

## **BGer 2C\_727/2018 vom 5. Juni 2019**

Bundesgericht, 2019-06-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_727\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_727_2018)

FR: TF 2C\_727/2018 du 5 juin 2019

IT: TF 2C\_727/2018 del 5 giugno 2019

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence ( art. 29 al. 1 LTF ). Il contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis ( ATF 144 II 184 consid. 1).

#### **E. 1.1**

Selon l' art. 82 let. a LTF , le Tribunal fédéral connaît des recours contre les décisions rendues dans des causes de droit public. D'emblée, il faut relever que la Cour de justice laisse de façon surprenante ouvertes l'ensemble des questions relatives à la recevabilité du recours interjeté devant elle. En particulier, elle n'examine pas si le courrier des SIG du 15 février 2017 est une décision, ni si la cause relève du droit public. Cela étant, la chambre administrative de la Cour de justice a traité au fond les questions d'une éventuelle violation de la liberté économique et de l'égalité de traitement et a ainsi retenu implicitement qu'une partie du litige relevait du droit public. Elle n'est en revanche pas entrée en matière sur la question du bien-fondé des prix convenus entre les parties, estimant que cette question concernait une restriction à la concurrence, qui n'était pas de sa compétence. La recourante estime que les SIG n'interviennent pas comme n'importe quel particulier sur le marché de l'accès à l'infrastructure de la fibre optique et qu'en partenariat avec Swisscom, ils occupent une position de monopole sur ce marché. La recourante y voit implicitement une cause de droit public.

#### **E. 1.2**

Lorsqu'il s'agit d'examiner la recevabilité du recours en matière de droit public, il importe peu que l'autorité précédente ait statué en tant que juridiction administrative ou que celle-ci ait fait application de la procédure civile ou administrative; c'est le domaine du droit en cause qui est déterminant ( ATF 138 I 274 consid. 1.2 p. 276; 137 II 399 consid. 1.8 p. 405; 136 II 489 consid. 2.3 p. 492). C'est donc le droit qui régit l'affaire au fond qui est décisif pour déterminer si celui-ci relève du recours en matière civile, pénale ou de droit public ( ATF 138 I 274 consid. 1.2 p. 276; 136 II 489 c. 2.3 p. 492).

Le Tribunal fédéral s'appuie sur plusieurs critères pour déterminer si une contestation relève du droit public ou du droit privé, à savoir sur le critère des intérêts, le critère dit fonctionnel, le critère du sujet ou de la subordination et le critère modal (ou critère de la sanction) (cf. ATF 138 I 274 consid. 1.2 p. 276; 138 II 134 consid. 4.1 p. 137 et références; arrêt 4A\_305/2017 du 18 janvier 2018 consid. 3 non publié aux ATF 144 III 111 ). Aucune de ces théories ne l'emporte a priori sur les autres. Il convient bien plutôt d'examiner dans chaque cas particulier quel critère de distinction est le plus approprié aux circonstances concrètes. Le Tribunal fédéral prend en considération le fait que la différenciation entre droit privé et droit public remplit des fonctions très différentes qui ne peuvent pas être appréhendées avec un seul critère (cf. ATF 138 I 274 consid. 1.2 p. 276 s; 138 II 134 consid. 4.1 p. 137 s.; arrêt

4A\_305 /2017 précité consid. 3).

### **E. 1.3**

Le critère des intérêts qualifie les normes juridiques, ainsi que les rapports de droit dont elles sont le fondement, de droit public ou de droit privé selon qu'elles sauvegardent exclusivement ou principalement l'intérêt public ou les intérêts privés (cf. ATF 138 II 134 consid. 4.1 p. 137).

En l'occurrence, la mise à disposition d'un réseau de fibre optique sert indéniablement un intérêt public. Elle sert toutefois également l'intérêt privé d'acteurs du domaine des télécommunications, comme les fournisseurs de service de télécommunication, lorsque ceux-ci ne disposent pas de leur propre réseau de fibre optique. La balance ne penchant pas clairement en faveur des intérêts public ou privés, le critère des intérêts n'est pas déterminant dans le cas présent.

### **E. 1.4**

Selon le critère fonctionnel, une règle de droit ou un rapport juridique appartient au droit public lorsque il tend directement à l'accomplissement de tâches publiques, à moins que la législation topique ne soumette cette activité au droit privé ( ATF 138 II 134 consid. 1.2 p. 277 et références; 138 II 134 consid. 4.1 p. 137; PIERRE MOOR, Droit administratif, Volume I: Les fondements généraux, 2012, ch. 2.2.2.2, p. 98). Sous l'angle du critère fonctionnel, il convient d'examiner si l'activité déployée dans le cas d'espèce par les SIG, à savoir la mise à disposition de particuliers de son réseau de fibre optique, s'apparente à une tâche publique. Les tâches publiques sont déterminées par la Constitution et les lois et procèdent d'un choix politique. Le cas échéant, il appartient au législateur de déterminer si la tâche publique incombe aux organes étatiques ou si elle est déléguée à des privés. En d'autres termes, c'est l'interprétation de la loi qui détermine ce qui est une tâche publique, qui assume cette tâche et comment elle doit être menée à bien ( ATF 138 II 134 consid. 4.3.1 p. 140).

#### **E. 1.4.1**

Le déploiement de la fibre optique en Suisse s'effectue dans les conditions du marché et non sous un régime de monopole étatique (rapport du Conseil fédéral du 17 septembre 2010 sur l'évaluation du marché des télécommunications, p. 184). Depuis 2008, plusieurs entreprises ont commencé à investir dans la construction de réseaux à fibres optique FTTH. Ce sont avant tout certaines entreprises électriques de grandes villes et Swisscom. Du fait d'investissements importants, et en l'absence de compétences formelles des autorités de régulation en la matière, il était nécessaire de discuter les différentes possibilités de coopération et de standardisation de ces réseaux. C'est pourquoi la Commission fédérale de la communication (ComCom) a organisé neuf tables rondes dès 2008. Conçues comme des plateformes de discussion, ces tables rondes ont réuni les acteurs les plus importants du marché, en particulier les directeurs des entreprises directement concernées et ont permis d'élaborer des normes uniformes et d'éviter la construction non coordonnée de plusieurs nouveaux réseaux (cf. rapport précité du Conseil fédéral du 17 septembre 2010, p. 107; document "Fiber to the Home (FTTH) " et les communiqués de presse relatifs à cette question, accessibles depuis le site internet de la ComCom <[www.comcom.admin.ch](http://www.comcom.admin.ch)>, [consulté le 15 février 2019]; art. 105 al. 2 LTF ). À Genève, les SIG et Swisscom ont conclu un contrat de partenariat le 16 décembre 2010 portant sur la "construction du réseau de fibre optique à Genève". Swisscom construisait l'infrastructure de la ville et les SIG celle

des grandes communes avoisinantes.

Le législateur fédéral n'a pas réglementé l'accès aux lignes de raccordement d'abonné (boucle locale ou dernier kilomètre) pour les lignes à fibre optique. En particulier, l'obligation qui est faite aux fournisseurs de services de télécommunication qui occupent une position dominante de garantir l'accès totalement dégroupé à la boucle locale ne concerne que la paire torsadée métallique en cuivre (cf. art. 11 al. 1 let. a, en lien avec l'art. 3 let. dbis de la loi fédérale du 30 avril 1997 sur les télécommunications [LTC; RS 784.10]; Message du Conseil fédéral du 6 septembre 2017 concernant la révision de la loi sur les télécommunications; FF 2017 p. 6187). Dans le cadre de la dernière révision partielle de la LTC (modification du 22 mars 2019, dont le délai référendaire est encore en cours et sera échu au 11 juillet 2019; FF 2019 p. 2585), les Chambres fédérales n'ont pas suivi le projet du Conseil fédéral qui visait à étendre la garantie d'accès à un raccordement d'abonné filaires non basés sur la paire torsadée métallique, par exemple, sur la fibre optique (cf. art. 11c du projet; Message du Conseil fédéral précité du 6 septembre 2017; FF 2017 p. 6185 ss, en particulier p. 6237 ss; BO 2018 N 1708 s.; BO 2018 CE 826 ss).

#### **E. 1.4.2**

Il découle du droit cantonal que les SIG sont un établissement de droit public, doté de la personnalité juridique, autonome dans les limites constitutionnelles et légales (art. 1 al. 1 et 2 al. 1 de la loi cantonale du 5 octobre 1973 sur l'organisation des Services industriels de Genève [LSIG, RS/GE L 2 35]). Leur but est de fournir dans le canton de Genève l'eau, le gaz, l'électricité, l'énergie thermique, de traiter les déchets, ainsi que d'évacuer et de traiter les eaux polluées (art. 1 al. 1 LSIG). Cette même disposition prévoit également que les SIG peuvent "

développer des activités dans des domaines liés au but décrit ci-dessus, exercer leurs activités à l'extérieur du canton et fournir des prestations et des services en matière de télécommunications ". L'art. 1 al. 2 LSIG indique que "

les prestations et services fournis par les Services industriels, en matière de télécommunications sont strictement limités à la fourniture de l'infrastructure et à la gestion de bandes passantes, ainsi qu'aux services y associés, à l'exclusion de toute activité liée à la création de contenu ".

#### **E. 1.4.3**

Une interprétation littérale de la LSIG ne permet pas de déterminer si les SIG accomplissent directement une tâche publique lorsqu'ils exercent une activité dans le domaine des télécommunications basée sur cette loi.

Sur le plan historique et téléologique, il faut relever ce qui suit: les modifications constitutionnelle et législative qui ont conduit à l'introduction de la possibilité pour les SIG de développer des activités dans le domaine des télécommunications "

ont été élaborées suite à la libéralisation du marché des télécommunications intervenue en Suisse et dans l'Union européenne, le 1er janvier 1998. Le but était de permettre aux SIG de profiter des tracés et emplacements dont le secteur électrique disposait déjà, ainsi que de ses compétences en matière de construction et d'exploitation de réseaux pour mettre sur pied rapidement les infrastructures nécessaires à la transmission des télécommunications et devenir ensuite, par le biais de l'utilisation de ces infrastructures, un opérateur performant à même de proposer toute une série de prestations. Il paraissait, en outre, important d'offrir

aux Services industriels «des nouvelles sources de revenus leur permettant d'asseoir leur solidité financière afin d'être à même de remplir leurs activités de base». De même, il était «important que les SIG ne soient pas limités par des contraintes constitutionnelles ou légales dans cette nouvelle activité» (rapport du Conseil d'Etat de la République et canton de Genève du 25 août 2005 concernant le projet de loi PL 9619 portant sur la modification de la LSIG, p. 3 et 4; cf. également les travaux préparatoires du Grand Conseil de la République et canton de Genève du 17 décembre 1998; mémorial du Grand Conseil PL 7854-A et objet (s) lié (s)). Le Conseil d'Etat a souligné que le but de l'introduction de l'al. 2 de l'art. 1 LSIG était de limiter strictement les prestations des SIG en matière de télécommunication, afin de réduire les risques encourus par ces derniers dans le cadre du développement de leur réseau de fibre optique (rapport du Conseil d'Etat précité du 25 août 2005 p. 4). En outre, il ressort également du rapport du Conseil d'Etat du 18 mai 2006, que la fourniture de prestations et les services en matière de télécommunication pouvaient aussi être proposés par des entreprises concurrentes (mémorial du Grand Conseil, M 1562-B p. 13 s.). Par ailleurs, il découle des discussions qui ont entouré la proposition de résolution "Fibre optique, des millions pour Swisscom et les SIG", rejetée par le Grand conseil genevois le 17 septembre 2015, qui avait pour but de garantir une installation gratuite de la fibre optique pour tous, que la question de savoir si l'Etat devait s'immiscer dans le domaine de la fibre optique était encore controversée (cf. séances du Grand conseil des 23 février 2012 et 17 septembre 2015 et rapport de la Commission de l'énergie et des Services industriels du 4 janvier 2013; mémorial du Grand conseil R 674 et R 674-A).

Sur le vu de ce qui précède, le développement du réseau de fibre optique et sa mise à disposition des particuliers par les SIG visaient en premier lieu à exploiter les compétences des SIG en matière de construction et de développement de réseau et à trouver une nouvelle source de financement. Dès lors, bien qu'il existe indéniablement un intérêt public à avoir des réseaux de télécommunication performants, on ne peut pas déduire de ce qui précède que l'activité déployée par les SIG dans le domaine de la fibre optique tende directement à l'accomplissement d'une tâche publique.

De plus, le législateur cantonal n'a pas réglementé plus avant l'activité que les SIG pouvaient développer en matière de télécommunication. En particulier, la mise à disposition du réseau de fibre optique n'a pas fait l'objet de procédures spécifiques, il n'existe pas de règles sur la tarification ni d'obligation pour les SIG d'assurer des prestations de base (ce qui plaiderait en faveur du droit public; cf. ATF 144 III 111 consid. 5.1 et 5.2). Sous l'aspect fonctionnel, les SIG exercent une activité économique comparable à celle d'un acteur privé et/ou fournissent des prestations économiques à des privés (administration de prestation), en recourant à la forme du droit privé, ce qui, au vu de ce qui précède (absence de réglementation et de réalisation directe de tâche publique), est admissible (cf. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2016, n. 1378 ss p. 305 ss et n. 1294 p. 282, concernant la nature du contrat; MOOR, op. cit., ch. 2.2.4.1 et 2.2.4.2 p. 110 ss). Dans ce cadre, les SIG participent au jeu de la concurrence, ce qui plaide également en faveur du droit privé (cf. ATF 138 I 289 consid. 2.7 p. 293 s.; 129 III 35 consid. 5.2 p. 40).

Le critère fonctionnel incite donc à retenir un rapport de droit privé.

## **E. 1.5**

Le critère de la subordination, qui soumet au droit public les rapports dans lesquels une partie est supérieure à l'autre en fait ou en droit et au droit privé ceux où les parties traitent d'égal à égal à tous points de vue ( ATF 138 II 134 consid. 4.1 p. 137), va dans le même sens.

#### **E. 1.5.1**

En lien avec le critère de la subordination se pose tout d'abord la question du pouvoir décisionnel des SIG dans le domaine en cause. La recourante qualifie le courrier des SIG du 15 février 2017 de décision, ce que ces derniers contestent, en précisant qu'ils n'étaient pas habilités à rendre une décision dans ce domaine. La Cour de justice ne s'est pas prononcée sur la qualification de ce courrier.

#### **E. 1.5.2**

Sont des décisions les actes de l'autorité qui règlent de manière unilatérale et contraignante un rapport juridique dans un cas particulier. Les décisions administratives sont rendues dans l'exercice de la puissance publique (cf. ATF 144 II 376 consid. 7.1 p. 379; 137 II 409 consid. 6.1 s. p. 412 et les références citées). La délégation de tâches publiques à un organisme extérieur à l'administration peut implicitement comprendre le pouvoir décisionnel nécessaire à leur accomplissement, pour autant qu'une loi spéciale ne l'exclue pas et que l'exercice d'un tel pouvoir de décision soit indispensable à l'organisme concerné pour réaliser lesdites tâches ( ATF 144 II 376 consid. 7.1 p. 379; 137 II 409 consid. 6.1 s. p. 412).

#### **E. 1.5.3**

En l'occurrence, la législation cantonale ne prévoit pas spécifiquement que les SIG ont une compétence décisionnelle en matière de télécommunication. Lorsqu'ils mettent comme en l'espèce à disposition leur réseau de fibre optique, les SIG n'ont ainsi pas la compétence de rendre des décisions pour régler des rapports juridiques, ni d'en obtenir l'exécution forcée sans avoir à passer par le juge.

#### **E. 1.5.4**

En outre, dans le présent cas, les parties interviennent d'égal à égal, cette égalité étant concrétisée par le recours au contrat (de droit privé; cf. infra consid. 1.8), puis au juge en cas de conflit sur celui-ci (ch. 19 du contrat passé entre les SIG et la recourante; art. 105 al. 2 LTF ). La réglementation n'a pas restreint la liberté contractuelle des parties, qui ont eu la possibilité de décider de la conclusion du contrat, de son contenu et de ses modalités et de librement choisir leur cocontractant (cf. ATF 138 II 134 consid. 4.4.1 p. 152).

#### **E. 1.5.5**

Sur le vu de ces éléments, un rapport de subordination propre au droit public doit être nié. Ce critère parle donc clairement en faveur du droit privé.

#### **E. 1.6**

Le critère modal attribue une norme à l'un ou à l'autre droit selon que sa violation entraîne une sanction relevant du droit privé (par exemple, nullité d'un acte juridique) ou une sanction relevant du droit public (par exemple, révocation d'une autorisation) ( ATF 138 II 134 consid. 4.1 p. 137).

En l'occurrence, le non-respect du contrat peut conduire à la suspension de la mise à disposition des infrastructures ou à la résolution du contrat (ch. 4.2 et 9 du contrat cadre des

28 et 29 novembre 2016 [selon l'exemplaire traduit en français par la recourante; l'exemplaire en langue allemande, faisant en principe foi, étant incomplet sur ce point]; art. 105 al. 2 LTF ) et non à une sanction de droit public. Un tel constat plaide en faveur du droit privé.

### **E. 1.7**

Par ailleurs, il faut relever que parmi les biens publics, la jurisprudence et la doctrine opèrent une distinction entre les biens du patrimoine financier, qui ne servent qu'indirectement à l'accomplissement de tâches étatiques, et les biens publics au sens étroit ( ATF 138 I 274 consid. 2.3.2 p. 284; arrêts 4A\_250/2015 du 21 juillet 2015 consid. 4.1; 2C\_167/2012 du 1er octobre 2012 consid. 4.2). En l'occurrence, l'activité développée par les SIG en matière de fibre optique vise en premier lieu à valoriser leurs compétences et à leur fournir une nouvelle source de financement (cf. supra consid.1.4.3). Dans cette mesure, leur réseau de fibre optique ne sert pas directement à l'accomplissement de tâches publics et appartient au patrimoine financier des SIG. Or, un tel patrimoine est en principe géré selon le droit privé (arrêts 4A\_250/2015 du 21 juillet 2015 consid. 4.1 et les références citées; 2C\_167/2012 du 1er octobre 2012 consid. 4.2).

### **E. 1.8**

Au surplus, le litige porte sur le contrat conclu entre les SIG et la recourante les 28 et 29 novembre 2016. La présence d'une clause d'élection de for va dans le sens d'un contrat de droit privé (cf. ATF 134 II 297 consid. 3.3 p. 303). Aucun indice ne révèle que celui-ci serait un contrat de droit public, ce d'autant plus que, comme nous l'avons vu (cf. supra consid. 1.4.3), les SIG n'exécutent pas directement une tâche publique lorsqu'ils mettent à disposition leur réseau de fibre optique (sur la distinction entre contrat de droit administratif et privé, cf. ATF 134 II 297 consid. 2.2 p. 301; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, op. cit., n. 1292 ss p. 281 ss; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 333 s.). Il convient donc de qualifier le contrat en cause de contrat de droit privé. Les parties ne prétendent pas qu'il puisse s'agir d'un contrat de droit public.

### **E. 1.9**

En conclusion, sur le vu de l'ensemble de ces éléments, les critères examinés, à l'exception du critère des intérêts, penchent clairement en faveur du droit privé. La relation litigieuse entre les SIG et la recourante est donc soumise au droit privé. Les SIG sont également de cet avis (cf. réponse) et la recourante ne les conteste pas véritablement sur ce point.

### **E. 2**

La recourante fait en revanche valoir que les SIG et Swisscom ont une position dominante sur le marché de la fibre optique.

D'emblée, on peut rappeler que le développement et l'exploitation des réseaux de fibre optique ne sont pas réglementés et qu'on ne se trouve donc pas, dans le canton de Genève, en présence d'un monopole de droit (sur cette notion, voir TANQUEREL, op. cit., p. 351 ss; concernant la situation spécifique à Genève, cf., pour exemple, l'arrêt 4C.134/2005 du 13 septembre 2005, dont les acteurs sont des entreprises privées non titulaires de concession). Il existe ainsi en principe un rapport de concurrence entre les différents prestataires de service, bien que la question de savoir si cette concurrence est effective reste discutée (cf. FF 2017 p. 6203 ss, 6218 ss, 6224 s., 6237 s.). La recourante ne conteste pas que d'autres entreprises peuvent librement venir concurrencer les SIG et Swisscom sur le marché de la

fibres optiques, mais elle relève que, dans la réalité, aucune entreprise privée ne peut véritablement les concurrencer dans ce domaine dans le canton de Genève. La question de la position dominante des deux entreprises précitées n'a toutefois pas à être tranchée dans le présent cas. En effet, même en présence d'un monopole étatique de droit, le titulaire d'une concession, comme une compagnie aérienne ou de taxis, ne se trouve pas dans un rapport de droit public avec ses clients du seul fait qu'un monopole lui a été confié. A fortiori, la seule existence d'un monopole de fait ne permet donc pas non plus de conclure à l'existence d'un rapport de droit public.

### **E. 3**

Par ailleurs, il faut relever que le droit de la concurrence permet de remédier à un éventuel abus de position dominante d'une entreprise de droit public, lorsque celle-ci effectue des prestations de nature économique susceptibles d'être en soi obtenues sur le marché (cf. art. 2, 7 et 49a al. 1 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence [LCart; RS 251]; MARTENET/KILLIAS in: Martenet/Bovet/Tercier [éd.], Commentaire Romand, Droit de la Concurrence, 2013, n° 36 ss ad art. 2 LCart ).

### **E. 4**

Au demeurant, l'appréciation qui précède concernant la soumission au droit privé ne préjuge en rien de la question de savoir si les SIG sont tenus de respecter les droits fondamentaux dans le cadre de l'activité qu'ils déploient dans le domaine des télécommunications (cf. ATF 139 I 306 consid. 3.2.2 p. 311; arrêt 2C\_966/2018 du 29 janvier 2019 consid. 3.6 et les références citées).

### **E. 5**

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, la décision attaquée porte sur un litige ressortissant au droit privé. Le recours en matière de droit public est partant irrecevable (cf. ATF 138 I 274 consid. 1.2 p. 276; 136 II 489 consid. 2.3 p. 492; ALAIN WURZBURGER, in Commentaire de la LTF, 2014, n° 64 ad art. 82).

Les mauvaises autorités ayant été saisies d'emblée (litige porté devant les autorités administratives et traité par celles-ci, en lieu et place des autorités civiles), on ne saurait envisager le recours interjeté par la recourante comme un recours en matière civile.

### **E. 6**

Succombant, la recourante doit supporter les frais judiciaires ( art. 66 al. 1 LTF ). Les SIG, qui ne sont pas représentés, n'ont pas droit à des dépens ( art. 68 al. 1 LTF ).

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