence administrative de première instance peut au demeurant aussi exister. C'est dire que la quotité de la peine administrative doit être fixée en tenant compte des principes généraux régissant le droit pénal (ATA C. du 18 février 1997; P. MOOR, Droit administratif : les actes administratifs et leur contrôle, vol. 2, Berne 1991, ch. 1.4.5.5, p. 95-96; P. NOLL et S. TRECHSEL, Schweizerisches Strafrecht: allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, AT I, 5ème édition, Zurich 1998, p. 40).

b. Il est ainsi nécessaire que le contrevenant ait commis une faute, fût-ce sous la forme d'une simple négligence. Selon des principes qui n'ont pas été remis en cause, l'administration doit faire preuve de sévérité afin d'assurer le respect de la loi (A. GRISEL, Traité de droit administratif, vol. 2, Neuchâtel, 1984, pp. 646-648; ATA G. du 20 septembre 1994) et jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour infliger une amende (ATA G. précité; Régie C. du 8 septembre 1992). La juridiction de céans ne la censure qu'en cas d'excès (ATA U. du 18 février 1997). Enfin, l'amende doit respecter le principe de la proportionnalité (ATA P. du 5 août 1997).

c. L'autorité qui prononce une mesure administrative ayant le caractère d'une sanction doit faire application des règles contenues à l'article 68 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0) lorsque par un ou plusieurs actes, le même administré encourt plusieurs sanctions (ATF 122 II 182-184; 121 II 25 et 120 Ib 57-58; RDAF 1997 pp. 100-103; ATA B. du 24 mars 1998). Selon cette disposition, si l'auteur encourt plusieurs amendes, le juge prononce une peine pécuniaire unique, et dont le montant doit être proportionné à la culpabilité (art. 68 al. 1 CP). De plus, lorsqu'une personne est sanctionnée pour des faits commis avant d'avoir été condamnée pour une autre infraction, le juge doit fixer la sanction de manière à ce que le contrevenant ne soit pas puni plus sévèrement que si un seul jugement avait été prononcé (art. 68 al. 2 CP). Si l'auteur encourt plusieurs amendes, l'article 68 CP n'élargit pas le cadre de la peine applicable (art. 68 ch. 1 al. 2 CP) et le juge n'en tient compte que lors de la fixation de l'amende en vertu des articles 63 et 48 ch. 2 al. 1 CP (M. KILLIAS, Précis de droit pénal général, Berne 1998, p. 170).

5. a. Selon l'article 19 CP, l'action pénale relative à

l'amende se prescrit par une année, la peine par deux ans. En application des articles 71 et 72 CP, la prescription court du jour où le délinquant a exercé son activité coupable. Si cette activité s'est exercée à plusieurs reprises, du jour du dernier acte; si les agissements coupables ont eu une certaine durée, du jour où ils ont cessé (art. 71 CP).

b. La prescription est interrompue notamment par tout acte d'instruction d'une autorité chargée de la poursuite, ou par toute décision du juge dirigée contre l'auteur, en particulier par les citations et interrogatoires; à chaque interruption, un nouveau délai de prescription commence à courir. Néanmoins, l'action pénale sera en tout cas prescrite pour les contraventions, à l'expiration d'un délai du double de la durée normale, soit pour les amendes à l'expiration d'un délai de deux ans (art. 72 al. 2 CP).

c. Lorsqu'il s'agit d'un délit continu, la prescription commence à courir le lendemain du jour où l'activité coupable cesse. Dans le cas d'une omission (proprement ou improprement dite), la prescription commence à courir dès le moment où l'auteur aurait dû agir; si cette omission a duré dans le temps, le moment déterminant est celui où l'obligation d'agir a cessé (ATF 122 IV 61; M. KILLIAS, op. cit., no 1644).

6. Le Tribunal fédéral a décidé de renoncer à la notion juridique du délit successif (ATF 117 IV 408 ss). Il a jugé qu'il y avait lieu de procéder à un examen différencié des divers domaines dans lesquels elle entraînait des conséquences, notamment la prescription. S'agissant de la prescription des délits qui étaient, sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, considérés comme successifs, le Tribunal fédéral a jugé qu'il fallait se fonder sur l'articulation des différents actes délictueux afin de déterminer s'ils pouvaient constituer un tout auquel l'article 71 alinéa 2 CP serait applicable (ATF 117 IV 408 consid. 2f aa p. 413). Sur ce point, il faut s'en remettre à des critères objectifs et non pas subjectifs (ATF 118 IV 309 consid. 2c p. 317). Ainsi, on doit considérer qu'une activité s'est exercée à plusieurs reprises, au sens de l'article 71 alinéa 2 CP, si les actes délictueux sont identiques ou analogues et lèsent le même bien juridiquement protégé.

Une certaine unité entre les actes incriminés est donc requise. Elle est suffisante lorsque ces actes

procèdent d'un comportement durablement contraire à un devoir permanent de l'auteur, sans que l'on soit toutefois en présence d'un délit continu au sens de l'article 71 alinéa 3 CP (ATF 117 IV 408 consid. 2f bb p. 413; ATF 118 IV 309 consid. 2c p. 317). A titre d'exemple d'un tel comportement délictueux durable, le Tribunal fédéral a cité la violation d'une obligation d'entretien, puisque le devoir de s'acquitter d'une dette d'aliments ne cesse pas après le terme fixé pour le paiement, mais qu'au contraire le débiteur demeure à tout moment tenu de verser la totalité des montants échus (ATF 117 IV 408 consid. 2f bb p. 414; ATF 118 IV 309). En effet, l'obligation d'entretien ne porte pas uniquement sur le versement périodique d'une contribution alimentaire, mais le débiteur est au contraire tenu, de manière permanente, de participer à l'entretien du créancier d'aliments, et ce jusqu'à ce que la cause de l'obligation ait disparu. Dès lors, celui qui, durablement, contrevient à son devoir de fournir les aliments dus, se rend de manière permanente coupable de l'infraction réprimée par l'article 217 CP, de sorte que le délai de plainte ne commence pas à courir tant que persistent les omissions coupables (ATF 118 IV 325).

7. a. En l'espèce, le calcul de l'IDC est obligatoire chaque année pour les consommations postérieures au 1er janvier 1993. L'obligation de transmettre ce calcul naît soit le 1er janvier de l'année soit dès la fin de la saison de chauffage, selon la période de comptabilité du bâtiment. Il y a donc lieu de considérer, par analogie avec la violation d'une obligation d'entretien (ATF 118 IV 325 précité) que l'omission de transmettre l'IDC constitue un comportement délictueux durable, puisque l'obligation de transmettre les calculs en cause naît chaque année et que les intéressés demeurent à tout moment tenus de s'exécuter. En conséquence, la prescription ne commence pas à courir tant que persiste l'omission coupable.

b. En l'espèce, l'omission coupable s'est donc prolongée jusqu'au jour où la recourante s'est exécutée, date qui ne figure pas précisément au dossier mais qui est postérieure à juillet 1998. En conséquence, le délai de prescription a commencé à courir au mieux dès le 1er août 1998. La prescription relative sera donc atteinte, faute d'interruption, le 1er août 1999 et la prescription absolue le 1er août 2000. Le délai d'une année n'est donc pas encore échu et, par conséquent, l'amende en cause n'est pas prescrite.

8. a. Pour fixer le montant de l'amende, il y a lieu de prendre en compte la durée pendant laquelle la recourante a omis de manière fautive de transmettre l'IDC à l'OCEN.

b. L'OCEN ayant octroyé aux intéressés un ultime délai au 30 juin 1997 pour s'exécuter, l'obligation précitée pouvant donner lieu à sanction, a débuté le 1er juillet 1997 seulement. L'on ne saurait en effet, sans violer le principe de la bonne foi et celui de l'existence de la faute, sanctionner la recourante pour une violation de la LEnergie, alors même que l'OCEN manifestait, par l'octroi de délais, qu'il n'entendait pas sanctionner les retards.

De surcroît, dans le cas d'espèce, la recourante a bénéficié d'un délai supplémentaire fixé par l'OCEN dans son courrier du 26 février 1998. Ce délai peut être estimé au 1er avril 1998 (soit 30 jours dès la date de réception du courrier de l'OCEN par la recourante, laquelle peut vraisemblablement être fixée au 2 mars 1998). C'est donc dès cette dernière date que la recourante peut se voir reprocher de manière fautive une violation de la LEnergie, l'OCEN ayant à ce moment-là clairement manifesté, par la notification de la sanction qui s'en est suivie, que le délai était échu et que la violation de la LEnergie était réalisée.

9. a. L'omission coupable ayant débuté le 2 avril 1998, l'amende ne saurait se fonder sur une omission antérieure à cette date.

b. Pour la fixation de l'amende, il y a donc lieu de considérer que l'omission a débuté le 2 avril 1998 et qu'elle s'est prolongée jusqu'au 31 juillet 1998.

c. Pour cette raison, l'amende de CHF 400.- qui se fonde sur une obligation de la recourante de transmettre depuis 1993 l'IDC pour les années 1993-1994, 1994-1995, 1995-1996 et 1996-1997 doit être annulée.

d. Par ailleurs, le fait de calculer le montant de l'amende sur une base de CHF 200.- par année d'omission est contraire au principe d'une sanction d'ensemble mentionné ci-dessus. L'autorité devait en l'espèce apprécier l'infraction dans sa globalité et prononcer une amende unique en relation avec la succession des manquements constatés, mais non pas multiplier une amende fixée sur la base d'un seul manquement (ATA B. du 2

février 1999).

10. La recourante ne saurait valablement se prévaloir du fait que les autres immeubles dont elle est propriétaire n'ont pas donné lieu à sanction. Les conditions strictes du principe de l'égalité dans l'illégalité pouvant aboutir à l'annulation d'une sanction n'étant en l'espèce pas réunies (A. AUER, L'égalité dans l'illégalité, ZBl 1978, p. 281 ss; ATF 112 b 387).

11. Vu ce qui précède, l'amende litigieuse ne saurait être maintenue. Elle devra être annulée et fixée en fonction de l'omission ayant duré du 2 avril au 31 juillet 1998 et portant sur l'obligation de fournir l'IDC de l'immeuble ... pour les années 1993 à 1998.

Le recours sera donc partiellement admis et la cause renvoyée à l'OCEN afin qu'il fixe à nouveau, en tenant compte de ce qui précède, le montant de l'amende.

12. Un émolument réduit de CHF 250.- sera tout de même mis à la charge de la recourante, qui succombe sur le principe de l'annulation totale de la sanction.

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif
à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 5 août 1998 par la Société immobilière Résidence X. contre l'amende de CHF 400.- de l'office cantonal de l'énergie;

au fond :

l'admet partiellement;

annule l'amende de CHF 400.-;

renvoie la cause à l'office cantonal de l'énergie afin qu'il statue à nouveau dans le sens des considérants;

met à la charge de la recourante un émolument de CHF 250.-;

communique le présent arrêt à la

Société immobilière Résidence X. ainsi qu'à l'office cantonal de l'énergie.

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

Au nom du Tribunal administratif :
le greffier-juriste adj. : le président :

N. Bolli D. Schucani

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :

Mme M. Oranci