
Journées suisses du droit de la construction 2023

Éléments caractéristiques des réseaux thermiques en matière de construction, d'adjudication et de contrat

Matthieu Seydoux, Dr en droit, avocat à Lausanne



Table des matières

I. Introduction

II. Questions choisies en matière de construction

III. Obligation de se raccorder

IV. Marchés publics et appel d'offres

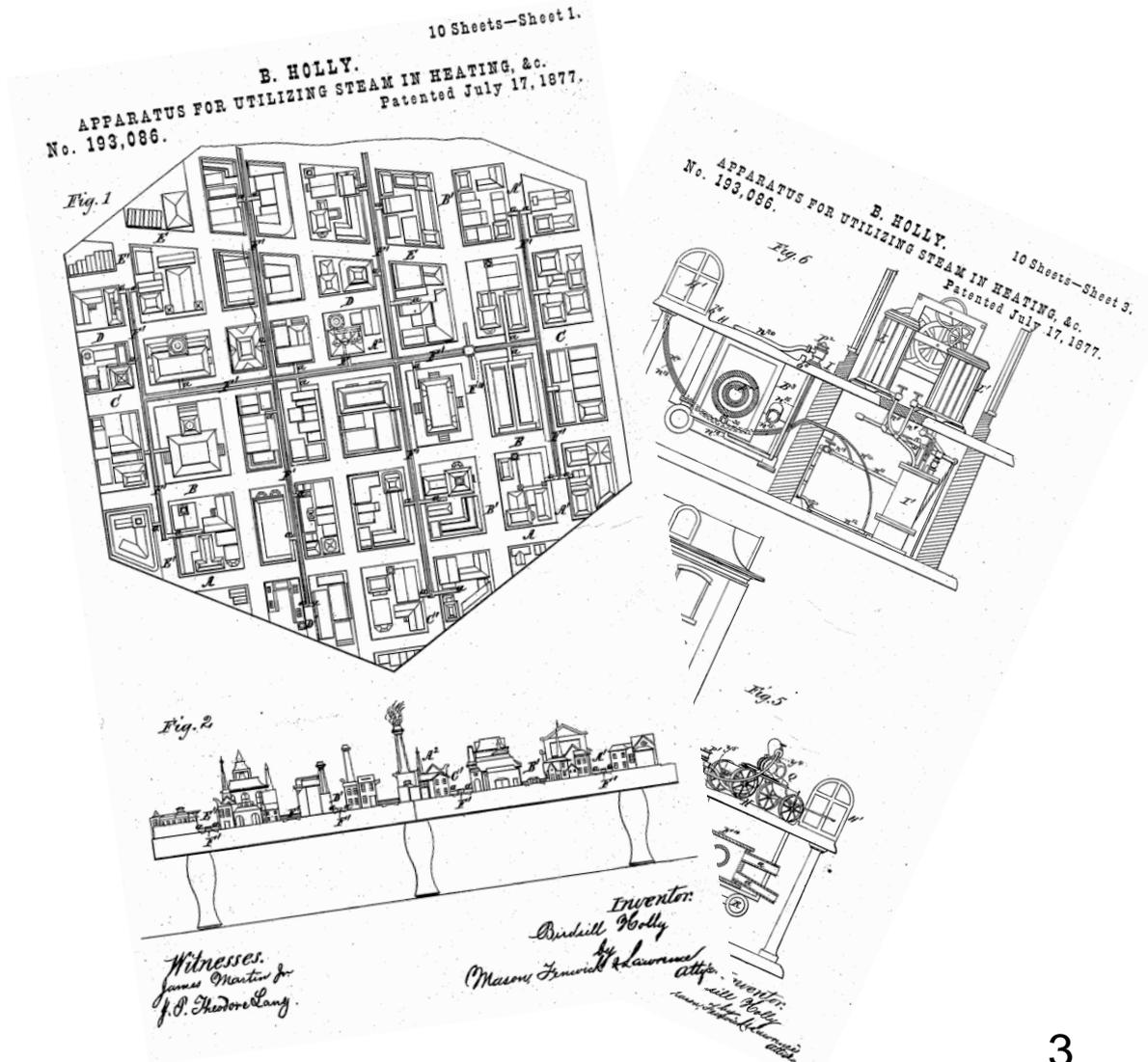
V. Conclusion et questions



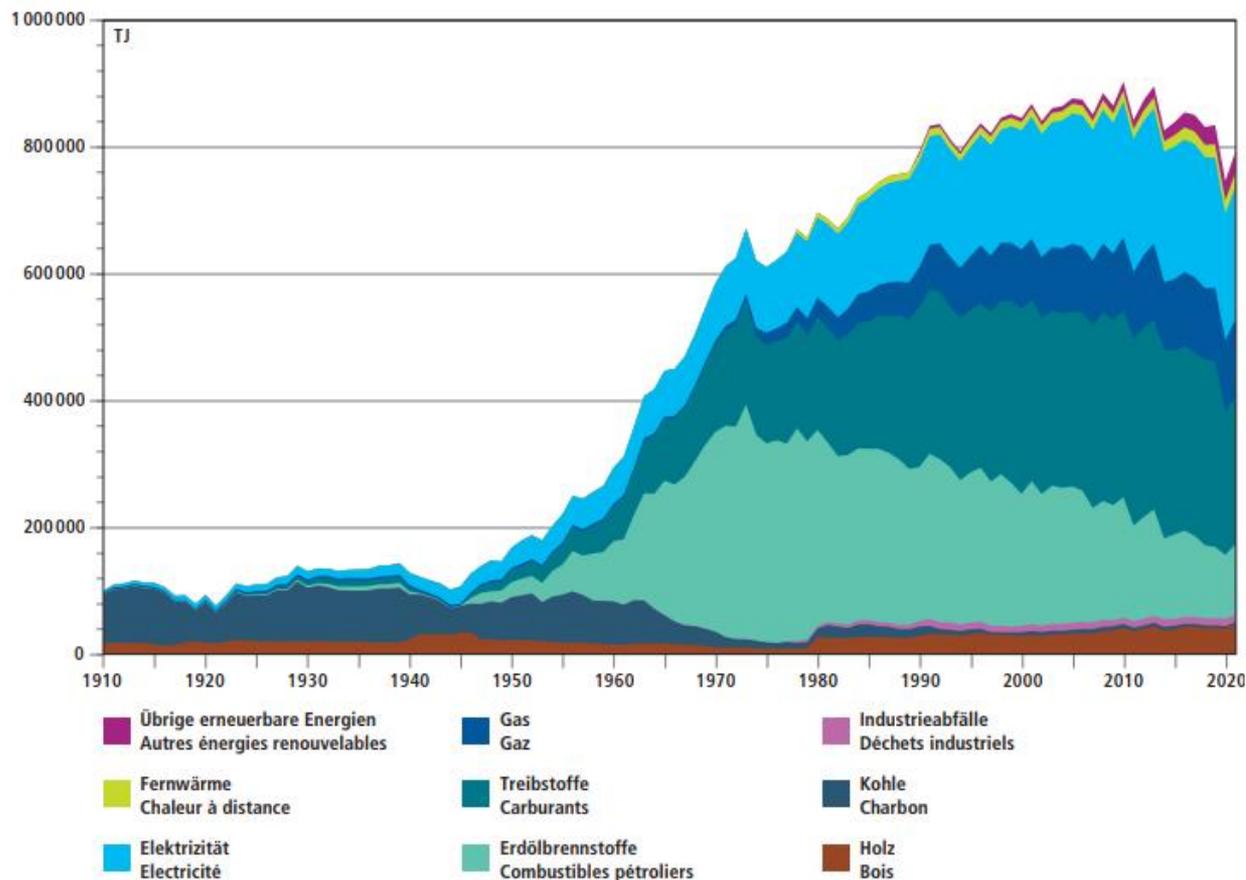
I. Introduction



Birdsill Holly Jr.
(1820-1894)



I. Introduction

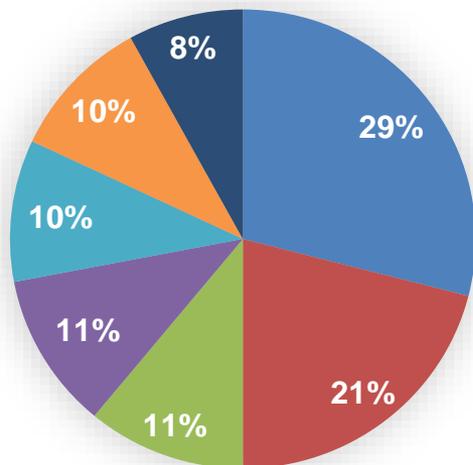


© BFE, Schweizerische Gesamtenergiestatistik 2021 (Fig. 1)
OFEN, Statistique globale suisse de l'énergie 2021 (fig. 1)

© OFEN,
Statistique
globale suisse
de l'énergie
2021, p. 3

I. Introduction

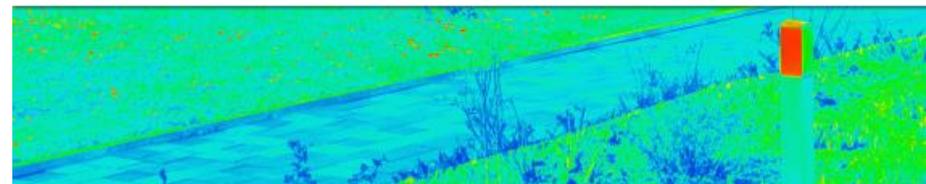
Potentiel d'énergies renouvelables
Horizon 2050: 45 TWh/a (38% CH)



- Lacs
- UIOM
- Eaux souterraines
- STEP
- Cours d'eau
- Bois
- Géothermie

Livre blanc - Le chauffage à distance Suisse –
Stratégie ASCAD, eicher+pauli 2014

STRATÉGIE CHALEUR 2050

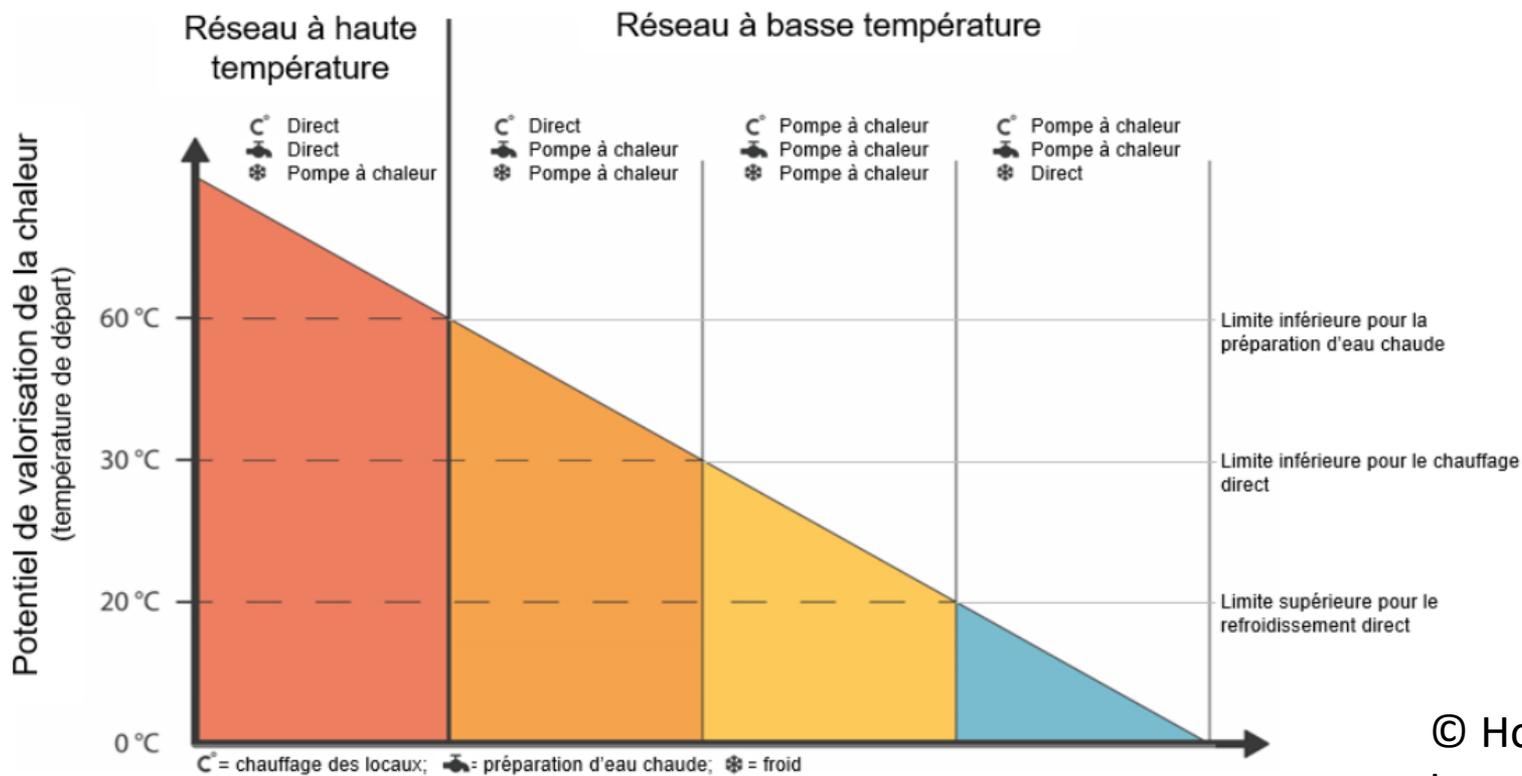


Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Office fédéral de l'énergie OFEN

en Suisse et comment celui-ci peut être exploité le plus rapidement possible. Le potentiel des réseaux thermiques réalisable du point de vue économique et de l'aménagement du territoire est estimé entre 17 et 22 TWh par an. Aujourd'hui, ce potentiel n'est tout au plus exploité qu'à moitié.

I. Introduction



© Hochschule Luzern / EnFK, La chaleur à distance en bref, 2019, p. 3

I. Introduction

Typologie

- « Chauffage à distance », « réseau thermique »
- Terminologie juridique non-stabilisée, pas de définition en droit suisse
- Directive UE 2018/2001, article 2 chiffre 19:

«réseau de chaleur» ou «réseau de froid»: la distribution d'énergie thermique sous forme de vapeur, d'eau chaude ou de fluides réfrigérants, à partir d'une installation centrale ou décentralisée de production et à travers un réseau vers plusieurs bâtiments ou sites, pour le chauffage ou le refroidissement de locaux ou pour le chauffage ou le refroidissement industriel

II. Questions choisies en matière de construction

- A. MoPEC 2014
- B. Planification
 - 1. Énergétique
 - 2. Directrice
 - 3. Affectation
- C. Autorisation de construire
- D. Conduites et équipement

II. Questions choisies en matière de construction

A. MoPEC 2014

<u>MoPEC 2014</u>					
Module de base			Modules facultatifs		
Sections	B, C, D, J, K, L, N, O	E, F, G, H, I M, P	A, Q, R	Modules	2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11
	⇒ Art. 45 al. 2-5, 46 et 52 <u>LEne</u>	⇒ Principes directeurs <u>CDEn</u> (2012)	⇒ Divers		

- «Droit souple», dispositions-modèles
 - Transpositions cantonales divergent
- Pas un concordat (art. 48a Cst. non-applicable)
 - Ne fonde pas de droit subjectif pour les administrés (p. ex. TA BE 100.2016.239U du 24.3.2017 consid. 7.3)

II. Questions choisies en matière de construction

A. MoPEC 2014

Module de base

- 1.12 al. 1, 1.18, 1.43, 1.49 (rejets thermiques), 1.38 ss (DIFC), 1.44 ss (objectifs gros consommateurs)
- 1.22 ss (exigences énergétiques et solutions standards)

Module facultatif 10: planification énergétique

- 4 articles-modèles
- Art. 10.4 (Planification énergétique des communes)
 - Al. 5: lien entre planification énergétique et planifications directrice/d'affectation
 - Al. 7: disposition-type relative à l'obligation de se raccorder

II. Questions choisies en matière de construction

B. Planification

- Aucune loi fédérale ne régit la procédure de construction et d'autorisation des réseaux thermiques (\neq LFH, LOA, LITC)
- Les différentes sources d'énergies thermiques qui peuvent alimenter un réseau thermique répondront chacune à un ordre juridique propre
- Nécessité de séparer l'analyse entre:
 - Source d'énergie
 - Conduites (notamment sur le domaine public)
 - Raccordement aux bâtiments

II. Questions choisies en matière de construction

B. Planification énergétique

- Aucune prescription fédérale, aucun « plan fédéral »
- SUISSEÉNERGIE, Guide de planification énergétique territoriale
- Cantons: Bâle-Ville, Genève
- Contentieux relatif à une installation se résoudra avant tout par les instruments d'aménagement du territoire:
 - Force contraignante uniquement pour les autorités
 - Pas de mise à l'enquête publique
 - Installations pas (difficilement) contestables pour ce motif

II. Questions choisies en matière de construction

B. Planification directrice

- Présenter le développement spatial souhaité, coordonner les projets d'envergure au niveau supraterritorial
- Pas d'étude de base (art. 6 al. 2 lit. b^{bis} et al. 3 lit. b^{bis} LAT)
- Réserve d'un ancrage (art. 8 al. 2 LAT)?
 - Art. 8b LAT, art. 10 LEne?
 - Non: uniquement installations hydroélectriques
 - Ancrage pas nécessaire:
 - Centrales à bois (à cogénération)*
 - Cf. ég. CDAP VD AC.2022.0005 du 29 septembre 2022 consid. 3
 - Systèmes hydrothermiques?
 - Ancrage nécessaire:
 - Installation de biogaz agricole
 - En principe, installations assujetties à l'OEIE (ch. 21.2*, 21.2a, 21.4, 40.7, 40.9, 21.9)

II. Questions choisies en matière de construction

B. Planification d'affectation

- Plans d'affectation spéciaux pour l'installation productrice d'énergie (art. 14 ss LAT)
- Réseaux thermiques actuellement non planifiés au moyen du plan d'affectation
- Avantages théoriques:
 - Rédaction rapport au sens de l'art. 47 OAT et coordination des intérêts
 - Lorsqu'un plan d'affectation spécial définit déjà les possibilités de construire de manière détaillée et contraignante, il peut acquérir les effets d'une autorisation de construire (ATF 145 II 176)

II. Questions choisies en matière de construction

C. Autorisation de construire

- Assujettissement pour tous les composants d'un réseau thermique (installation productrice d'énergie, réseau de conduites, raccordement d'un bâtiment)
- Sources d'énergies renouvelables hors zone:
 - Installations imposées par leur destination (art. 24 lit. a LAT)
 - Débats Chambres fédérales LAT2: art. 24^{ter} LAT (conduites)
 - Biomasse: art. 16a LAT, art. 34a OAT (débats en cours au Parlement fédéral)
- Pas de présomption légale d'un intérêt national (// art. 12 LEne, art. 8 et 9 OEne)
- Lois spéciales réservées (p. ex. LFo et défrichement, LPN et biotopes, LEaux et espaces réservés)

II. Questions choisies en matière de construction

D. Conduites et équipement

- Art. 667 CC: principe d'accession
- Art. 676 CC: servitude de conduites
 - Présomption de 676 al. 3 CC pas applicable
 - Conduites pas apparentes
 - Pas de présomption de propriété (\neq art. 37 al. 1 LTC, art. 15a LIE, art. 32c LITC)
 - Réserve en faveur des cantons (art. 122 Cst., art. 5 CC)?
 - Nécessité d'inscriptions au RF
- Expropriation ou action civile (art. 691 CC)
- Pas de normalisation de l'indemnisation
 - Cantons ont introduit une obligation de tolérer conduites des voisins, parfois à titre gratuit (art. 20 al. 3 LCEn/NE, § 295 al. 2 PBG/ZH, § 6 al. 5 KEnG/LU, § 19 al. 8 EnG/BS, art. 20 ss KEnG/BE)

II. Questions choisies en matière de construction

D. Conduites et équipement

- Application de l'art. 19 LAT?
 - Un terrain est réputé équipé lorsqu'il est desservi [...] par des conduites auxquelles il est possible de se raccorder sans frais disproportionnés pour l'alimentation en eau et *en énergie* [...]
 - Non: uniquement raccordement au réseau électrique
- Collectivités publiques:
 - Pas d'obligation de réaliser un réseau thermique
 - Pas partie du programme d'équipement
 - Pas d'obligation de financer un réseau thermique
- Propriétaire foncier:
 - Pas de droit d'équiper lui-même son terrain
 - Art. 22 al. 2 lit. b LAT (charge)?

III. Obligation de se raccorder

- A. Notion et caractéristiques fondamentales
- B. Liberté économique (art. 27 Cst.)
- C. Garantie de la propriété (art. 26 Cst.)
- D. Mise en œuvre
- E. Approche consensuelle

III. Obligation de se raccorder

A. Notion et caractéristiques fondamentales

Une définition

Obligation qui est faite à un propriétaire foncier de se raccorder à un réseau thermique et de consommer l'énergie distribuée aux conditions fixées par le droit cantonal et l'exploitant du réseau

III. Obligation de se raccorder

A. Notion et caractéristiques fondamentales

- Monopole de droit indirect
- Tâche publique?
 - ≠ tâche d'intérêt public!
 - Impact contentieux, responsabilité de l'État, subventions, art. 35 al. 2 Cst., marchés publics, etc.
 - Débat (doctrinal) ouvert, analyse au cas par cas
- Nature privée ou publique de la relation juridique?
 - En principe, droit public
 - Prix: émolument d'utilisation?
 -  titre de mainlevée au sens de l'art. 80 al. 2 ch. 2 LP?
 - Bonnes réglementations: Ville de Berne, Bâle-Ville
- Droit au raccordement?
 - Doctrine majoritaire favorable

III. Obligation de se raccorder

B. Liberté économique (art. 27 Cst.)

Art. 36 Cst.:

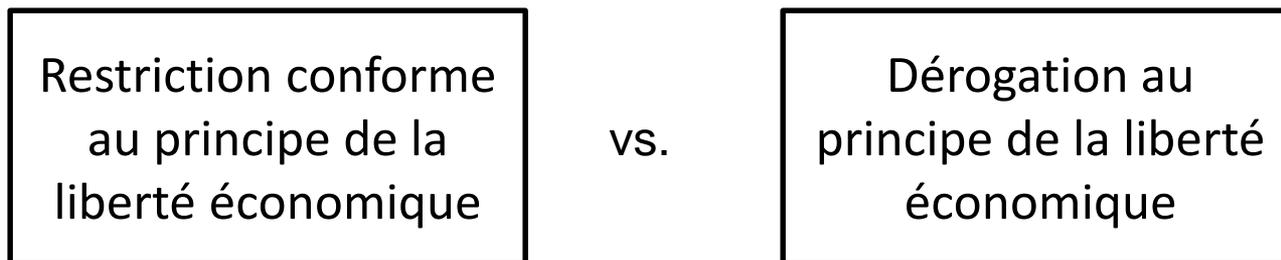
- Base légale
- Intérêt public
- Proportionnalité



III. Obligation de se raccorder

B. Liberté économique (art. 27 Cst.)

Base légale



- Conforme
- Base légale au sens formel
 -  conformité au droit cantonal supérieur (ZBI 1996 p. 456 ss, TC BL 810 13 320 du 21 mai 2014 consid. 6.4.2, JAB 2016 p. 228 consid. 3.5)

III. Obligation de se raccorder

B. Liberté économique (art. 27 Cst.)

Intérêt public

- Caractère évolutif de la condition de l'intérêt public
- Doctrine majoritaire l'admet
- Jurisprudence l'admet (indirectement):
 - ATF 98 Ia 854
 - TF 1P.193/1994 du 12 septembre 1994
 - TF 1C_441/2011 du 9 mars 2012
- Proposition: intérêt public si $\geq 50\%$ énergie renouvelable (à atteindre dans un délai déterminé)

III. Obligation de se raccorder

B. Liberté économique (art. 27 Cst.)

Proportionnalité

- Aptitude ✓
- Nécessité ✓ , mais:
 - Permettre développement autres énergies renouvelables
// arrêt du Verwaltungsgericht Freiburg 1 K 5140/18
du 16 juin 2021
 - Prévoir exception dans le droit cantonal/communal
- Proportionnalité au sens strict ✓ , mais:
 - Attention aux effets microéconomiques

III. Obligation de se raccorder

C. Garantie de la propriété (art. 26 Cst.)

Base légale

- Base légale au sens formel ; en pratique, plan d'affectation et son règlement
- Question de l'expropriation et lien avec la base légale
 - Droit cantonal/communal doit prévoir hypothèses d'expropriation
 - Expropriation matérielle?
 - Terrain non bâti X
 - Maison déjà bâtie et équipée, raccordement à l'occasion d'un assainissement LPE/OPair (p. ex. art. 22 al. 2 lit. b LEn/GE) X
 - Maison déjà bâtie et équipée, installation non amortie ✓
 - Expropriation formelle: constitution d'une servitude ✓
- «Obligation d'attendre»: VGE BE 100.2015.19 du 7 janvier 2016 consid. 3.7

Intérêt public

- Pas de difficulté

III. Obligation de se raccorder

C. Garantie de la propriété (art. 26 Cst.)

Proportionnalité

- Aptitude ✓
- Nécessité ✓
- Proportionnalité au sens strict?
 - Terrain non bâti ✓
 - Financièrement tolérable pour le propriétaire foncier?
 - Maison bâtie et équipée: pas de schématisme
 - Diversité des solutions cantonales: ZH et SO 10%, BE, BS «pas être sensiblement plus élevé», NE «justifié économiquement», FR «pas supérieur à énergie conventionnelle»

III. Obligation de se raccorder

D. Mise en œuvre

- Winterthur, Fribourg, Monthey et Lignières
- Clause accessoire à l'autorisation de construire
 - Charge
 - Exécution forcée?
- Décision (5 PA, 4 CPJA)
 - Exécution forcée
 - Art. 292 CP
- Sanctions à caractère pénal
 - Art. 335 al. 1 et 2 CP
 - Exemple: Monthey
- Droits réels
 - Restriction de droit public (art. 962 al. 1 CC / 129 al. 1 ORF)?
 - Procédure d'épuration des servitudes ad hoc?
- Obligation d'information par la commune?
 - Art. 4 LAT
 - Arrêt du TF 1C_241/2017 du 5 février 2018

III. Obligation de se raccorder

E. Approche consensuelle

- Source de contentieux
- Constat comparatif
 - Allemagne et France: peu mis en oeuvre. Suède: pas introduit
 - Pas un moteur du succès des réseaux thermiques
- Nouvelle approche?
 - Ville de Zurich, Wärmeversorgungsverordnung

c. wirtschaftliche Vorgaben

Art. 9 Für die Erteilung von Gebietsaufträgen und -konzessionen gelten folgende wirtschaftliche Vorgaben:

- a. Sämtlichen Grundeigentümerinnen und Grundeigentümern innerhalb des Perimeters, die ein Anschlussinteresse zeigen, wird ein Anschlussangebot unterbreitet.
- b. Der Öffentlichkeit wird ein transparentes Preisblatt zugänglich gemacht.
- c. Die Preise beinhalten Anschlusskosten, leistungsbezogene Kosten und Energiekosten.

IV. Marchés publics et appel d'offres

- A. Commande d'énergie thermique
- B. « Concession(s) » sur le domaine public
- C. PPP et « organisme de droit public »

IV. Marchés publics et appel d'offres

A. Commande d'énergie thermique

1. Pouvoir adjudicateur
 - À vérifier de cas en cas (art. 4 LMP/AIMP)
2. Marché public
 - « Un marché public est un contrat conclu entre un adjudicateur et un soumissionnaire en vue de l'exécution d'une tâche publique. Il est caractérisé par sa nature onéreuse ainsi que par l'échange de prestations et contre-prestations, la prestation caractéristique étant fournie par le soumissionnaire » (art. 8 al. 1 LMP / AIMP)
 - Patrimoine financier (patrimoine immobilier)?
 - Marché global?
3. Type de prestation
 - Fourniture
4. Valeurs seuils et calcul
 - Annexe 4 LMP, annexes 1 et 2 AIMP
 - Contrat de 5 ans (art. 15 al. 4 LMP et AIMP), év. indéterminé => x48

IV. Marchés publics et appel d'offres

A. Commande d'énergie thermique

5. Exceptions

- Obligation de se raccorder (art. 10 al. 3 ch. 3 LMP, art. 10 al. 2 lit. a AIMP)
- Absence de concurrence en raison de particularités techniques (art. 21 al. 2 lit. c LMP et AIMP)?
 - Prestation qui présente certaines particularités techniques ✓
 - Pas de concurrence pour la prestation ✓
 - Aucune prestation de rechange ✓ ?
 - Publication d'un rapport (art. 21 al. 3 LMP/AIMP)
 - Standstill (art. 42 LMP/AIMP)

IV. Marchés publics et appel d'offres

B. «Concession(s)» sur le domaine public



IV. Marchés publics et appel d'offres

B. «Concession(s)» sur le domaine public

1.1 Loi et jurisprudence: approche formelle

- Diversité des titres (concession, autorisation, « tolérance », etc.)
- Usage du domaine public (p. ex. ATF 145 II 252 consid. 4.1)
 - Collectivité, position d'offreur?
 - Collectivité «régule» l'exercice d'une activité par une entreprise?
 - Concession exclusive pour l'utilisation du domaine public sans contre-prestation?
- Réglementation des réseaux thermiques
 - Cantonale et/ou communale
 - En principe, pas une tâche publique
 - Pas de «monopole»
 - Réserve: obligation de se raccorder (art. 9 AIMP)
- Quid art. 2 al. 7 LMI (entreprises *privées*)?
- Jurisprudence:
 - CDAP/VD MPU.2012.0029 du 28 mars 2013
 - TC/FR 602 2012 123 du 24 octobre 2013

IV. Marchés publics et appel d'offres

B. «Concession(s)» sur le domaine public

1.II Loi et jurisprudence: approche économique

- Marché global (art. 8 AIMP) ou concession/délégation (art. 9 AIMP)?
 - Concession confère un statut singulier?
 - Prérogatives de puissance publique?
 - Activité exercée pour leur compte et à leurs risques et périls?
 - Prestations annexes en lien avec la concession (p. ex. raccordement prévu des bâtiments administratifs et patrimoine financier, contracting)?
 - Appréciation économique (monopole naturel)
 - Obstacles formels
- Exceptions ?
 - Art. 10 al. 1 lit. a AIMP (vente ou revente dans le commerce)? ❌
 - Art. 10 al. 2 lit. d AIMP (quasi in-house)? ❌
- Jurisprudence:
 - TC/AG AGVE 2012/26 du 25 juin 2012
 - + en + de publications sur [simap.ch](https://www.simap.ch)
- Risque: arrêt du TF 2C_959/2021 du 30 novembre 2022
 - => nullité de la concession (et du contrat?)! Applicable par analogie?

IV. Marchés publics et appel d'offres

B. «Concession(s)» sur le domaine public

2. Régulation

- Réserve de l'art. 9 AIMP deuxième phrase
 - Art. 2 al. 7 LMI en cours de révision (parlament.ch > 22.061)
- Ville de Zurich, Wärmeversorgungsverordnung (**WVV**)
- Attribution des concessions ou des mandats de desserte pour l'approvisionnement exclusif de certains quartiers (art. 7 WVV)
- Attribution d'une concession doit faire l'objet d'un appel d'offres (art. 13 WVV) selon les exigences de l'art. 2 al. 7 LMI:

Art. 13 ¹ Die Stadt schreibt Gebietskonzessionen gemäss Art. 6 lit. b öffentlich aus. Gebietskonzession
a. Verfahren

² Das Verfahren richtet sich nach Art. 2 Abs. 7 Bundesgesetz über den Binnenmarkt³ in der Fassung vom 1. Januar 2021; es folgt den Grundsätzen der Objektivität, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz.

³ Der Stadtrat regelt die Einzelheiten des Ausschreibungsverfahrens.

-  droit lucernois: concession sans appel d'offres (§ 6 al. 4 KEnG/LU)

IV. Marchés publics et appel d'offres

C. PPP et « organisme de droit public »

- Monopoles cantonaux/communaux
 - Genève (réseaux structurants), Bâle-Ville, ville de Berne
 - Art. 4 al. 2 lit. g AIMP
- Partenariats publics-privés
 - Organisme de droit public? (art. 3 lit. f AIMP)
 - « tout organisme créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre que commercial ou industriel, doté d'une personnalité juridique, et dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public »
 - Avantage: choix du partenaire commercial et coactionnaire n'est en principe pas assujetti au droit des marchés publics

IV. Marchés publics et appel d'offres

C. PPP et « organisme de droit public »

- Conditions art. 3 lit. f AIMP
 - Organisme créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre que commercial ou industriel
 - Organisme doté d'une personnalité juridique
 - Organisme dont l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public

IV. Marchés publics et appel d'offres

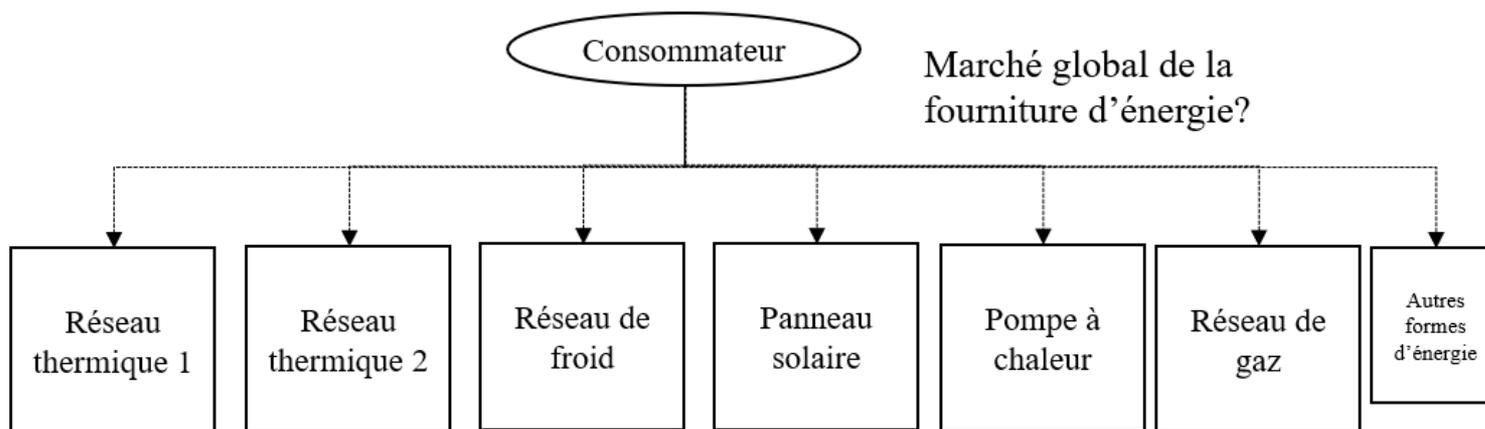
C. PPP et « organisme de droit public »

- Organisme créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général *ayant un caractère autre que commercial ou industriel?*
 - Pas de nécessité d'appel d'offres si soumis à la concurrence pour ses acquisitions
 - Définition inspirée par le droit européen (cf. art. 2 al. 1 ch. 4 directive 2014/24/UE)
- Éléments à prendre en compte (ATF 147 II 264 consid 4.2.3.1)
 - But: empêcher les adjudications antiéconomiques ou discriminatoires
 - Évaluer la structure et les caractéristiques particulières du marché
 - Évaluer le comportement de l'organisme public

IV. Marchés publics et appel d'offres

C. PPP et « organisme de droit public »

- Quelle concurrence entre les différents systèmes énergétiques?
 - Produit ou services qui sont *substituables* (art. 11 al. 3 lit. a OCCE)
 - Marché globale de la fourniture d'énergie?
 - Position de la COMCO: DPC 2015/4 p. 779 n° 57



IV. Marchés publics et appel d'offres

C. PPP et « organisme de droit public »

- Arrêt CJCE du 10 avril 2008, *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH contre Fernwärme Wien GmbH*, C-393/06, EU:2008 I-02339
 - Question préjudicielle 2:
 - « [...] convient-il de qualifier une entreprise comme Fernwärme Wien GmbH d'organisme de droit public au sens de la directive 2004/17/CE ou de la directive 2004/18/CE [...] si elle fournit le chauffage urbain sur un territoire déterminé sans réelle concurrence ou convient-il de prendre pour référence le marché du chauffage domestique, qui comprend également des sources d'énergie comme le gaz, le pétrole, le charbon, etc.? »
 - In casu:
 - Fernwärme Wien GmbH seule entreprise à même de fournir des prestations sur ce marché en prenant en compte des critères autres que strictement économiques
 - « quasi-monopole de fait » (sic !)
 - « Autonomie considérable » du marché
 - Importance particulière du réseau pour la ville de Vienne, subventionné si pertes
- ➡ Organisme de droit public (cf. ég. CDAP VD MPU.2019.0026 consid. 5)

IV. Marchés publics et appel d'offres

C. PPP et « organisme de droit public »

- Quid en cas de « nouveau » réseau?
 - Approche fonctionnelle du droit européen
 - Concession confère un statut singulier
 - Importance particulière du réseau pour la ville de Vienne, subventionné si pertes
 - Prestations annexes en lien avec la concession (p. ex. raccordement prévu des bâtiments administratifs et patrimoine financier, *contracting*)?
 - Appréciation économique (monopole naturel)
 - Obstacles formels
 - Subvention

V. Conclusion

Questions?



V. Conclusion

En vous remerciant de votre attention,

