

Mathieu Simona

Le contracting énergétique dans les immeubles locatifs

Le contracting énergétique est le mécanisme par lequel un tiers assume les investissements, les risques et les profits d'une installation de production d'électricité ou de chaleur construite dans l'immeuble du propriétaire qui souhaite en bénéficier, pour lui ou pour ses locataires. Cette contribution examine dans quelle mesure les règles de droit du bail permettent de refacturer les coûts du contracting aux locataires.

Catégories d'articles : Contributions

Domaines juridiques : Droit de l'énergie et de l'environnement

Proposition de citation : Mathieu Simona, Le contracting énergétique dans les immeubles locatifs, in : Jusletter 12 novembre 2018

Table des matières

1. Introduction
2. Le régime juridique applicable au contracting énergétique
 - 2.1. Les particularités du contracting énergétique
 - 2.2. Un contrat sui generis
 - 2.2.1. Distinction avec le contrat de vente
 - 2.2.2. Distinction avec le contrat d'entreprise
 - 2.2.3. Distinction avec le contrat de bail et le contrat de leasing
 - 2.3. Conclusion
3. Le cas des réseaux thermiques (contracting thermique)
 - 3.1. Les bases légales
 - 3.2. Les règles de protection du locataire
 - 3.2.1. Rappels des principes généraux de droit du bail
 - 3.2.2. Le droit du bail appliqué au contracting thermique
 - 3.2.2.1. Les bases légales
 - 3.2.2.2. L'application de l'art. 6a OBLF au contracting
 - 3.2.2.3. L'application de l'art. 6a OBLF en matière de refroidissement
 - 3.2.2.4. Le report de tous les frais de contracting sur les locataires
 - 3.2.2.5. Le bailleur peut-il prélever une marge ?
 - 3.2.3. L'introduction du contracting énergétique en cours de bail
 - 3.3. Conclusion
4. Le cas de la consommation propre d'électricité (contracting électrique)
 - 4.1. Les bases légales
 - 4.2. Les coûts pouvant être facturés aux locataires
 - 4.2.1. En cas de regroupement bailleur/locataires, sans contracteur
 - 4.2.2. Les coûts refacturés aux locataires en cas de contracting
 - 4.2.2.1. Quels sont les coûts pouvant être refacturés ?
 - 4.2.2.2. L'incidence du transfert de l'installation au bailleur en fin de contrat
 - 4.2.2.3. Le bailleur peut-il prélever une marge sur la revente d'électricité aux locataires ?
5. Conclusion

1. Introduction

[Rz 1] Le contracting énergétique est apparu en Suisse dès les années 1990. Le concept n'est donc pas nouveau. Les avantages de ce modèle sont vite compris par le marché et par certains consommateurs, raison pour laquelle il connaît depuis un développement continu. Cette activité est cependant restée pendant longtemps relativement marginale et pratiquée par une minorité d'acteurs. Et ce, essentiellement dans le domaine des réseaux thermiques.

[Rz 2] Son essor actuel est dû à plusieurs facteurs.

[Rz 3] En 2009, en Californie, l'entreprise SolarCity développe un *business model* qui permet à une vaste majorité de propriétaires d'installer des panneaux photovoltaïques (PV) chez eux à des conditions économiques favorables. A l'époque, l'installation de panneaux PV est très coûteuse, ce qui dissuade de nombreux propriétaires d'y recourir. Dans ce contexte, SolarCity propose de louer aux propriétaires des panneaux PV, qu'elle installe sur place mais dont elle reste propriétaire, en contrepartie de quoi l'utilisateur s'engage à acheter sur une certaine durée et à un certain prix l'électricité produite. Ce modèle ne requiert aucun investissement du propriétaire. Les factures mensuelles restent compétitives en comparaison de l'électricité, plus « sale », disponible sur le réseau. Les prix sont fixés pour une longue durée (20–25 ans), supprimant l'exposition à une flambée des prix de l'électricité. Du côté de SolarCity, une banque accepte de financer les

investissements. De manière assez ironique, ce modèle doit beaucoup au leasing de véhicules automobiles, dont il est très proche.

[Rz 4] SolarCity rencontre un succès considérable, qui rayonnera dans le monde entier. La démonstration est faite que les impératifs de protection de l'environnement peuvent être conciliés avec les contraintes économiques, de manière profitable. Le chemin est toutefois encore long avant que ce modèle puisse être exporté en Suisse, ne serait-ce que pour des considérations évidentes d'ensoleillement. Le contexte législatif n'était par ailleurs pas favorable au développement d'un tel modèle.

[Rz 5] Un pas supplémentaire est franchi en 2014, en Suisse cette fois, avec l'introduction dans l'ancienne Loi fédérale sur l'énergie du concept de la consommation propre¹, dans l'idée de favoriser la production d'électricité d'origine renouvelable. Cette possibilité constitue la base de l'auto-alimentation, mais n'était souvent pas possible dans les faits faute de base légale suffisante². La consommation propre permet au propriétaire d'un immeuble de disposer de l'électricité produite sur place sans que le gestionnaire de réseau de distribution (GRD) ne prenne ses flux internes en compte dans sa facturation³.

[Rz 6] Même si elles restent largement insuffisantes, les aides financières accordées par la Confédération et par les cantons contribuent pour leur part au développement de ce modèle, en particulier dans le cadre de l'assainissement de bâtiments. La volonté de favoriser les énergies renouvelables se traduit par ailleurs dans les différents codes de constructions cantonaux et communaux, par exemple en exigeant certains standards énergétiques pour toute construction nouvelle ou rénovation ou en accordant plus de droits à bâtir pour les bâtiments très efficaces. Le contracting énergétique permet d'atteindre ces buts tout en limitant les investissements du propriétaire.

[Rz 7] Il n'y a rien de surprenant à ce que le marché du contracting énergétique soit aujourd'hui occupé par un grand nombre d'acteurs. Les GRD, bien-sûr, jouent les rôles de premier plan. Certains ont même constitué des filiales ad hoc⁴. A leur côté, des entreprises privées spécialisées dans les services énergétiques ou encore des start-ups poursuivant exclusivement ce *business model*. Enfin, les banques et le public, via notamment les « *green bonds* », ces obligations vertes dont l'objet est de financer ce type de projet entre autres.

[Rz 8] L'essor du contracting énergétique touche aussi bien les installations de production d'électricité que les réseaux thermiques (chauffage à distance) et les installations de chauffage individuelles. De nombreux immeubles locatifs sont concernés. La question revient souvent de savoir dans quelle mesure les coûts engendrés par le contracting énergétique peuvent être entièrement reportés sur les locataires. Car sur la durée, les coûts pourraient être plus élevés que dans le cas où le bailleur assumerait directement les investissements et conserverait la propriété de l'installation. La présente contribution tente d'y répondre.

¹ Art. 7 al. 2bis aLEne ; cette règle a été reprise et renforcée lors de l'adoption de la nouvelle Loi fédérale sur l'énergie (LEne), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018. Elle fait l'objet des art. 16 à 18 du Loi fédérale sur l'énergie du 30 septembre 2016 (RS ; LEne 730.0), ainsi que des art. 14 à 18 d'Ordonnance sur l'énergie du 1^{er} novembre 2017 (RS ; OEn 730.01).

² FF 2013 1527, p. 1535 ss.

³ Pour une analyse complète du système de la consommation propre, particulièrement dans le cadre de regroupements entre un bailleur et des locataires, cf. DAVID SIFONIOS, Les regroupements d'autoconsommateurs dans la nouvelle LEne, in : Jusletter 12 mars 2018.

⁴ Par exemple BKW AEK Contracting AG (constituée en 2017) et EKZ Contracting AG (constituée en 2011), pour ne citer que celles qui contiennent le terme *contracting* dans leurs raisons sociales.

2. Le régime juridique applicable au contracting énergétique

2.1. Les particularités du contracting énergétique

[Rz 9] Les éléments essentiels du contracting énergétique sont les suivants.

[Rz 10] Le contracteur s'engage à construire et exploiter une installation de production d'électricité ou de chaleur/froid. Le contracteur assure généralement l'exploitation et la maintenance de cette installation. Il s'engage à livrer une certaine quantité et qualité d'énergie à un preneur (le propriétaire). L'installation est en principe située sur le site du preneur, mais elle peut aussi être située plus loin et être reliée au site par des conduites, dans le cas de chauffage à distance. En matière de contracting électrique, l'installation est toujours située sur le site ou dans le voisinage immédiat du site, de sorte à respecter le cadre légal strict fixé pour la consommation propre.

[Rz 11] Le preneur (le propriétaire) s'engage pour sa part à mettre à disposition du contracteur l'espace sur lequel sera construit l'installation (toit, chaufferie, etc.) et à acheter l'énergie produite à un certain prix et pendant une certaine durée. Dans les cas d'immeubles locatifs, il revend à son tour l'énergie aux locataires, qui n'ont pas de relation contractuelle directe avec le contracteur. Ces frais sont variables et dépendent de la consommation effective. Les mensualités résultent de la somme de plusieurs éléments : (i) coûts de planification et d'installation, y compris réparations éventuelles, lissés sur la durée du contracting, (ii) coûts correspondant à l'exploitation et à la maintenance de l'installation et (iii) marge du contracteur.

[Rz 12] A l'expiration du contrat, l'installation est en principe transférée gratuitement au preneur. Mais certains contrats prévoient une obligation de démantèlement à charge du contracteur ou un droit d'option à une valeur résiduelle (comme en cas de leasing automobile) en faveur du preneur.

[Rz 13] Le preneur n'est pas propriétaire de l'installation. Il ne paye aucun coût de capital en lien avec l'installation, sous réserve parfois d'un forfait unique payé lors du raccordement. Les adaptations du réseau dès la sortie de l'installation (on pense en particulier au système de distribution du chauffage à l'intérieur du bâtiment) sont généralement à la charge du propriétaire et payées séparément dans le cas des contracting thermiques.

[Rz 14] Le contracting électrique recourt aux énergies renouvelables, en particulier aux panneaux PV. Le contracteur conserve le droit de tirer un revenu du négoce des garanties d'origine s'agissant de l'électricité injectée sur le réseau, lorsque la production dépasse la consommation du regroupement.

2.2. Un contrat sui generis

[Rz 15] Le contrat de contracting énergétique emprunte les caractéristiques de plusieurs contrats nommés ou innommés, notamment le contrat de vente, le contrat d'entreprise et le contrat de leasing, mais n'entre clairement dans la définition d'aucun de ces contrats⁵.

⁵ Jugement du 4 février 2015 de l'Obergericht du canton de Zurich, consid. 6, reproduit in : ZR 114/2015, S. 211 ; BALTHASAR BRANDNER, « Energie-Contracting » – kein alter Wein in neuen Schläuchen, in : AJP 1997 1517, p. 1518 ; HANS BÄTTIG, Mietrechtliche Aspekte des Energiecontracting, in : MRA 5/06 163.

2.2.1. Distinction avec le contrat de vente

[Rz 16] Dans le contrat de vente, le vendeur s'engage à livrer une chose à un acheteur et à lui en transférer la propriété. L'acheteur s'engage pour sa part à en payer le prix⁶. La vente à livraisons successives est la forme de vente qui prévoit, pour les quantités à livrer, plusieurs exécutions échelonnées dans le temps, par exemple selon les demandes de l'acheteur.

[Rz 17] La livraison d'énergie (électricité, chaleur) par le contracteur au preneur durant toute la durée du contracting correspond bien à cette définition. Les particularités du contracting en fin de contrat le distinguent toutefois de la vente avec livraison successive. La question du sort de l'installation doit alors être réglée. Différentes options existent : transfert gratuit au preneur (l'installation étant réputée amortie par les mensualités payées), transfert contre paiement d'un prix (valeur résiduelle) à l'instar de ce qui prévaut en matière de leasing ou encore droit et/ou obligation du contracteur de démanteler l'installation.

[Rz 18] Dans le cas où l'installation est transférée au preneur, c'est à ce stade que ce dernier en prend possession et en acquiert la propriété. Ce transfert s'apparente également à un contrat de vente. En cas de cession gratuite au preneur, sa contreprestation sera réputée intégrée dans les mensualités payées et la partie d'immeuble mise à disposition du contracteur durant la durée du contracting. Il ne peut selon nous y avoir de place pour l'application des règles concernant le contrat de donation, même si le transfert peut à première vue sembler gratuit.

2.2.2. Distinction avec le contrat d'entreprise

[Rz 19] Le contrat d'entreprise est le contrat par lequel une des parties (l'entrepreneur) s'oblige à exécuter un ouvrage, moyennant un prix que l'autre partie (le maître) s'engage à lui payer⁷. La prestation caractéristique est la livraison d'un ouvrage produit par l'entrepreneur. Tant que ce dernier en reste propriétaire, l'existence d'un contrat d'entreprise est exclue.

[Rz 20] Le cas étudié ici présente de nombreuses analogies avec le contrat d'entreprise. Le contracteur produit en effet un ouvrage, l'installation. Les coûts de cette installation sont assumés par le preneur au-travers des mensualités payées durant le contracting. A l'expiration du contracting, l'installation est transférée au preneur.

[Rz 21] Les règles sur le contrat d'entreprise ne sauraient cependant s'appliquer au contrat de contracting. Le contracteur reste en effet propriétaire de l'installation durant 15 ans ou plus. Il assure l'exploitation et la maintenance durant toute cette période. Il jouit par ailleurs seul de ses fruits (vente d'énergie) et en assume seul les risques. L'ouvrage n'en est donc plus un, au sens des art. 363 CO, lorsqu'il est transféré en fin de contrat au preneur. C'est la raison pour laquelle nous estimons qu'aucune des dispositions sur le contrat d'entreprise ne saurait s'appliquer au contrat de contracting.

⁶ PIERRE TERCIER / LAURENT BIERI / BLAISE CARRON, Les Contrats spéciaux, Zurich 2006, n° 466 – 468.

⁷ Art. 363 de la Loi fédérale complétant le Code civil Suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (CO ; RS 220).

2.2.3. Distinction avec le contrat de bail et le contrat de leasing

[Rz 22] Le contrat de bail et le contrat de leasing supposent le transfert de la possession de la chose au preneur, lequel en assume en principe les profits et risques. Ce transfert de possession fait défaut dans le contracting, le contracteur conservant tant la propriété que la possession de l'installation. C'est ce qui le distingue du contrat de bail et du contrat de leasing.

2.3. Conclusion

[Rz 23] Le contrat de contracting énergétique est un contrat innommé, mixte, qui intègre des concepts relevant du contrat de vente, d'entreprise, de bail et de leasing. Nous sommes cependant d'avis que ce type de contrat est essentiellement régi par les règles sur le contrat de vente avec livraisons successives pour les prestations de livraison d'énergie, et par les règles sur le contrat de vente (avec livraison unique) pour la prestation de livraison de l'installation en fin de contrat.

[Rz 24] Dans les faits, un contrat de servitude, voire de superficie, est généralement conclu entre le preneur et le contracteur afin de s'assurer que ce dernier reste effectivement propriétaire de l'installation durant toute la période du contracting. Cela permet de réduire le risque que l'installation soit considérée comme une partie intégrante de l'immeuble, auquel cas sa propriété serait transférée au preneur⁸.

[Rz 25] La qualification du contrat de contracting énergétique revêt beaucoup d'importance lorsqu'il s'agit de se pencher sur les relations entre le preneur/bailleur et ses locataires, dans les cas d'immeubles locatifs. Le droit du bail contient de nombreuses règles impératives qui limitent les coûts que le bailleur peut reporter sur les locataires à titre de frais accessoires. Selon la qualification qui sera donnée aux redevances mensuelles payées par le bailleur au contracteur, seule une partie des coûts pourrait être englobée dans les frais accessoires reportés sur le locataire, et certains coûts pourraient devoir être intégrés dans le loyer directement. Nous examinons ces différents cas de figure aux chapitres 3 et 4 ci-dessous dans les cas de contracting thermique d'une part et de contracting électrique d'autre part. Les règles sont en effet différentes.

3. Le cas des réseaux thermiques (contracting thermique)

3.1. Les bases légales

[Rz 26] Le cas des réseaux thermiques est relativement simple. Le raccordement d'immeubles locatifs à des réseaux de chauffage groupés (le contracting ne se conçoit guère dans le cas de larges réseaux) existe en Suisse depuis au moins 20 ans. Le cadre légal a toujours été favorable et les cas se sont donc succédés. Le contracting énergétique en matière de réseaux thermiques, ou plus simplement en cas d'installation de production de chauffage/froid individuelle (on pense à la pompe à chaleur d'un immeuble), est donc possible sans autre contrainte que les contraintes techniques et économiques, contrairement au contracting électrique qui a pendant longtemps été freiné par un cadre juridique adverse.

⁸ Art. 642 du Code civil Suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

[Rz 27] C'est donc sans surprise que les questions de la translation du contracting énergétique dans les règles de droit du bail s'est posée en premier lieu dans le cadre du contracting thermique.

3.2. Les règles de protection du locataire

3.2.1. Rappels des principes généraux de droit du bail

[Rz 28] Débutons par quelques rappels concernant les règles générales de droit du bail.

[Rz 29] La liberté contractuelle n'existe que partiellement lorsqu'il est question de loyer et de frais accessoires.

[Rz 30] La première règle à garder à l'esprit est la suivante : le loyer est réputé couvrir les frais accessoires⁹ ; les dépenses effectives supportées par le bailleur en lien avec la chose louée, dans notre cas les frais de production de chaleur ou de froid, ne peuvent donc être facturées séparément et en plus du loyer que si le contrat de bail le prévoit expressément et qu'il liste clairement le type de frais compris dans les frais accessoires.

[Rz 31] La seconde règle est la suivante : certains types de frais ne peuvent en aucun cas être facturés au locataire à titre de frais accessoires. Il s'agit des impôts fonciers, des primes d'assurance ainsi que des frais de réparation ou remplacement (les frais d'investissement – CAPEX – étant toujours à la charge du bailleur). Une telle clause serait nulle. Et il n'est pas possible d'augmenter postérieurement le loyer pour compenser, sauf – et pour autant que le loyer ne devienne pas abusif – lors de la prochaine échéance du bail. Les pertes possibles sont donc importantes pour le bailleur imprudent.

[Rz 32] C'est le lieu de dresser un premier constat. Les mensualités de contracting paraissent à première vue relever des frais de fourniture en énergie, frais d'exploitation de l'immeuble, et donc des frais accessoires. Cette affirmation n'est cependant pas tout à fait vraie. Nous avons vu plus haut que les mensualités de contracting intégraient, dans une mesure certes limitée, une indemnité permettant au bailleur de récupérer à titre gratuit ou favorable l'installation en fin de contracting. L'acquisition de l'installation est donc financée en tout ou partie grâce aux mensualités de contracting, supportées in fine par les locataires. Le bailleur pourrait alors revendre l'installation à un tiers (qui l'exploiterait et vendrait à son tour l'énergie au propriétaire) et conserver le produit de la vente.

[Rz 33] Il faut comparer la situation décrite ci-dessus au cas traditionnel du bailleur qui est propriétaire de l'installation de chauffage / refroidissement située dans son bâtiment. Les frais accessoires payés par les locataires sont nécessairement plus faibles puisque la totalité des frais d'investissement et réparation de l'installation, ainsi que le service de l'intérêt et les amortissements, sont directement pris en charge par le bailleur¹⁰.

⁹ Art. 257a CO.

¹⁰ Art. 6 de l'Ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux du 9 mai 1990 (OBLF ; RS 221.213.11).

3.2.2. Le droit du bail appliqué au contracting thermique

3.2.2.1. Les bases légales

[Rz 34] Le point de départ est l'art. 5 OBLF. Cette disposition détaille la composition des frais de chauffage et de préparation d'eau chaude qui peuvent être facturés au locataire. La liste est établie sur le fondement que l'installation appartient au bailleur. Elle n'est donc pas adaptée au contracting thermique. En outre, elle ne vise que les frais de chauffage, alors que les besoins thermiques des immeubles peuvent aussi englober le froid. La liste n'est cependant pas exhaustive. Elle a par ailleurs été complétée en 1996 par l'art. 6a OBLF, qui ajoute que peuvent entrer en ligne de compte « les dépenses effectives » du bailleur lorsque ce dernier se fournit en énergie pour le chauffage auprès d'une centrale extérieure (cas du réseau de chaleur à distance). Dans ce cas, le locataire supporte donc également les frais de réparation, les intérêts et l'amortissement¹¹.

3.2.2.2. L'application de l'art. 6a OBLF au contracting

[Rz 35] Selon la jurisprudence, l'art. 6a OBLF s'applique également au cas où la centrale se trouve dans l'enceinte de l'immeuble, lorsque c'est un tiers qui en est propriétaire et non le bailleur¹². S'il est plus que recommandé de créer une servitude pour s'assurer que le tiers reste bien propriétaire de l'installation (soit que cette dernière ne soit pas considérée comme une partie intégrante de l'immeuble), l'analyse semble plutôt pouvoir être faite d'un point de vue économique. Ce qui est déterminant c'est que ce tiers soit la personne qui ait financé l'acquisition de l'installation et qu'il soit responsable de son entretien ainsi que des réparations¹³.

[Rz 36] L'art. 6a OBLF est donc applicable au contracting thermique, y compris lorsque l'installation se trouve au sein même de l'immeuble du bailleur.

3.2.2.3. L'application de l'art. 6a OBLF en matière de refroidissement

[Rz 37] L'art. 6a OBLF ne vise que les frais d'énergie pour le chauffage et l'eau chaude. L'énergie thermique, particulièrement dans les cas de réseaux à distance ou de pompe à chaleur, est toutefois souvent utilisée pour refroidir les immeubles. On peut donc s'interroger sur l'application de cette règle aux réseaux de froid. A notre connaissance, cette question n'a jamais été traitée par la doctrine, n'a jamais été soumise aux tribunaux et n'a pas été discutée par le législateur. S'agit-il d'une lacune ou d'un silence qualifié ?

[Rz 38] En droit du bail, les frais de refroidissement sont généralement traités à part. Les règles applicables au chauffage et à l'eau chaude n'ont pas pour vocation à s'appliquer au refroidissement. Les contrats de bail et les décomptes de frais accessoires préparés par les bailleurs traitent également cette question de manière distincte. D'un point de vue de la systématique de la loi, l'art. 6a OBLF ne s'applique donc pas à la production de froid, ce qui découle d'ailleurs du texte clair de cette disposition.

¹¹ Jugement de l'Obergericht du canton de Soleure du 19 avril 2002, in : mp 2002 216, p. 218 et références citées.

¹² Ibid, p. 218 ; DONATO DEL DUCA, Serviceverträge und Nebenkosten unter besonderer Berücksichtigung von Serviceverträgen für Aufzüge, in : mp 2016 1, p. 9–10.

¹³ BÄRTIG (note 5), p. 165.

[Rz 39] Ceci précisé, nous ne voyons aucune raison de traiter différemment les réseaux de chaud des réseaux de froid, lorsqu'il est question de refacturation des frais accessoires aux locataires. Ces réseaux se confondent d'ailleurs parfois d'un point de vue fonctionnel, le même fluide pouvant être utilisé pour refroidir en été, chauffer en hiver. Nous sommes donc d'avis que nous sommes en présence d'une lacune dans la loi et que **l'art. 6a OBLF peut être appliqué par analogie aux réseaux de froid** et donc à toutes les formes de contracting thermiques.

3.2.2.4. Le report de tous les frais de contracting sur les locataires

[Rz 40] L'art. 6a OBLF est également lacunaire en ce qui concerne certaines problématiques attachées au contracting thermique. Comment doit être traitée en particulier l'augmentation d'actif dont bénéficie le bailleur à la fin du contracting lorsqu'il hérite de l'installation ? En d'autres termes, le bailleur peut-il reporter sur les locataires l'entier des redevances du contracteur ou doit-il en assumer personnellement une partie au titre de l'investissement capitalistique ? Le jeu étant toutefois pour lui en théorie à somme nulle, dans la mesure où il pourra à tout le moins intégrer ces frais via des augmentations de loyer, en respectant les prescriptions et échéances légales. Il n'en demeure pas moins que le formalisme du droit du bail impose au bailleur de régler correctement cette question dans les baux conclus.

[Rz 41] A notre sens, **l'entier de la redevance de contracting peut être refacturée aux locataires, y compris le forfait initial de raccordement**, lorsqu'il existe. Nous avons vu plus haut que l'art. 6a OBLF permettait au bailleur de reporter sur les locataires l'entier des frais d'amortissement de l'installation. Dans notre cas, l'installation est réputée entièrement amortie à l'échéance du contracting. Nous ne voyons donc aucun problème à ce que cette installation soit transférée gratuitement au bailleur, alors même qu'elle conserve une valeur de revente. Peu importe que l'acquisition ait été entièrement financée par les locataires. Ces derniers ne sont pas péjorés par la situation qui serait la leur si l'installation restait propriété du tiers à l'échéance du contracting. Il n'existe donc aucun impératif de protection particulier qui imposerait au bailleur de prendre une partie des redevances de contracting à ses frais. Au contraire. Le contracting énergétique est un instrument qui s'inscrit dans le cadre des mesures d'améliorations de l'efficacité énergétique des bâtiments. Mesures qui sont l'un des objectifs majeurs de la Stratégie Énergétique 2050 de la Confédération et qui doivent donc être favorisées. Le droit du bail doit être interprété à cette lumière également. Les locataires sont d'ailleurs peut-être mieux traités que dans la situation où le bailleur déciderait de supporter lui-même les coûts d'investissement de la nouvelle installation. Dans ce cas, le bailleur pourrait procéder à des augmentations de loyer en application de l'art. 14 al. 4 OBLF, qui intégreraient notamment les frais d'amortissement et d'intérêts de l'installation. Il n'est pas certain que les coûts globaux du contracting soient plus élevés. Il faut comparer la marge éventuelle supplémentaire que tire le contracteur du financement de l'installation (la marge réside essentiellement sur les prestations d'exploitation et maintenance) avec le rendement que peut tirer le bailleur de son investissement.

3.2.2.5. Le bailleur peut-il prélever une marge ?

[Rz 42] Une autre question qui se pose est la possibilité pour le bailleur de prélever une marge lors de la refacturation des dépenses thermiques aux locataires. L'art. 6a OBLF à notre sens l'exclut, dès lors que le bailleur ne procède à aucun investissement lorsqu'il recourt au contracting.

3.2.3. L'introduction du contracting énergétique en cours de bail

[Rz 43] Nous nous pencherons ici uniquement sur l'introduction du contracting en cours de bail. Lorsque l'immeuble est construit et loué dès le départ en intégrant une solution de contracting, les baux en auront tenu compte et aucun problème formel particulier en droit du bail ne sera rencontré.

[Rz 44] Qu'en est-il par contre lorsque le bailleur introduit une solution de contracting énergétique en cours de bail ? Quelles conditions formelles doit-il observer ?

[Rz 45] La première précaution à prendre est la suivante : les redevances de contracting ont pour vocation de figurer dans le décompte de frais accessoires annuels. Nous avons vu plus haut que seuls les frais accessoires listés dans le contrat de bail peuvent être facturés au locataire. Nous recommandons donc aux bailleurs de rédiger une clause de frais accessoires suffisamment large, qui désigne déjà « tous les frais applicables en cas de chauffage ou refroidissement au travers d'une solution de contracting énergétique, soit en particulier les redevances de contracting dues au contracteur ainsi que le forfait de raccordement ».

[Rz 46] Il n'est toutefois par certain que cela soit suffisant pour que ces coûts puissent être automatiquement inclus dans les décomptes de frais accessoires, sans autre formalité, dès l'introduction du contracting.

[Rz 47] Une partie de la doctrine soutient que le bailleur doit annoncer la modification des frais accessoires au moyen de la formule officielle, conformément à l'art. 269d CO¹⁴. Avec pour conséquence qu'elle ne peut prendre effet que lors du prochain terme de résiliation. Cette règle poserait de gros problème pour les baux de durée déterminée, notamment les baux commerciaux qui sont dans la règle conclus pour 5 ans au moins. Un délai important pourrait devoir être observé par le bailleur avant de répercuter les coûts du contracting sur les locataires, ce qui en dissuaderait plus d'un.

[Rz 48] L'affirmation selon laquelle l'art. 269d CO s'applique est évidemment vraie lorsque le contrat de bail n'anticipait pas l'éventualité du recours au contracting.

[Rz 49] Par contre, cette position doit être nuancée lorsque le contrat de bail contient une clause ad hoc, permettant l'introduction future de ce nouveau type de frais accessoire. La situation est similaire à celle du contrat de bail qui contient, comme parfois, un inventaire à la Prévert de tous les frais accessoires pouvant être refacturés au locataire, et dont la moitié n'existe pas au début du bail. Rien n'empêche le locataire d'accepter ces postes à l'avance, dès lors que ceux-ci sont décrits avec suffisamment de précision. Le cas est différent de la clause réservant des frais hypothétiques ou futurs résultant d'un éventuel changement de pratique du bailleur, clause qui ne serait pas admissible¹⁵. Le bailleur doit donc pouvoir être autorisé à introduire, sans autre formalité, les coûts du contracting dans le prochain décompte de frais accessoires, lorsqu'il s'est réservé cette faculté dans le contrat de bail¹⁶.

[Rz 50] En outre, l'art. 269d ne s'applique pas, selon nous, s'il en résulte une diminution des frais accessoires et qu'elle profite au locataire, même s'il est soutenable que le bailleur profite également de cette modification (transfert de l'installation en fin de bail).

¹⁴ BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, Commentaire SVIT du droit du bail, Lausanne 2011, p. 107 ; CPra Bail-BIERI, art. 257a/257b CO, N 70.

¹⁵ CPra Bail-BIERI, art. 257a/257b CO, N 27.

¹⁶ Du même avis, mais pour d'autres motifs, BÄTTIG (note 5), p. 170.

[Rz 51] Les paragraphes ci-dessus doivent cependant être lus avec beaucoup de prudence, tant le sujet est contesté. Le bailleur préférera dans tous les cas l'utilisation de la formule officielle lorsqu'il en a la possibilité.

3.3. Conclusion

[Rz 52] Le contracting thermique évolue dans un cadre juridique souple. Il n'existe aucun monopole étatique sur la production et distribution de chaleur, ce qui a permis à ce marché de parvenir rapidement à maturité. D'un autre côté, le législateur a su aménager les règles sur le droit du bail de sorte à favoriser le développement du contracting thermique, généralement synonyme d'amélioration des performances énergétiques des bâtiments.

[Rz 53] Le bailleur qui souhaite se connecter à un réseau thermique aura tout intérêt à le faire au travers d'un contrat de contracting énergétique plutôt que d'assumer lui les coûts de modification de ses installations (nouvelle chaudière) et d'adaptation du réseau de distribution de chauffage ou froid. Le bailleur n'a aucun intérêt à devenir propriétaire de ces installations. En les faisant financer par un tiers et en lui laissant la propriété, il pourra **intégralement et immédiatement** (ce dernier point est toutefois contesté par la doctrine) reporter sur les locataires les redevances mensuelles de contracting ainsi que l'éventuelle indemnité forfaitaire de raccordement au réseau. Ces frais seront inclus dans le décompte annuel de frais accessoires. Le bailleur devra par contre s'assurer que les baux conclus sont rédigés de façon suffisamment habile pour permettre la facturation de ces frais à titre de frais accessoires.

[Rz 54] A l'inverse, dans le cas plus traditionnel où le bailleur supporte les coûts de capital de l'installation et en conserve la propriété, il ne pourra reporter son investissement sur les locataires qu'à l'occasion d'une prochaine augmentation de loyer, ce qui est moins satisfaisant. Dans ce cas cependant, il pourra obtenir un rendement sur son investissement, qui pourra selon les cas lui donner la préférence sur ce modèle. Les propriétaires ayant des capitaux à placer se dirigeront donc plus facilement vers une solution sans contracting.

[Rz 55] Le contracting thermique est donc appelé à continuer à se développer et contribuera à n'en pas douter à améliorer notre efficacité énergétique.

4. Le cas de la consommation propre d'électricité (contracting électrique)

4.1. Les bases légales

[Rz 56] Le contracting énergétique en matière de consommation d'électricité évolue dans un cadre législatif tout autre que celui applicable au contracting thermique. Le contracting électrique fait l'objet d'une réglementation plus détaillée et complexe, tant du point de vue du droit public que du droit privé. Ceci s'explique par le fait que cette activité est restée pendant longtemps impossible, faute pour les consommateurs de pouvoir consommer directement l'électricité produite par eux. L'ouverture de ce marché en 2014, puis surtout l'adoption de la nouvelle Loi fédérale sur l'Energie (LEne) le 30 septembre 2016, ont constitué l'opportunité de codifier cette matière.

[Rz 57] Sur le plan juridique, le contracting électrique se distingue du contracting thermique à plusieurs titres.

[Rz 58] Du point de vue des règles de droit public, il n'est permis que dans la mesure de ce qu'autorise les art. 16 à 18 L_{Ene} et 14 à 18 O_{Ene}, qui règlent la consommation propre. L'accent étant mis sur les conditions qui doivent être réalisées pour que la consommation propre soit admise, ainsi que sur les relations entre le producteur et le GRD bénéficiant du monopole¹⁷ de la distribution d'électricité dans la zone de desserte concernée.

[Rz 59] Du point de vue du droit privé, certaines dispositions de la L_{Ene} ainsi que de l'O_{Ene} règlent directement les relations entre le bailleur et les locataires, lorsque le bailleur fait usage du droit de consommation propre et revend l'électricité à ses locataires.

[Rz 60] La consommation propre est ainsi le concept utilisé lorsque le bailleur produit de l'électricité qu'il revend à ses locataires. Il n'est toutefois pas nécessaire que le bailleur soit le propriétaire de l'installation, qu'il l'ait financé lui-même ou encore qu'il soit son exploitant. Dans le cas de la consommation propre, un tiers peut tout à fait jouer ce rôle (sans les règles sur la consommation propre, les locataires n'auraient d'autre choix que d'acheter leur électricité auprès du GRD)¹⁸.

[Rz 61] Nous rappelons ici la grande différence qui existe pour les locataires lorsque la consommation propre est introduite. Dans le cas classique où l'électricité est fournie par le GRD, la facture comprend trois postes : les coûts de l'énergie, les coûts d'utilisation du réseau et les taxes, en particulier le supplément de 2,3 ct/kWh. L'électricité est par ailleurs facturée au locataire directement, et ne fait pas partie des frais accessoires.

[Rz 62] Avec la consommation propre, le consommateur n'est plus tenu de payer ni les coûts d'utilisation du réseau, ni le supplément. Seuls les coûts de production d'énergie restent à sa charge, mais ceux-ci sont naturellement beaucoup plus importants que le prix de l'énergie vendue par le GRD (hors coût d'utilisation du réseau, taxes et supplément).

[Rz 63] Ces économies et ces surcoûts aboutissent dans la durée à une facture de consommation d'électricité relativement équivalente dans les deux cas, mais avec un investissement conséquent à l'entrée pour celui qui finance sa propre installation. C'est ici qu'interviennent les contracteurs, sur le modèle de SolarCity présenté en Introduction.

4.2. Les coûts pouvant être facturés aux locataires

4.2.1. En cas de regroupement bailleur/locataires, sans contracteur

[Rz 64] La contribution du 12 mars 2018 de DAVID SIFONIOS¹⁹ présente dans le détail les coûts que le bailleur peut mettre à la charge de ses locataires, lorsqu'il a équipé son immeuble d'une installation de production d'électricité. Etant ici précisé qu'il sera généralement nécessaire de

¹⁷ L'existence d'un monopole est discutable depuis l'entrée en vigueur de la LApEl en 2007 ; il existe en tout état encore aujourd'hui un quasi-monopole de fait s'agissant des consommateurs captifs ; cf. sur ce sujet le message du Conseil fédéral relatif à l'art. 5 al. 1^{er} LApEl (FF 2011 p. 271522716), ATF 141 II 141 ainsi que KATHRIN FÖHSE, Die Leiden der jungen Strommarktordnung – aktuelle Probleme des StromVG unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung zu Netzgebietszuteilung und Grundversorgung, in : Recht Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis, 03/2015.

¹⁸ Sous réserve des consommateurs qui ne sont pas des consommateurs captifs (consommation annuelle supérieure à 100 MWh) ayant exercé leur droit d'accès au réseau (art. 6 al. 1 et 2 de la Loi sur l'approvisionnement en électricité du 23 mars 2007 [LApEl ; RS 734.7]) ; SIFONIOS (note 3), Rz 26.

¹⁹ DAVID SIFONIOS (note 3).

continuer, en appoint, à consommer de l'électricité tirée sur le réseau lorsque l'installation ne couvre pas la demande. C'est là l'une des différences avec les réseaux thermiques.

[Rz 65] Nous résumons ci-après les règles applicables. Le bailleur pourra reporter sur les locataires, à titre de frais accessoires (art. 6b OBLF) et en fonction de la consommation effective de ces derniers (la clé de répartition usuelle ne pourra donc pas être utilisée), tous les coûts de l'installation (capital, entretien, exploitation), les coûts de l'électricité d'appoint achetée au GRD, ainsi que les coûts internes. Ce principe découle sans ambiguïté de l'art. 16 OENE. Il y aura par contre naturellement lieu de déduire les recettes découlant de la vente excédentaire d'électricité. Par ailleurs, l'ensemble de ces coûts (fixé en terme de francs par KWh) ne doit pas dépasser les coûts par KWh du produit électrique soutiré à l'extérieur (art. 16 al. 3 OENE). Pour autant que cette dernière condition soit réalisée, le bailleur est autorisé à réaliser une marge à titre d'intérêt sur son investissement (art. 16 al. 2 OENE), voire également sur l'exploitation. Nous nous permettons de renvoyer à la contribution de DAVID SIFONIOS pour l'analyse de la marge que le bailleur est en droit de prélever, d'autres règles venant compléter l'art. 16 al. 2 OENE.

[Rz 66] L'objectif de la présente contribution est d'examiner dans quelle mesure la mise en place d'un contracting énergétique modifie ces règles. Les questions sont de trois ordres.

[Rz 67] Premièrement, il sied d'examiner si, et comment, les frais facturés par le contracteur au bailleur peuvent être reportés entièrement sur les locataires. La particularité étant ici aussi que le bailleur n'est pas propriétaire de l'installation et qu'il ne jouit ni des profits ni des risques de l'installation ; le bailleur n'agit finalement que comme intermédiaire.

[Rz 68] Ensuite, les montants facturés par le contracteur, nous l'avons déjà vu, intègrent généralement l'amortissement complet de l'installation en vue de son transfert gratuit au bailleur à la fin de la période contractuelle. D'où la nécessité d'examiner ici aussi si ces coûts peuvent être répercutés sur le locataire, ou s'il faudrait déduire la valeur réelle de l'installation en fin de contrat.

[Rz 69] Enfin, le bailleur peut-il prélever, comme lorsqu'il reste propriétaire de l'installation, une marge sur la revente d'électricité aux locataires ?

4.2.2. Les coûts refacturés aux locataires en cas de contracting

4.2.2.1. Quels sont les coûts pouvant être refacturés ?

[Rz 70] Commençons par examiner si l'art. 16 OENE a également vocation à s'appliquer au cas où le bailleur n'est pas propriétaire de l'installation de production d'électricité.

[Rz 71] Selon l'art 16 LEnE, l'exploitant d'une installation peut vendre tout ou partie de l'énergie qu'il a lui-même produite pour qu'elle soit consommée sur le lieu de production. Cette disposition s'applique directement au cas de contracting, même si ce n'était pas forcément sa vocation initiale²⁰. Le contracteur est donc autorisé à revendre l'électricité aux consommateurs situés sur le lieu de production, et rien n'empêche que le contrat de vente soit conclu avec le bailleur, qui vendra à son tour l'électricité aux locataires. Nous sommes dans ce cas bien dans un regroupement dans le cadre de la consommation propre²¹.

²⁰ Pour la genèse de cette norme, voir le message du Conseil fédéral relatif à la LENE, FF 2013 6771, p. 6886, ainsi que les débats parlementaires (BOCN 2014 p. 2074 et BOCE 2015 p. 947).

²¹ Voir art. 17 al. 1^{er} LEnE, dernière phrase et art. 17 al. 2 LEnE ; dans ce sens également, SIFONIOS (note 3), Rz 26.

[Rz 72] Il découle de ce qui précède que l'art. 16 OENE s'applique dans le cas où le bailleur équipe ses locaux d'une installation productrice d'électricité au-travers d'une solution de contracting.

[Rz 73] La question suivante reçoit par contre une réponse moins claire à notre sens. Le bailleur peut-il reporter sans autre les coûts facturés par le contracteur sur les locataires, ou ces coûts font-ils l'objet d'une forme de limitation ?

[Rz 74] Tout d'abord, rappelons que les coûts ne peuvent pas dépasser les coûts qui auraient été facturés par le GRD en l'absence de consommation propre (art. 16 al. 3 LEne). Cette disposition risque bien de compliquer la mise en place du contracting dans le cadre des immeubles locatifs. En cas de baisse des tarifs de l'électricité, le bailleur pourrait en effet se retrouver dans la situation pénible où il ne pourrait que reporter sur les locataires, consommateurs finaux, une partie des prix payés au contracteur, qui sont, eux, fixés de manière stable pour une longue durée. Il est donc impératif que le bailleur tienne compte de ce risque lorsqu'il négocie les termes de la convention de contracting électrique. Un équilibre devra être trouvé entre les intérêts du bailleur (qui souhaitera plafonner les prix du contracting à ceux proposés par le GRD) avec ceux du contracteur, qui doit pouvoir connaître à l'avance les revenus qu'il tirera de la vente d'électricité et ne peut donc accepter un tel plafonnement. Des solutions existent, mais sortent du cadre de la présente contribution.

[Rz 75] Penchons-nous maintenant sur le cas, le plus fréquent en pratique, où le prix plafond fixé par l'art. 16 al. 3 OEnE n'est pas dépassé. Nous sommes d'avis que, dans un tel cas, les prix du contracting peuvent être fixés librement. Le locataire ne pourra en particulier reprocher au bailleur que la marge qui revient au contracteur est trop élevée, ou qu'une solution sans contracting aurait été plus économique. Cela découle du texte de l'art. 16 al. 1 et 2, applicable par analogie au présent cas. Dans le cas où le bailleur est propriétaire de l'installation, il peut reporter sur les locataires les frais d'exploitation et d'entretien (art. 16 al. 1er lit. b OEnE), sans qu'une limite particulière ne s'applique sur la marge de l'exploitant. Le montant même de ces frais n'est pas attaquant, tant que le bailleur conclut avec une entreprise à des prix qui ne sont pas surfaits. Il ne peut en être différemment en matière de contracting électrique. Il importe en outre de garder à l'esprit que la mise en place de telles solutions vise à promouvoir la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables, ce qui constitue un intérêt public, élevé au rang d'intérêt national (art. 12 LEne). Tant que la situation des locataires n'est pas péjorée (ce qui est garanti, entre autres, par l'art. 16 al. 3 OEnE), le marché doit pouvoir évoluer librement. A moins d'abus manifeste, il ne peut y avoir de place pour une critique des prix du contracteur.

4.2.2.2. L'incidence du transfert de l'installation au bailleur en fin de contrat

[Rz 76] Comme en matière de contracting thermique, les montants facturés par le contracteur pour la consommation d'électricité prennent en compte l'amortissement de l'installation, puis (en règle générale) le transfert gratuit de sa propriété au bailleur à la fin du contrat. Nous examinons ici si cela justifie de réduire les coûts supportés par les locataires durant la période de contracting, et ce à hauteur de la valeur réelle de l'installation en fin de contracting.

[Rz 77] Sans contracting, les coûts facturés aux locataires par le bailleur chuteraient sensiblement à la fin de la période d'amortissement, pour la durée de vie restante de l'installation²². Il n'en est

²² Art. 16 al. 2 OEnE ; l'installation étant entièrement amortie, aucun frais de capital n'est plus facturé aux locataires.

pas différemment en cas de contracting, à la fin de la période de contracting (qui correspond à la période d'amortissement) tant que l'installation continue à être utilisée pour le restant de sa durée de vie. Cette simple constatation suffit selon nous à mettre un terme à cette discussion. Peu importe que le bailleur tire ensuite un bénéfice de la valeur restante de l'installation, par exemple en cas de revente (le cas étant par ailleurs peu probable en pratique).

[Rz 78] Plus délicate par contre est la question des éventuels frais de démantèlement qui pourraient être à la charge du bailleur en fin de contrat. L'art. 16 OÉne ne permet pas de mettre ces frais à la charge du locataire sauf, indirectement, au travers d'un contracting. Nous ne voyons pas d'autres possibilités pour le bailleur de récupérer ces coûts qu'en recourant à une augmentation de loyer. Le contracting avec obligation de démantèlement à la charge du contracteur pourrait selon les cas constituer une solution plus intéressante pour le bailleur.

4.2.2.3. Le bailleur peut-il prélever une marge sur la revente d'électricité aux locataires ?

[Rz 79] Il résulte clairement de l'art. 16 al. 1 OÉne que le bailleur n'est fondé à prélever aucune marge sur les coûts facturés par le contracteur et reportés sur les locataires, même si le coût final reste inférieur aux tarifs du GRD (art. 16 al. 3 OÉne). Le bailleur n'a en effet consenti aucun investissement et ne peut donc prélever aucun intérêt ni aucun bénéfice de quelque autre nature que ce soit.

5. Conclusion

[Rz 80] Le contracting électrique permet au bailleur de reporter l'entier des coûts du contracting sur les locataires. Avec la réserve cependant que les coûts payés par les locataires seront plafonnés au tarif de l'électricité offert par le GRD dans la zone de desserte concernée. La convention de contracting devra être rédigée de manière à limiter ou supprimer ce risque pour le bailleur, faute de quoi le contracting ne trouvera pas le terrain pour se développer dans le cadre d'immeubles locatifs.

[Rz 81] Le contracting électrique ne permet par contre pas au bailleur de prélever de bénéfice ; l'opération reste neutre pour lui. Un tel bénéfice est possible dans les cas où le bailleur reste propriétaire de l'installation.

MATHIEU SIMONA est avocat auprès de BianchiSchwald Sàrl. Il pratique notamment dans le domaine de l'énergie et de l'environnement. Il peut être joint au +4158 220 36 00 ou à mathieu.simona@bianchischwald.ch.