du 27 avril 1999

dans la cause

CAISSE DE PRÉVOYANCE DU PERSONNEL DES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS MÉDICAUX
représentée par l'agence immobilière Gérald Rosset

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ÉNERGIE

A/807/1998-IEA

EN FAIT

1. La caisse de prévoyance du personnel des établissements public médicaux du canton de Genève (ci-après: la CEH) est propriétaire de l'immeuble sis 22, route de C. au ... (ci-après : l'immeuble de C.).

   Cet immeuble comprend deux arcades commerciales au rez-de-chaussée et quatre appartements, destinés à l'usage d'habitation, situés aux 1er et 2ème étages. Il est géré par l'agence immobilière Gérald Rosset (ci-après : l'agence immobilière) pour le compte de la CEH.

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 l'agence immobilière 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'IDD) 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 CEH un courrier concernant l'immeuble de C. 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 du courrier était imparti à la CEH pour communiquer l'IDC relatif à l'immeuble en cause. L'inobservation de ce délai pourrait entraîner l'application des sanctions prévues par la loi. La CEH a reçu ce courrier le 4 mars 1998.

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

6. Le 31 juillet 1998, l'agence immobilière a requis de l'OCEN un ultime délai de deux mois pour transmettre les données nécessaires au calcul de l'IDC pour les immeubles gérés par elle. L'OCEN a fait droit à cette demande.

7. Le 10 août 1998, la CEH, représentée par l'agence immobilière, a recouru au Tribunal administratif contre la décision de l'OCEN du 8 juillet 1998 en concluant à son annulation. Le comportement qui lui était reproché ne présentait pas une gravité particulière et la sanction infligée était disproportionnée. Elle n'avait pas à faire les frais d'une application tardive de règles adoptées en 1992. L'OCEN avait adressé sa correspondance directement à la CEH alors qu'elle avait fait élection de domicile à l'agence immobilière; seule cette dernière était en mesure de transmettre les renseignements demandés. En agissant de la sorte, le département de l'intérieur, de l'agriculture, de l'environnement et de l'énergie

(ci-après : DIAEE), dont dépendait l'OCEN, avait "trompé la bonne foi" (sic) de la CEH.

Sitôt informée de l'existence de l'amende, l'agence immobilière avait requis un délai supplémentaire pour transmettre tous les IDC concernant les immeubles dont elle assurait la gestion. Ce délai avait été respecté. Elle avait appris que l'OCEN avait procédé, dans certains cas, à des réductions d'amendes et dans d'autres cas, au maintien de celles-ci, consacrant par là une violation de l'égalité de traitement. En particulier, les Rentes genevoises, assurance pour la vieillesse (ci-après : les Rentes genevoises) avaient bénéficié d'une réduction de l'amende à CHF 400.-, selon un courrier de l'OCEN du 6 août 1998, joint au recours. Dans ce courrier, l'OCEN mentionne que : "nous vous informons que nous ne sanctionnons pas pour l'instant les propriétaires qui nous transmettent spontanément le calcul de l'indice de leurs immeubles, bien qu'ils soient déjà hors délai. Pour ce motif, nous vous invitons à vérifier si les indices de tous les immeubles placés sous votre responsabilité nous ont bien été transmis avant qu'une procédure ne soit formellement entamée".

8. Le 2 octobre 1998, l'OCEN s'est opposé au recours. S'agissant de la proportionnalité, la sanction minimale prévue par la loi était de CHF 100.-. Le DIAEE avait retenu une sanction de CHF 200.- par bâtiment et par année manquante, laquelle avait été annoncée par la FAO et s'adressait à des professionnels de l'immobilier, pour des objets dont le chiffre d'affaire représentait plus de CHF 200.-/m² par an. L'information et les mises en demeure avaient été adressées aux propriétaires des immeubles désignés par le registre foncier, le DIAEE n'ayant pas connaissance des agences immobilières qui les représentaient. Le propriétaire pouvait faire suivre la correspondance à son représentant.

9. Il ne comprenait pas comment l'agence immobilière, réputée pour son professionnalisme, ignorait qu'elle devait procéder au calcul de l'IDC. Ce n'était qu'après le prononcé de l'amende que l'agence immobilière s'était inquiétée de ses obligations. Les rentes genevoises avaient obtenu une réduction de l'amende car, contrairement à la recourante, elles avaient entrepris les démarches pour calculer l'IDC dès réception de la mise en demeure. C'était seulement après le calcul qu'il y avait eu défaut de transmission du résultat. Cette situation avait justifié une réduction de l'amende de CHF

800.- à CHF 400.-. La situation de la CEH n'étant pas similaire, il n'y avait pas inégalité de traitement.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 8 al. 1 ch. 42 de la loi sur le Tribunal administratif et le Tribunal des conflits du 29 mai 1970 - LTA - E 5 05; art. 63 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. a. 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 un 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 31 août 1988 - REnergie - L 2 30.01).

   b. 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 2 LEnergie).

3. 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. du 20 septembre 1994; 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).

4. 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).

5. 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).

6. 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 prolongée jusqu'au jour où la recourante s'est exécutée ou plus précisément jusqu'au jour où elle a obtenu de l'OCEN un ultime délai pour s'exécuter, qu'elle a respecté, soit jusqu'au 31 juillet 1998. En conséquence, le délai de prescription a commencé à courir 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.

7. 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 au 3 avril 1998, fixé par l'OCEN dans son courrier du 26 février 1998 (soit 30 jours dès le 4 mars 1998, date de réception du courrier de l'OCEN par la CEH). 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.

8. a. L'omission coupable ayant débuté le 4 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 de transmettre les données de l'IDC de 1993 à 1998 a débuté le 4 avril 1998 et qu'elle s'est prolongée jusqu'au 31 juillet 1998.

c. Pour cette raison, l'amende de CHF 800.- 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).

9. La recourante ne prétend pas avoir annoncé à l'OCEN une élection de domicile auprès de l'agence immobilière pour ce qui concerne l'application de la LEnergie; en conséquence l'OCEN était en droit de notifier directement aux propriétaires concernés, auxquels s'adresse la LEnergie, les amendes prises en

application de cette loi. L'article 9 LPA qui régit la représentation et l'assistance en procédure administrative ne prévoit d'ailleurs pas que l'élection de domicile suit le choix du mandataire. En toute hypothèse, il incombait à la recourante de transmettre l'identité de son mandataire à l'OCEN, ce d'autant qu'elle avait été avertie, par les premières publications dans la FAO, qu'une sanction lui serait notifiée en cas de violation de la LEnergie.

10. Vu l'issue du litige, il n'y a pas lieu d'examiner le grief d'inégalité de traitement invoqué par la recourante.

11. Vu ce qui précède, l'amende litigieuse du 8 juillet 1998 devra être annulée et fixée en fonction de l'omission ayant duré du 3 avril au 31 juillet 1998 et portant sur l'obligation de fournir l'IDC de l'immeuble de C. 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 10 août 1998 par la caisse de prévoyance du personnel des établissements publics médicaux contre la décision de l'office cantonal de l'énergie du 8 juillet 1998;

au fond :

l'admet partiellement;

annule la décision de l'office cantonal de l'énergie du 8 juillet 1998;

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

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

communique le présent arrêt à la caisse de prévoyance du personnel des établissements publics médicaux 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