

SUHR WÜRGLER MAAG BISANG

Avocats

...
...

Sté Silentoil SA

...

Zurich, le 25 mars 2003
B0007304.doc RB/tk

« SAM »/ « SevenDays »

Messieurs,

Vous m'avez prié d'examiner la question de savoir si les frais liés à l'utilisation du système autonome de mesure de fuel « SAM »/ « SevenDays » peuvent être répercutés par le bailleur sur le locataire. A ce sujet, il faut partir de ce qui suit :

1. Exposé des faits

Vous avez développé un système automatique de mesure pour le contenu d'un réservoir de fuel. L'appareil à installer sur le réservoir se compose d'une sonde de mesure et d'un émetteur. L'émetteur, à son tour, se compose d'un boîtier étanche, comportant une station émettrice GSM, une batterie et une petite antenne. Des connexions fixes pour le courant électrique ou une ligne téléphonique ne sont pas nécessaires. Les données mesurées par la sonde sont transmises automatiquement par SMS à une banque centrale de données (serveur Silentoil) et de là elles peuvent être appelées via internet.

Les données sont stockées dans une zone protégée par un mot de passe et elles ne peuvent donc être consultées ou appelées que par les personnes autorisées. En plus d'un simple afficheur du niveau de remplissage, la consommation de fuel peut être contrôlée et comparée avec précision pendant des semaines et des mois à l'aide d'un graphique. Par E-mail ou SMS le client reçoit automatiquement un message indiquant quand le niveau de fuel a atteint un niveau critique (30%) nécessitant un nouveau plein.

Ce système permet spécialement de mieux prévoir l'achat de fuel et donc d'en réduire le prix ainsi que d'empêcher des ruptures de stocks.

Pour l'utilisation du système, il y a deux possibilités :

- ou bien le propriétaire du bâtiment achète l'appareil (sonde et émetteur) au prix d'environ Fr. 500.- et il paie actuellement une taxe annuelle de Fr. 128.- pour la transmission et l'appel des données ;
- ou bien le propriétaire du bâtiment loue l'appareil (sonde et émetteur) et il paie pour cela ainsi que pour la transmission et l'appel des données une taxe annuelle de Fr. 278.-.

2. Avis de droit

2.1. Si le bailleur achète l'appareil (sonde et émetteur), le prix d'achat ne constitue pas une dépense accessoire au sens de l'art. 257b CO. Cette disposition (de même que la disposition générale suivant l'art. 257a CO) se rapporte aux frais concernant les prestations fournies par le bailleur en rapport avec l'usage de la chose. L'**achat** d'une installation technique n'est pas concerné par cette/ces disposition/s. (Thomas Oberle, frais accessoires - frais de chauffage, 2^e édition, HEV [Association des propriétaires d'immeubles] 2001). Il s'agit au contraire d'un investissement créant une

plus-value, au sens de l'art. 269a, lettre b CO, qui pourrait être répercuté sur le loyer net, suivant les principes de l'art. 14 VMWG [*NdTr. : Arrêté concernant le loyer et le bail des locaux d'habitation et commerciaux*] avec le formulaire officiel conforme à l'art. 269d, al. 1 CO. A part la situation en combinaison avec d'autres investissements créant de la plus-value, une augmentation de loyer correspondante ne devrait guère se produire à cause de la modestie du montant.

2.2. **La taxe d'abonnement** due à l'achat de l'appareil pour la transmission et l'appel des données, tout comme celle à payer à la location de l'appareil et comprenant le loyer de celui-ci sont liées à l'usage de la chose et elles font donc partie des frais accessoires au sens de l'art. 257b CO. Cette disposition indique expressément les frais de chauffage et d'eau chaude, comme exemples de frais accessoires. La mesure et la transmission du niveau et de la consommation de fuel sont liées au fonctionnement du chauffage et éventuellement de la préparation centrale de l'eau. Les frais d'abonnement correspondants peuvent donc être compris sans difficulté comme faisant partie des frais de chauffage et d'eau chaude au sens de l'art. 257b CO.

L'arrêté réglant de façon plus précise le droit du bail en ce qui concerne les loyers et les baux des locaux d'habitation et commerciaux (VMWG) contient dans son art. 5 une disposition qui, en répétant le principe de l'art. 257b, al. 1 CO, stipule que peuvent être retenus comme frais de chauffage et d'eau chaude : les dépenses réelles liées directement au fonctionnement de l'installation de chauffage ou de l'installation centrale de préparation de l'eau chaude (al. 1). Dans l'al. 2 de cette disposition on indique à titre d'exemples différentes dépenses qu'on peut faire supporter au locataire en tant que frais de chauffage et d'eau chaude comme frais accessoires. Ce n'est pas étonnant que les taxes d'abonnement dont il est question ici ne soient pas évoquées. La saisie automatique du niveau et de la consommation de fuel ainsi que la transmission

correspondante par SMS et/ou internet sont nouvelles, de sorte qu'on ne pouvait pas y penser au moment de la création de l'arrêté. Mais cela ne change rien au caractère des frais qui y sont liés. Comme indiqué, l'énumération n'est pas exhaustive (l'al. 2 indique « spécialement les dépenses pour ... ». Exactement comme les dépenses prévues à l'al. 2, lettre f pour « la saisie de la consommation et le service des décomptes pour le décompte des frais de chauffage dépendant de la consommation ainsi que pour l'entretien des appareils nécessaires » sont liées [NdTr. :en allemand singulier pour un sujet pluriel] au fonctionnement de l'installation de chauffage, cela est vrai aussi pour le système de mesure dont il est question ici, même si cela n'est pas utilisé dans le cadre du décompte des frais de chauffage dépendant de la consommation. La taxe d'abonnement facturée pour l'utilisation du système se présente alors, dans l'optique du propriétaire de l'immeuble, comme une rémunération unitaire pour une prestation de service reçue et non pas comme un service d'intérêts et un amortissement d'une installation, qui, suivant l'art. 6, lettre b VMWG, ne représenteraient pas des frais de chauffage et d'eau chaude imputables.

2.3. S'il est donc établi, suivant les explications précédentes, que les taxes d'abonnements sont à considérer comme des frais de chauffage et d'eau chaude au sens de l'art. 257b, al. 1 CO et/ou de l'art. 5, al. 1 VMWG, il faut répondre en plus à la question de savoir si, après l'introduction du système de mesure, ces frais peuvent être incorporés sans problème au décompte des frais de chauffage et donc mis à la charge du locataire, sans respecter des prescriptions formelles suivant l'art. 269d CO.

Suivant l'art. 269d, al. 3 CO, de nouveaux frais accessoires peuvent être introduits de la même façon que celle applicable pour les augmentations de loyers (avis avec un formulaire officiel au moins dix jours avant le commencement du délai de résiliation pour une date de résiliation). Il faut donc répondre à la question de savoir si les frais

d'abonnement pour la mesure automatique et la transmission des données sont ou non des frais accessoires nouveaux.

Suivant l'art. 257a, al. 2 CO, le locataire ne doit payer les frais accessoires que s'il en a convenu spécialement avec le bailleur ; Suivant Higi, commentaire N 14 sur les art. 257a - 257b CO, il s'agit ici d'une règle d'interprétation, disant que tous les frais accessoires qui n'ont pas été convenus clairement et d'une manière distincte d'autres frais comme devant être à la charge du locataire doivent être à celle du bailleur. Finalement tous les enseignements à ce sujet sont semblables : la disposition doit garantir qu'il est indiqué clairement au locataire quels frais accessoires doivent être à sa charge en plus du loyer net (Oberle, endroit cité, p. 34 f ; commentaire SVIT Droit du bail II, N 18 au sujet des art. 257-275b CO ; Lachat, Stoll, Brunner, Droit du bail pour la pratique, 4^e édition, p. 215 ; ATF 121 III 460 = MRA 3/96, p. 124 ; MRA 3/00, p. 301 et suiv., spécialement p. 304). Serait nulle (avec pour conséquence que les frais accessoires seraient à la charge du bailleur) une convention suivant laquelle le locataire aurait « tous les frais accessoires » à sa charge.

Mais ainsi il n'est pas encore établi avec quelle précision de détail les postes [positions] concrets des frais accessoires que le locataire doit payer en plus du loyer doivent être décrits pour être compris valablement comme étant convenus spécialement au sens de l'art. 257a, al. 2 CO.

Autant qu'on puisse le constater, on ne trouve pas dans la doctrine ni dans la jurisprudence des explications plus profondes que la formulation générale suivant laquelle, comme déjà indiqué, il ne convient pas de décider que « tous les frais accessoires » sont à la charge du locataire. Le passage le plus détaillé est Oberle, endroit cité, p. 34 f. Il est stipulé ici que les frais de conciergerie se rapportent toujours seulement à des travaux exécutés par le concierge. Cela comprend aussi du jardinage exécuté par lui.

Mais si on a chargé un jardinier du jardinage, ces frais ne peuvent pas être répercutés sur le locataire par l'intermédiaire des frais de conciergerie. Si les dépenses de jardinage n'avaient pas été expressément distinguées comme frais accessoires, elles devraient être considérées comme comprises dans le loyer.

Il correspond à la pratique courante de ne pas détailler les différents postes de frais accessoires dans le cadre de la distinction contractuelle des frais accessoires suivant l'art. 257a, al. 2 CO. C'est ce que montre déjà l'exemple ci-dessus : les frais de conciergerie ne sont pas décrits séparément, mais de la désignation en tant que telle il découle seulement une délimitation par rapport aux travaux du jardinier. Il n'en est pas autrement pour les frais de chauffage et d'eau chaude. En référence à ce poste de frais accessoires, l'art. 5 VMWG fournit la preuve que, dans le cadre de la distinction des frais accessoires, il doit suffire de désigner comme tel le poste « chauffage et frais d'eau chaude ». Avec la désignation sont alors saisies « spécialement les dépenses », qui sont énumérées à l'art. 5, al. 2 VMWG, mais, par suite de l'énumération donnée uniquement à titre d'exemple, pas seulement celles-ci. Comme frais de chauffage et d'eau chaude à la charge du locataire, il faut donc considérer toutes les autres dépenses réelles qui suffisent à la description de l'art. 5, al. 1 VMWG (et donc de l'art. 257b, al. 1 CO, c'est-à-dire qui sont liées directement au fonctionnement de l'installation de chauffage ou de l'installation centrale de préparation de l'eau chaude. Cela est certainement valable pour toutes les taxes d'abonnement en question.

Si les frais de chauffage sont suivant le contrat de location à la charge du locataire, les frais d'abonnement en discussion sont donc des frais tombant dans ce poste de frais accessoires et non pas éventuellement de nouveaux frais accessoires qui ne pourraient être répercutés sur le locataire que dans la procédure conforme à l'art. 259d, al.

3 CO. Ils ont certainement leur place sans difficultés dans la facture des frais de chauffage.

2.4. Si, pour la mesure automatique du niveau et de la consommation de fuel et pour leur transmission au bailleur, les frais d'abonnement sont répercutés sur le locataire, il faut se demander encore si certaines économies ne sont pas faites pour d'autres frais accessoires. Il faut indiquer à ce sujet ATF 108 II 140 (= PRA 71 n° 174), où le Tribunal Fédéral, au sujet du bien-fondé de l'entrée en vigueur d'une nouvelle taxe d'enlèvement des ordures comme poste de frais accessoires, stipulait qu'il fallait examiner si ces frais n'étaient pas compensés entièrement ou en partie par d'éventuels facteurs abaissant les frais.

Suivant l'article 5, al. 2, lettre i VMWG, les frais de chauffage et d'eau chaude imputables comprennent « le travail administratif lié au fonctionnement de l'installation de chauffage ». L'art. 5, al. 3 VMWG prévoit ensuite que les frais d'entretien et d'administration peuvent être imputés suivant la dépense réelle ou dans le cadre des taux habituels. Si on ne décompte pas suivant la dépense réelle, il est permis, suivant la pratique, de faire valoir un forfait administratif de 3 à 4 % des frais totaux de chauffage (Oberle, endroit cité, p. 92).

Il se pose maintenant concrètement la question de savoir si les frais d'abonnement n'ont pas à être répercutés entièrement sur le locataire, parce que le système autonome de mesure et de transmission réduit éventuellement beaucoup les frais administratifs facturés forfaitairement.

Il est vrai que la mesure du niveau de fuel par le concierge et les transmissions téléphoniques correspondantes au bailleur ou à l'administration sont supprimées par l'utilisation du système autonome de mesure et de transmission. De même le système devrait apporter certaines améliorations pour l'établissement du décompte des frais de chauffage. La réduction correspondante du travail

administratif ne devrait pourtant pas être si importante que, dans le cas d'un forfait administratif demandé suivant l'art. 5, al. 3 VMWG, ce dernier ne semble plus justifié. Déjà par définition l'indemnisation forfaitaire d'une prestation n'est jamais tout à fait précise et elle ne change pas quand le travail nécessaire, qui est à la base de la prestation à indemniser, augmente ou diminue. Une répercussion seulement partielle des frais d'abonnement devraient être d'autant moins justifiée que les avantages pour le locataire, spécialement grâce à la possibilité d'optimiser les achats de fuel, l'emportent visiblement. L'abaissement des frais de fuel ainsi obtenu entraîne aussi un abaissement du forfait administratif, de sorte que ce n'est pas convenable de réduire en plus le pourcentage ou de tenir compte seulement partiellement de la taxe d'abonnement.

J'espère que ces renseignements vous satisferont et je reste à tout moment volontiers à votre disposition pour d'autres renseignements éventuels.

Veillez agréer...

Raymond Bisang