

# ARTICLE

---

## LE CONTRAT D'OPTIMISATION ÉNERGÉTIQUE À LA LUMIÈRE DU DROIT DU BAIL. ZIELVEREINBARUNG ZUR ENERGIEEFFIZIENZ IM LICHT DES MIETRECHTS.

---

par M<sup>e</sup> Andreas Fabjan, LL.M., avocat au Barreau de Genève, juge assesseur au Tribunal des baux et loyers

### TABLE DES MATIÈRES

- I. INTRODUCTION
  - 1. Généralités
  - 2. Le Contrat d'optimisation énergétique
    - a. Présentation
    - b. Contenu
  - 3. Les questions sous l'angle du droit du bail
- II. ANALYSE
  - 1. De l'admissibilité de conclure un Contrat d'optimisation énergétique
  - 2. Des frais accessoires admissibles
  - 3. Des exigences formelles liées aux frais accessoires
  - 4. De la possibilité d'échelonner la répercussion du coût du Contrat d'optimisation énergétique sur le loyer
- III. Conclusion

- I. INTRODUCTION
  - 1. Généralités

Le monde du chauffage est à la fois complexe et en pleine mutation. La loi genevoise sur l'énergie a été fondamentalement révisée en 2010. Parmi les nouveautés introduites à cette occasion figure l'instauration d'un suivi systématique de la consommation d'énergie pour le chauffage et l'eau chaude de l'ensemble du parc de bâtiments existants. L'Indice de dépense de chaleur (IDC) devra ainsi à terme être calculé pour tous les bâtiments du canton.

Lorsque l'indice de dépense de chaleur dépassera un certain seuil, le propriétaire aura l'obligation de procéder à un audit de son bâtiment, respectivement de réaliser certains travaux et/ou de mettre en œuvre des mesures d'optimisation. L'une des mesures d'optimisation qui pourra être envisagée dans ce contexte sera l'optimisation de la gestion de la chaufferie au moyen de la conclusion d'un Contrat d'optimisation énergétique. La mise en œuvre

de tels contrats est d'ores et déjà encouragée par l'Office cantonal de l'énergie (OCEN) qui a adopté un contrat modèle<sup>1</sup>.

## 2. Le Contrat d'optimisation énergétique

### a) Présentation

Un Contrat d'optimisation énergétique a pour but d'assurer l'optimisation de la gestion énergétique de l'installation de chauffage, selon les règles de l'art, en vue de minimiser autant que possible la consommation énergétique du bâtiment.

Il vient se greffer sur le contrat de maintenance ordinaire conclu entre le propriétaire d'un bâtiment et le chauffagiste en charge de la maintenance de l'installation de chauffage. Le Contrat d'optimisation énergétique se présente donc formellement comme un Avenant au contrat de maintenance.

Le chauffagiste est rémunéré pour ses prestations au moyen d'un forfait annuel sujet à malus ou bonus (intéressement) en fonction de la performance énergétique réalisée chaque année, selon qu'il dépasse ou n'atteint pas l'objectif de performance convenu dans le contrat. C'est pourquoi le Contrat d'optimisation énergétique est également parfois dénommé Contrat à la performance.

L'expérience a démontré que la mise en œuvre d'un tel contrat permet d'économiser en moyenne plus de 10% de la consommation de combustible, ce qui est significatif.

### b) Contenu

Les prestations du chauffagiste, pendant la mise en place du contrat, ainsi que pendant toute la période contractuelle, sont définies par le contrat. Celles prévues dans le contrat modèle proposé par l'OCEN consistent notamment dans les prestations suivantes.

En début de contrat, il convient de mettre en place les moyens d'instrumentation nécessaires à l'optimisation afin de contrôler et de rétablir toutes les fonctionnalités du système de régulation de l'installation (allures du brûleur, thermostats, etc.).

Ensuite, tout au long de la première année, le chauffagiste doit établir les signatures énergétiques du bâtiment par des mesures effectuées toutes les deux semaines au moins en période de chauffe, et une fois par mois au moins hors de la période de chauffe. On entend par signatures énergétiques la consommation d'énergie de chauffe de confort en fonction de la température extérieure pendant la saison de chauffage, et la consommation d'énergie de chauffe en fonction de la consommation d'eau chaude sanitaire pendant la saison d'été.

Par ailleurs, pendant toute la période contractuelle, il convient, tous les 15 jours, de suivre les courbes de chauffage en fonction de la température extérieure, de suivre la consommation d'énergie en fonction de la température extérieure et de la consommation d'eau chaude sanitaire (signature énergétique), de rechercher les causes de dérive entre les relevés et la signature énergétique et de les consigner dans un rapport de suivi, de suivre les températures de départ et de retour et d'envoyer les relevés et un rapport de suivi au client.

2 | 1 <http://ge.ch/energie/formulaires/contrats-la-performance>.

Mensuellement, il convient de vérifier et d'ajuster les points de consigne des chaudières et de contrôler le fonctionnement optimal de la régulation ainsi que de l'abaissement nocturne.

Annuellement, il y a lieu de contrôler le rendement de combustion, de tester l'opacité, de mesurer la température des fumées, de procéder au litrage du brûleur et de remettre un rapport d'analyse au client avec des suggestions éventuelles.

Enfin, sur appel, le chauffagiste doit visiter les logements donnant lieu à des réclamations d'inconfort et mettre à disposition et enregistrer les températures intérieures.

### 3. Les questions sous l'angle du droit du bail

La présente contribution a pour objectif d'examiner les modalités de conclusion ainsi que les obligations prévues par un Contrat d'optimisation énergétique sous l'angle des règles applicables en matière de droit du bail.

Nous examinerons, dans un premier temps, l'admissibilité pour un bailleur de conclure un Contrat d'optimisation énergétique (infra II. 1).

Nous déterminerons ensuite si les frais relatifs au Contrat d'optimisation énergétique peuvent être facturés sous forme de frais accessoires (infra II. 2).

Nous préciserons ensuite quelles sont les exigences formelles liées à l'introduction des frais accessoires qui doivent être respectées (infra II. 3).

Enfin, nous examinerons s'il est possible d'échelonner la répercussion des coûts du Contrat d'optimisation énergétique sur les loyers, compte tenu du fait que ces frais suivent une courbe inverse à celles des économies réalisées. Le travail du chauffagiste, et donc sa rémunération, sont en effet plus importants au début du contrat qu'à la fin, alors que les économies réalisées augmentent au fur et à mesure de la mise en œuvre du contrat (infra II. 4).

## II. ANALYSE

### 1. De l'admissibilité de conclure un Contrat d'optimisation énergétique

La question se pose de savoir si un bailleur peut librement décider de conclure un Contrat d'optimisation énergétique pour la gestion de sa chaufferie ou s'il risque de voir cette mesure être contestée par l'un de ses locataires ?

Les prestations du chauffagiste, dans le cadre d'un Contrat d'optimisation énergétique, ont pour but d'optimiser la gestion énergétique des installations techniques en vue de minimiser autant que possible la consommation énergétique des bâtiments.

La loi genevoise sur l'énergie<sup>2</sup> prévoit l'obligation, pour les propriétaires de bâtiments ou d'installations dont l'indice de dépense de chaleur pour le chauffage et la production d'eau chaude sanitaire dépasse le seuil fixé par le Règlement, de faire réaliser un audit énergétique thermique et de prendre des mesures d'amélioration.

La conclusion d'un Contrat d'optimisation énergétique entre dans le type de mesures pouvant être recommandées et mises en œuvre dans ce contexte.

2 L.2.30; Article 15C de la Loi sur l'énergie (LEn).

Par ailleurs, l'article 14 alinéa 2 OBLF, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008, vise à favoriser l'adoption de mesures d'amélioration énergétique des bâtiments. En particulier, la lettre b de cette disposition a pour objectif de favoriser les mesures visant à une utilisation rationnelle de l'énergie.

Il convient par conséquent de constater que la gestion optimisée des installations techniques des bâtiments constitue aujourd'hui un standard de maintenance des installations de chauffage qui correspond aux connaissances de la technique et aux règles de l'art. Les différentes dispositions adoptées récemment démontrent que les législateurs, tant au niveau cantonal que fédéral, souhaitent encourager les propriétaires à adopter ce type de mesures.

En outre, sous réserve du respect du principe de la bonne foi, un bailleur est totalement libre quant à l'organisation de son système de chauffage (achat, choix des délais et des fournisseurs)<sup>3</sup>. Il n'appartient en effet pas au juge de se prononcer sur l'opportunité d'une mesure d'entretien ou de gestion de l'immeuble adoptée par le bailleur, aussi longtemps du moins qu'elle entre dans les solutions raisonnablement envisageables, d'un point de vue technique et économique<sup>4</sup>.

Au vu de ce qui précède, il apparaît qu'aucun reproche ne saurait être formulé à l'encontre d'un propriétaire qui conclut un contrat visant à garantir une gestion optimisée des installations techniques de son immeuble. Un locataire ne peut par conséquent en principe pas contester ou s'opposer à la mise en œuvre d'un Contrat d'optimisation énergétique.

## 2. Des frais accessoires admissibles

Les coûts des prestations réalisées par le chauffagiste en exécution d'un Contrat d'optimisation énergétique peuvent-ils être mis à la charge du locataire sous forme de frais accessoires?

Il convient de déterminer à cet effet si ces frais peuvent être considérés comme des dépenses effectives directement en rapport avec l'usage de l'installation de chauffage qui entrent en ligne de compte comme frais de chauffage et de préparation d'eau chaude au sens des articles 257b CO et 5 OBLF?

L'article 257b CO prévoit que, pour les habitations et les locaux commerciaux, on entend par frais accessoires les dépenses effectives du bailleur pour des prestations en rapport avec l'usage de la chose, telles que frais de chauffage, d'eau chaude et autres frais d'exploitation, ainsi que les contributions publiques qui résultent de l'utilisation de la chose.

Les frais accessoires constituent des dépenses, en principe périodiques, liées à l'usage de la chose louée, qui ne sont pas couvertes par le loyer<sup>5</sup>.

Ne constituent pas des frais accessoires, les frais d'entretien de la chose louée, de remplacement d'installations amorties ou défectueuses, de même que les frais d'amélioration ou de rénovation de l'immeuble<sup>6</sup>.

3 Commentaire SVIT, Le droit suisse du bail à loyer, 2011, n° 26c *ad art.* 257-257b.

4 Arrêt de la Cour de cassation civile du Tribunal cantonal de Neuchâtel du 26 août 2006 *in* CdB 2 /07, p. 60.

5 François Bohnet et Marino Montini, Commentaire pratique du bail à loyer, Bâle 2010, n° 9 *ad art.* 257a-257b CO; David Lachat, Le bail à loyer, Lausanne 2008, chapitre 14.1.1, page 331.

6 Bohnet/Montini, n° 13 *ad art.* 257a-257b CO.

Les dépenses de réparation et de remplacement des parties usées de la chose ne sont pas des frais accessoires puisqu'elles servent au maintien de la chose dans l'état conforme au contrat. Elles doivent être comprises dans le loyer<sup>7</sup>. Celui-ci sert en effet à rémunérer ces prestations du bailleur<sup>8</sup>.

La délimitation entre réparation et travaux de maintenance ou de contrôle peut toutefois soulever dans certains cas quelques difficultés<sup>9</sup>.

Il convient, en d'autres termes, de distinguer les dépenses liées à l'usage de la chose louée et celles qui visent l'entretien de l'immeuble<sup>10</sup>.

L'article 5 OBLF précise que les dépenses effectives, directement en rapport avec l'installation de chauffage ou de l'installation générale de préparation d'eau chaude, entrent en ligne de compte comme frais de chauffage et de préparation d'eau chaude. Ces dépenses peuvent, en conséquence, être facturées sous forme de frais accessoires.

Il s'agit notamment des dépenses pour :

- le combustible et l'énergie consommés ;
- l'énergie électrique utilisée pour les brûleurs et les pompes ;
- les frais d'exploitation d'énergies de substitution ;
- le nettoyage de l'installation de chauffage et de la cheminée, le grattage, le brûlage et l'huilage de la chaudière, ainsi que l'enlèvement des déchets et des scories ;
- la révision périodique de l'installation de chauffage, réservoirs à mazout y compris, et le détartrage de l'installation d'eau chaude, des chauffe-eau et des conduites ;
- le relevé, le décompte et l'entretien des appareils lorsque les frais de chauffage sont calculés de manière individuelle ;
- la maintenance ;
- les primes d'assurance qui se rapportent exclusivement à l'installation de chauffage ;
- le travail administratif qu'occasionne l'exploitation de l'installation de chauffage.

En outre, les frais de maintenance et d'administration peuvent être calculés en fonction des dépenses effectives ou portées en compte jusqu'à concurrence des taux usuels<sup>11</sup>.

Le Tribunal fédéral a précisé que les frais de maintenance comprennent les frais de surveillance régulière de l'installation de chauffage<sup>12</sup>.

Il convient désormais de définir la nature des prestations couvertes par les frais facturés au bailleur par le chauffagiste pour déterminer si ceux-ci peuvent être refacturés aux locataires dans les frais accessoires.

7 Commentaire SVIT, n° 14 *ad art.* 257-257b CO.

8 Lachat, ch. 14.1.2, p. 332.

9 Commentaire SVIT, n° 14 *ad art.* 257-257b CO, ainsi que les références citées.

10 Arrêt du Tribunal fédéral 4P.245/2006 du 10 janvier 2007, cons. 6.2 ; Lachat, ch. 14.1.2, p. 332, note n° 7.

11 Art. 5 al. 3 OBLF.

12 Arrêt du Tribunal fédéral 4P.118/2003 du 15 août 2003, cons. 4.3.

Le chauffagiste doit en premier lieu procéder à l'instrumentation nécessaire à la mise en œuvre de l'optimisation de la gestion de la chaufferie, notamment en posant des compteurs, lorsque ceux-ci font défaut.

Selon la doctrine, les frais d'installation des compteurs font partie des coûts de l'immeuble<sup>13</sup>. Il s'agit d'une prestation supplémentaire du bailleur au sens de l'article 269a lettre b CO et 14 OBLF qui peut, le cas échéant, justifier une majoration de loyer<sup>14</sup>.

A notre avis, le seul fait qu'il s'agisse d'une prestation supplémentaire ne permet toutefois pas encore d'exclure la possibilité de facturer la prestation sous forme de frais accessoires. C'est davantage l'exigence d'un lien avec l'usage de la chose qui est déterminant pour prendre en compte l'admissibilité ou non de la facturation sous forme de frais accessoires.

En l'espèce, le coût des compteurs et de leur installation ne peut pas être inclus dans les frais accessoires, car cette prestation ne peut pas être considérée comme étant en lien avec l'usage de la chose. Celle-ci touche en effet à la substance même de la chose.

En revanche, les autres prestations fournies par le chauffagiste dans le cadre d'un Contrat d'optimisation énergétique, telles que décrites ci-dessus au chapitre I. 2. b, consistent essentiellement en des activités de suivi, de contrôle et de surveillance des installations techniques, ainsi que de consignation des relevés et d'analyse des résultats.

Ces prestations ont toutes, d'une manière générale, pour objectif de garantir un fonctionnement optimisé de l'installation de chauffage dans le but de minimiser les besoins énergétiques.

De telles mesures doivent être considérées comme faisant partie de la maintenance et de la surveillance de l'installation technique et sont donc en lien avec l'usage de la chose. Les dépenses y relatives peuvent par conséquent entrer en ligne de compte comme frais de chauffage et de préparation d'eau chaude et être facturées sous forme de frais accessoires.

En conclusion, les frais facturés au bailleur par un chauffagiste pour les prestations d'optimisation constituent des frais de maintenance et de travail administratif, qui peuvent être facturés aux locataires sous forme de frais accessoires en relation avec le chauffage et l'eau chaude, sous réserve des frais d'instrumentation de l'installation, qui constituent des prestations supplémentaires qui ne sont pas en rapport avec l'usage de la chose.

### 3. Des exigences formelles liées aux frais accessoires

Quelles sont les exigences de forme qu'un bailleur doit respecter s'il souhaite conclure un Contrat d'optimisation énergétique et introduire les frais y relatifs en cours de bail ?

Lorsque le bailleur envisage d'apporter unilatéralement au contrat d'autres modifications (qu'une augmentation de loyer) au détriment du locataire, telles que par exemple en diminuant ses prestations ou en introduisant de nouveaux frais accessoires, il doit suivre la procédure applicable en cas d'augmentation de loyer<sup>15</sup>.

13 Bohnet/Montini, n° 107 *ad* art. 257a-257b CO.

14 Lachat, ch. 14.6.3, p. 345.

15 Article 269d al. 3 CO.

Le bailleur doit notifier une telle modification au locataire pour le prochain terme de résiliation, avec indication des motifs. L'avis doit parvenir au locataire 10 jours au moins avant le début du délai de résiliation et être effectué au moyen d'une formule agréée par le canton<sup>16</sup>.

La loi ne précise pas davantage ce qu'il faut entendre par « autres modifications » du bail. Le Tribunal fédéral qualifie « d'autres modifications du contrat » toute altération du rapport d'échange entre le bailleur et le locataire<sup>17</sup>.

La doctrine estime que la notion d'« autres modifications du bail » regroupe trois catégories:

- L'augmentation des prestations du locataire en espèce;
- La diminution des prestations du bailleur;
- Les modifications unilatérales du bail non appréciables en argent<sup>18</sup>.

La modification des frais accessoires fait partie de la catégorie des augmentations des prestations du locataire en espèce.

Les exemples cités par la pratique à cet égard sont nombreux:

- Introduction de frais accessoires nouveaux ou transférés du loyer net;
- Modification du système de perception (passage d'un système forfaitaire à un système par acomptes provisionnels);
- Augmentation du montant du forfait pour les frais accessoires existants;
- Modification de l'échéance de paiement des acomptes provisionnels (mensuels vers trimestriels) ou passage d'un mode de facturation annuel à un système d'acomptes provisionnels ou de forfait mensuel;
- Suppression de prestations jusqu'alors incluses dans le loyer net;
- Modification de la clé de répartition entre locataires;
- Raccordement d'un immeuble, précédemment pourvu d'une installation propre, à un chauffage à distance<sup>19</sup>.

Par ailleurs, la loi prévoit que les parties doivent s'entendre spécialement sur les frais accessoires. Le contrat doit être précis et aisément compréhensible quant aux frais accessoires mis à la charge du locataire. Ce dernier doit comprendre facilement quels sont les postes qui lui seront facturés en plus du loyer. En cas de doute ou de silence du contrat, le bailleur supporte seul les frais accessoires, le loyer étant présumé rémunérer l'intégralité des prestations du bailleur<sup>20</sup>.

Le Tribunal fédéral a toutefois jugé que, lorsque le bail précise la nature des frais facturés (par exemple « chauffage » ou « chauffage et production d'eau chaude »), les dépenses qui y sont directement liées n'ont pas besoin d'être détaillées spécifiquement. Tel est le cas par exemple pour les frais de surveillance ou de maintenance<sup>21</sup>.

16 Article 269d al. 1 CO.

17 ATF 125 III 231, cons. 3b.

18 Lachat, chapitre 22.3.8.

19 Bohnet/Montini, n° 125 *ad art.* 257a-257b CO, ainsi que les nombreuses références citées.

20 Lachat, ch. 14.1.5, p. 334; Bohnet/Montini, n° 21 *ad art.* 257a-257b CO; Commentaire SVIT, n° 18 *ad art.* 257-257b CO, ainsi que les nombreuses références citées.

21 Arrêt du Tribunal fédéral 4P.118/2003 du 15 août 2003, cons. 4.3; Bohnet/Montini, n° 61 *ad art.* 257a-257b CO.

De la même manière, les frais de fonctionnement ou d'exploitation, notamment les frais d'électricité, générés par une installation d'ascenseur ou de monte-charge, peuvent être inclus dans les frais accessoires, même s'ils n'ont pas été spécifiquement prévus<sup>22</sup>.

En outre, les frais administratifs liés aux installations de chauffage et de préparation d'eau chaude peuvent être facturés, sans mention expresse dans le bail, dès lors que l'article 5 OBLF les prévoit spécifiquement<sup>23</sup>.

Il convient en l'espèce de déterminer si la facturation dans les frais accessoires des frais relatifs à un Contrat d'optimisation énergétique constitue une « autre modification » du bail, soumise au respect de règles de forme particulières.

En tant que tel, il n'est pas contestable que les prestations d'optimisation de la gestion des installations techniques constituent des prestations nouvelles, en ce sens qu'elles n'étaient pas comprises précédemment dans le contrat de bail conclu entre le propriétaire et le locataire.

Il convient cependant de constater, comme cela a été vu précédemment supra II. 2, que ces prestations sont intimement liées à la maintenance et à la surveillance des installations techniques nécessaires à la fourniture de chauffage et d'eau chaude.

Le Contrat d'optimisation énergétique constitue d'ailleurs formellement un Avenant au contrat de maintenance de l'installation de chauffage conclu entre un propriétaire et un chauffagiste.

Il convient par conséquent de considérer qu'il s'agit davantage d'une extension d'une prestation existante, en l'occurrence la fourniture de chauffage et d'eau chaude, plutôt que d'une nouvelle prestation à proprement parler. La gestion optimisée des installations techniques constitue une amélioration d'une prestation d'ores et déjà prévue par le contrat de bail, soit la fourniture de chauffage et d'eau chaude, et non une nouvelle prestation.

Par conséquent, dans l'hypothèse où le contrat de bail prévoit d'ores et déjà la facturation des frais de chauffage et d'eau chaude sous forme de frais accessoires, ce qui constitue la règle, l'inclusion des frais relatifs à un Contrat d'optimisation énergétique dans le décompte de chauffage ne requiert pas de notification formelle au moyen d'une formule officielle selon l'article 269d CO.

Ces frais couvrent en effet des prestations de maintenance et de surveillance de l'installation de chauffage, cas échéant également des frais administratifs, qui peuvent, conformément à l'article 5 OBLF, être inclus dans les frais de chauffage et d'eau chaude.

Il convient en outre de souligner que les prestations relatives à la gestion optimisée des installations techniques pour le chauffage et l'eau chaude ne généreront dans la règle pas d'augmentation des frais accessoires pour les locataires. En effet, les coûts du chauffagiste pour la gestion optimisée sont en règle générale compensés par les économies d'énergie réalisées grâce à la mise en œuvre de ces mesures.

Il convient à cet égard de veiller à ce que la conclusion d'un Contrat d'optimisation énergétique intervienne suite à une étude de l'immeuble et de ses installations techniques qui auront permis de mettre en évidence un potentiel d'économie énergétique.

22 Bohnet/Montini, n° 77 *ad art.* 257a-257b CO.

23 Bohnet/Montini, n° 67 *ad art.* 257a-257b CO.



Dans ce contexte, il pourrait être recommandable de répercuter les coûts relatifs à un Contrat d'optimisation énergétique de manière linéaire sur les loyers, alors que ceux-ci sont en principe plus importants au début du contrat qu'à la fin. L'admissibilité de ce mode de refacturation sera examinée infra II. 4.

En tous les cas, il est à souligner que les locataires bénéficient, à l'échéance de la durée du Contrat d'optimisation énergétique, d'une baisse durable et pérenne de la consommation énergétique de leur logement, et donc de leurs charges.

On peut ainsi constater que la conclusion d'un Contrat à la performance ne produit aucun des trois effets caractéristiques d'une « autre modification du bail », tels que définis par la doctrine, à savoir une augmentation des prestations du locataire en espèces, une diminution des prestations du bailleur ou une modification unilatérale du bail au détriment du locataire non appréciable en argent<sup>24</sup>.

Par conséquent, nous considérons que la conclusion d'un Contrat d'optimisation énergétique des installations techniques d'un bâtiment constitue un complément à la prestation de fourniture de chauffage et d'eau chaude et ne constitue pas une modification unilatérale du contrat qui impliquerait le respect d'exigences de forme particulières.

Nous relevons en outre que, si la solution inverse devait être retenue, à savoir que la conclusion d'un Contrat d'optimisation énergétique devait être considérée comme une « autre modification » du contrat dont l'introduction impliquerait la notification d'un avis au moyen d'une formule officielle en respectant l'échéance contractuelle de chaque locataire, la mise en œuvre de la gestion optimisée des chaufferies se heurterait à des obstacles pratiques insurmontables.

En effet, l'introduction de l'optimisation énergétique doit nécessairement s'opérer simultanément pour l'ensemble des occupants d'un bâtiment. Or, les locataires d'un même immeuble ont tous des échéances contractuelles différentes. A défaut de pouvoir inclure le coût de ces prestations dans les frais accessoires, il appartiendrait au propriétaire de les assumer. Il est toutefois vraisemblable qu'un propriétaire ne serait pas enclin à conclure un Contrat d'optimisation énergétique dans ces conditions, ce d'autant plus que toutes les économies d'énergie réalisées grâce au contrat bénéficient exclusivement aux locataires.

Un tel résultat irait clairement à l'encontre de la volonté du législateur tant fédéral que cantonal, qui souhaite favoriser les mesures de rationalisation et d'économie d'énergies et serait contraire à l'intérêt des locataires.

#### **4. De la possibilité d'échelonner la répercussion du coût du Contrat d'optimisation énergétique sur le loyer**

Les frais relatifs à un Contrat d'optimisation énergétique sont en principe plus élevés au début du contrat qu'à la fin. Tel est d'ailleurs le cas du contrat modèle proposé par l'OCEN. Ce mode de facturation s'explique par le travail plus important à fournir par le chauffagiste la première année pour la mise en œuvre du Contrat d'optimisation énergétique que pour les années suivantes.

24 Lachat, ch. 22.3.8.

Pour une question d'égalité de traitement entre les locataires en cas de sortie ou d'entrée dans les logements pendant la durée de mise en œuvre du Contrat d'optimisation énergétique, il pourrait être souhaitable de répartir les coûts de manière égale sur les trois années de la durée du contrat.

Il pourrait même être envisagé de répartir les coûts sur une durée plus longue, par exemple de cinq ou dix ans, dès lors que les effets de la mise en œuvre de la gestion optimisée se font ressentir au-delà de la durée du contrat, puisqu'il est prévu qu'ils soient pérennes.

Un tel mode de facturation permettrait la mise en œuvre des Contrats d'optimisation énergétique dans des bâtiments plus petits, et donc d'en faire bénéficier une plus grande partie du parc immobilier. En effet, si l'on souhaite s'assurer que les coûts du Contrat d'optimisation énergétique soient globalement compensés par les économies réalisées pendant la durée de mise en œuvre du contrat, seuls des bâtiments d'une certaine taille peuvent entrer en considération, dès lors que le coût du Contrat d'optimisation énergétique est fixe, mais que les économies réalisées sont proportionnelles à la taille du bâtiment.

La question se pose de savoir si un tel mode de facturation, qui a donc pour conséquence de « lisser » les frais et de reporter les frais encourus au début de l'exécution du Contrat d'optimisation énergétique sur les années ultérieures, est admissible.

Le droit du bail prévoit que le bailleur ne peut facturer au locataire que le coût effectif des frais accessoires, notamment en ce qui concerne les frais de chauffage et d'eau chaude<sup>25</sup>. Il est également possible de facturer les frais accessoires de manière forfaitaire. Dans ce cas, le forfait doit se fonder sur une moyenne des charges calculées sur une période de trois ans<sup>26</sup>.

Le bailleur ne peut ainsi réaliser aucun profit sur les frais accessoires.

Certains frais, tels que par exemple ceux relatifs à la révision des citernes, ont une périodicité qui peut varier de sept à dix ans. Afin que cette charge ne soit pas assumée sur un seul exercice, une provision est en pratique portée en compte annuellement et dissoute au moment où le travail est effectué et facturé. Bien que conceptuellement, une telle provision soit contraire à la notion de dépenses effectives de l'article 257b CO, elle est néanmoins communément pratiquée et admise. Une telle manière de procéder a pour avantage d'instaurer une égalité de traitement entre locataires, car elle évite la comptabilisation des coûts sur une seule année<sup>27</sup>.

Une autre solution consiste à ce que le bailleur paie la facture de révision, puis l'amortisse sur les exercices subséquents de manière à répartir les coûts entre les locataires. Un tel mode de procéder est considéré comme conforme au principe légal<sup>28</sup>.

En application de ces principes, il convient de considérer qu'une répercussion égale des coûts du Contrat d'optimisation énergétique sur toute la durée du contrat, ou même au-delà, par exemple sur cinq ou dix ans, respecte le principe de base de la facturation selon les frais effectifs, puisque seuls des frais réellement encourus par le propriétaire sont refacturés aux locataires.

25 Article 257b al. 1 CO et article 5 al. 1 OBLF; Lachat, ch. 14.4.1, p. 338.

26 Article 4 al. 2 OBLF.

27 Bohnet/Montini, n° 65 *ad art.* 257a-257b CO.

28 Bohnet/Montini, n° 65 *ad art.* 257a-257b CO.

Au surplus, le fait de répartir les charges réelles encourues sur toute la durée du contrat, ou même sur une période plus longue, est à notre avis parfaitement admissible pour les deux motifs suivants.

D'une part, les charges relatives au Contrat d'optimisation énergétique sont plus élevées au début du contrat qu'à la fin. Il paraît donc parfaitement équitable de répartir ces montants de manière équilibrée, dans la perspective d'un changement de locataire qui interviendrait pendant la mise en œuvre du contrat d'optimisation énergétique.

D'autre part, les économies réalisées par les locataires grâce aux économies d'énergie sont progressives, et donc plus importantes à la fin du contrat qu'au début. Il paraît donc d'autant plus justifié de lisser les charges afin que celles-ci s'alignent davantage sur les économies d'énergie.

Cette méthode de répercussion du coût du Contrat d'optimisation énergétique sur les locataires présente l'avantage de le rendre plus équitable. Elle est donc non seulement admissible, mais doit même être encouragée ou privilégiée.

Elle permet en outre de garantir que le montant des charges facturées aux locataires ne dépasse pas le montant des économies d'énergie réalisées. Il convient de souligner dans ce contexte que le montant des économies dépend naturellement du prix des combustibles. Celui-ci est toutefois voué à augmenter sur un horizon à moyen ou long terme, de sorte qu'il est incontestablement dans l'intérêt des locataires de diminuer leur consommation énergétique.

Par conséquent, le mode de facturation prévoyant un « lissage » des coûts respecte les exigences du droit du bail et doit être considéré comme conforme et admissible.

### III. CONCLUSIONS

La gestion optimisée des installations techniques des bâtiments constitue une prestation relativement nouvelle, en tous les cas sous la forme d'un Contrat d'optimisation énergétique, si bien qu'il n'existe pas à notre connaissance de jurisprudence ou d'avis de doctrine qui traite des questions examinées dans la présente contribution.

En vertu des principes applicables aux frais accessoires, tels que développés par la jurisprudence et par la doctrine, nous considérons que les prestations d'optimisation constituent des dépenses en lien avec l'usage de la chose qui peuvent être facturés sous forme de frais accessoires.

Il convient également de considérer que ces frais sont intimement liés à la maintenance et à la surveillance de l'installation de chauffage et peuvent, par conséquent, être inclus dans les frais de chauffage et d'eau chaude lorsque le bail prévoit déjà la facturation de ces frais sous forme de frais accessoires, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une notification formelle relative aux modifications du contrat de bail.

Enfin, il convient de souligner que la conclusion d'un Contrat d'optimisation énergétique est avant tout à l'avantage des locataires. Ce sont eux en effet qui bénéficient, de manière illimitée pendant toute la durée du bail, de toutes les économies d'énergie réalisées grâce à la mise en œuvre de ces mesures, alors que les charges y relatives sont modérées et limitées dans le temps.