

Dossier spécial : Baux commerciaux

L'ESSENTIEL

■ JUGÉ ■

> Pour justifier un déplaçonnement, la modification des facteurs locaux de commercialité doit avoir un intérêt pour le commerce considéré (p. 2).

> Un bail perpétuel conclu à vil prix comporte deux motifs de nullité (cf. CA Paris, 3 juin 2020, p. 3).

> Pour le calcul de la valeur locative, il n'y a pas lieu de faire de référence à un loyer "décapitalisé" qui intègre une part d'immobilisation, ni de faire d'abattement en cas de loyer binaire (p. 3).

> Le bailleur qui prouve que le locataire se réinstalle à un coût moindre que dans le local dont il est évincé peut faire réduire le montant de l'indemnité d'éviction (p. 5).

■ ANALYSE ■

> Claire Jouffrey (Fidal) invite à la vigilance pour rédiger les contrats en cas de **groupements d'entreprise** (p. 9).

> Quelles sont les incidences de l'obligation de **rénovation énergétique pour les bâtiments tertiaires**? Mickaël Terrom (ACCEO) propose des conseils et indique que "la modulation des objectifs est la clé du dispositif" (p. 10).

> "Le SCOT devient un document plus stratégique". À la suite des deux ordonnances du 17 juin 2020 sur l'urbanisme Ségolène de La Rivière (Cheuvreux) analyse la portée de la réforme du SCOT (p. 14).

■ CHIFFRÉ ■

> **150 000** : c'est le nombre de transactions perdues en 2020 par rapport à 2019, estime la FNAIM (p. 13).

EDITORIAL

Baux commerciaux, un jeu d'échec

Nous vous proposons dans ce numéro un dossier de jurisprudence sur les baux commerciaux à partir d'une sélection d'arrêts de la cour d'appel de Paris. Certains arrêts rappellent des règles bien établies. Trois exemples. 1. Le bail ne doit pas être conclu à vil prix ni pour une durée perpétuelle. Le bail qui portait sur 1 500 m² de bureaux était conclu pour un loyer de 12 euros par an. Le contrat a été requalifié en prêt à usage.

2. Le bailleur doit assurer la jouissance paisible du locataire. La cour prononce la résiliation d'un bail pour trouble de jouissance subi par le preneur. L'état du bâtiment loué donnait des inquiétudes aux occupants, au point que le bailleur lui-même, également occupant d'une autre partie de l'immeuble, avait quitté les lieux. Le preneur obtient la résiliation du bail aux torts du bailleur pour violation de son obligation d'assurer la jouissance paisible du locataire. 3. La cour d'appel réaffirme que, pour justifier un déplaçonnement, la modification des facteurs locaux de commercialité doit avoir un intérêt pour le commerce considéré. La cour d'appel tranche par ailleurs des questions délicates. Deux exemples. 1. Un arrêt revient sur la question de l'indexation des loyers. Un bail prévoyait une indexation, mais uniquement en cas de hausse de l'indice. La cour d'appel frappe de nullité la clause d'indexation. La décision est très nette et contribuera à proscrire toute tentative visant à pratiquer une distorsion entre la période retenue pour la variation de l'indice et celle d'application de l'indexation du loyer.

2. Les règles sur la décence relèvent d'abord de la loi du 6 juillet 1989. Mais qu'en est-il d'un logement loué avec un local commercial? La cour d'appel se fonde sur l'objectif du texte. Elle indique que l'obligation de décence ne s'applique que lorsque le bien est loué à titre de résidence principale du locataire. Si un bien loué à une personne morale, celle-ci ne peut prétendre que le logement constituerait son habitation principale et ne peut exiger du bailleur qu'il respecte l'obligation de fournir un logement décent.

Observons enfin que l'analyse de la jurisprudence confirme la difficulté de bien gérer les diverses étapes de la fin du bail. Un locataire en a fait l'amère expérience en laissant passer les années à la fin du bail et devant de ce fait subir le déplaçonnement du loyer, son bail ayant duré plus de 12 ans. Il a tenté d'invoquer la responsabilité du bailleur pour lui avoir sciemment caché les règles en la matière mais son action peine à prospérer. La négociation des baux commerciaux est donc souvent affaire de stratégie. Il faut placer ses pions au bon endroit. Les amateurs d'échec y trouveront leur plaisir ! ■ **BD**

- 2 - Jurisprudence -

Dossier baux commerciaux :

- Modification des facteurs locaux de commercialité : déplaçonnement sous condition
- Impact de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire
- Loyer de renouvellement : le cas du loyer binaire
- Double nullité d'un bail perpétuel conclu à vil prix
- Immeuble propriété d'une personne publique ; une contestation sur la domanialité publique impose un renvoi devant le juge administratif
- Responsabilité contractuelle du bailleur : quelle compétence ?
- Un refus de renouvellement sans indemnité principale
- Renouvellement du bail : veiller à la qualité du demandeur
- Clause pénale : le pouvoir modérateur du juge
- Trouble de jouissance du preneur. Résiliation aux torts du bailleur

- Logement décent : applicable au bail lié à un commerce ?

- Indexation à la hausse uniquement ; nullité de la clause

- Résiliation des baux après procédure collective : refus d'une OPC

Expropriation : Calcul de l'indemnité ; sur le fonds de commerce ou le droit au bail ?

- 9 - Analyse -

Construction et groupements d'entreprise : les points de vigilance, par Claire Jouffrey (Fidal)

- 10 et 14 - Interview -

Mickaël Terrom (Acceo) : décret tertiaire : la modulation des objectifs est la clé du dispositif

Ségolène de La Rivière (Cheuvreux) : le SCOT, un document stratégique

- 13 - Marché -

Perte de 150 000 transactions en 2020 selon la FNAIM

Rénovation du parc tertiaire. Mickael Terrom: « La modulation des objectifs est la clé du dispositif »

Directeur Métier ACCEO Génie énergétique, Mickael Terrom explique le dispositif réglementaire issu de la loi Élan concernant les obligations de rénovation énergétique du parc tertiaire et qui a été complété par un arrêté du 10 avril 2020. Au-delà des explications, Mickael Terrom propose des conseils pour mettre au mieux en œuvre le "décret tertiaire".



> Quel est le contexte de ce nouvel arrêté ? La loi Élan a fixé des objectifs ambitieux d'amélioration de la performance énergétique des bâtiments tertiaires. Ils ont été précisés par un décret du 23 juillet 2019. L'arrêté du 10 avril 2020, dit « arrêté méthode », en explique les règles d'application, il sera suivi en octobre d'un « arrêté seuil » qui concernera les bâtiments assujettis déjà performants. C'est-à-dire ayant la performance des bâtiments neufs.

> Quels sont les bâtiments concernés par l'obligation ?

Sont assujettis les bâtiments tertiaires de plus de 1000 m²(1), ce qui écarte les bâtiments du secteur primaire (bâtiments agricoles) et du secteur secondaire (usines, bâtiments industriels) ainsi que les bâtiments de logements. Les lieux de cultes, bâtiments de l'armée et bâtiments précaires sont également exclus du dispositif. Sont donc visés non seulement les bureaux, mais notamment les centres commerciaux, les écoles, les bâtiments administratifs publics ou privés, les hôtels, etc.. Cela représente environ 315 000 bâtiments. L'obligation étant liée à l'immeuble, elle embarque dans une responsabilité commune non seulement le propriétaire ou le syndicat des copropriétaires, mais également les preneurs à bail (locataires).

> Quelles informations doivent être publiées sur la plateforme OPERAT ?

À compter du 1er janvier 2020, il est obligatoire de remonter chaque année les données de consommations des bâtiments assujettis sur la plateforme OPERAT (Observatoire de la Performance Énergétique, de la Rénovation et des Actions du Tertiaire) gérée par l'Ademe (Agence de la transition écologique).

Les assujettis ont jusqu'au 30 septembre

2021 pour remonter les consommations énergétiques de l'année 2020 puis 30 septembre 2022 pour celles de 2021, et ainsi de suite.

> Comment mesurer la performance ?

Il est important de noter qu'il s'agit de données mesurées en « énergie finale » et non en « énergie primaire ». Les assujettis devront atteindre les objectifs de réduction en fonction de la consommation réellement mesurée par leur compteur d'énergie et qui leur est facturée. C'est une belle évolution par rapport au mode de calcul du DPE ou des Réglementations Thermiques (RT2005 et 2012) qui se fondent sur l'énergie primaire (celle puisée dans la nature) nécessaire pour produire l'énergie consommée est déterminé par un coefficient. Par exemple pour l'électricité ce coefficient est actuellement de 2,58.

> Quels sont les objectifs de réduction des consommations d'énergie ?

La loi a fixé trois objectifs : la consommation d'énergie du bâtiment doit être réduite de 40 % en 2030, de 50 % en 2040 et de 60 % en 2050. La réduction est mesurée par rapport à une année de référence choisie par le propriétaire ou syndicat des copropriétaires entre 2010 et 2018. Il a donc intérêt à choisir une année de référence correspondant à celle où le bâtiment a le plus consommé pour réduire artificiellement ses objectifs de gains. Cependant, le choix de cette année de référence doit être indépendant des conditions climatiques qui sont plus ou moins contraignantes d'une année sur l'autre. Ce n'est pas aussi simple que de retrouver ses factures, car les consommations réelles de 2010 à 2018 devront être pondérées pour tenir compte de ces variations climatiques.

Par ailleurs, pour les immeubles récents ou déjà réhabilités, l'arrêté seuil doit fixer des garde-fous, c'est-à-dire un seuil appelé Cabs, déterminé par secteur d'activité, à partir duquel le bâtiment est considéré comme devenu très performant. Il est en effet difficile, voire impossible, de réduire de 40 % à 60 % la consommation énergétique d'un bâtiment déjà très performant. Mais il ne suffira pas que le bâtiment ait été construit en respectant la RT 2012 pour être considéré comme performant. Ainsi, ces bâtiments récents seront également soumis à ces obligations de diminuer leurs consommations d'énergie si leurs niveaux de consommations facturées par m² dépassent le seuil Cabs.

La loi Élan prévoit actuellement que les bâtiments mis en exploitation après le 23 novembre 2018 ne sont pas concernés par l'obligation. Mais il s'agit d'une coquille du législateur et le texte de loi devrait prochainement être modifié via un amendement pour intégrer les bâtiments plus récents dans l'obligation.

> Que signifient les sigles CVC et USE dans l'arrêté ?

L'arrêté du 10 avril 2020 précise que le futur seuil Cabs se décompose en deux parties : les consommations liées aux usages, comme la bureautique, l'éclairage, l'eau chaude sanitaire, etc. appelées « USE » et les consommations de chauffage, de ventilation et de climatisation appelées « CVC ».

> Les bâtiments en copropriétés sont-ils concernés ?

Trois types de bâtiments sont soumis à l'obligation : tout bâtiment, toutes parties d'un bâtiment à usage mixte et tout ensemble de bâtiments. Ce troisième cas vise par exemple les copropriétés tertiaires horizontales. Trois bâtiments sur une même unité foncière de chacun 400 m²

(1) Le seuil de 1000 m² est fixé en surface de plancher, au sens de la circulaire du 3 février 2012, qui à titre d'exemple ne tient pas compte de l'épaisseur des murs afin de ne pas pénaliser les constructions bien isolées.

seront concernés, car l'ensemble dépasse 1 000 m².

Dans une copropriété mixte, avec des bureaux et des logements par exemple, si le seuil de 1 000 m² de locaux tertiaires est dépassé, les copropriétaires concernés devront faire des travaux. Mais ils ne pourront pas se prévaloir d'un refus de l'assemblée générale de voter par exemple des travaux d'isolation par l'extérieur, pour échapper à leur obligation ou réduire leurs objectifs.

La loi impose l'obligation au propriétaire et le cas échéant au preneur à bail « pour les actions qui relèvent de leurs responsabilités respectives en raison des dispositions contractuelles régissant leurs relations ». Il faut donc organiser les responsabilités. Il revient par exemple au locataire d'améliorer la performance des équipements consommateurs d'énergie liés à son activité ou des équipements de chauffage et climatisation qui lui sont dédiés, et au bailleur ou aux copropriétaires d'améliorer l'isolation du bâti, la chaufferie commune ou le traitement collectif de l'air.

> La loi prévoit la possibilité de moduler les objectifs. De quoi s'agit-il ?

La modulation des objectifs, c'est la clé du dispositif. En effet, entre l'année de référence et l'année 2030, l'usage du bâtiment aura évolué. La modulation permet d'adapter les objectifs de gains énergétiques à la réalité de la situation du bâtiment et des usages qu'il héberge.

Il sera possible de moduler les objectifs de gains à partir de trois leviers :

1. Les indicateurs d'intensité d'usage regroupent deux types de données. Il vise la « densité spatiale », par exemple lorsqu'un bâtiment voit non nombre d'occupants augmenter ou que le taux de vacance évolue. Si le nombre de salariés croît, la consommation d'énergie pour la climatisation et les équipements informatiques augmente aussi. Il vise également la « densité temporelle », qui est liée au temps d'utilisation du bâtiment. Ainsi un centre commercial désormais ouvert le dimanche matin pourra justifier une hausse de

consommation d'énergie par rapport à la période où l'ouverture dominicale était proscrite.

2. Les contraintes techniques et architecturales permettent de tenir compte de l'impossibilité de réaliser certains travaux. Par exemple, pour respecter les abords d'un monument historique ou la façade d'un immeuble haussmannien ou remarquable, il sera exclu de réaliser une isolation par l'extérieur ou mettre en place des panneaux solaires photovoltaïques en toiture. Il en est de même en limite de propriété, une isolation d'une façade empiéterait chez le voisin ou la voie publique.

La réalisation de certains travaux énergétiques peut être aussi écartée si elle risque de provoquer une pathologie dans le bâtiment par exemple l'apparition d'humidité.

3. La disproportion manifeste entre le coût des travaux et le gain d'énergie attendu est justifiée par un temps de retour sur investissement excessif. L'arrêté précise le calcul de la disproportion. Elle est établie si le temps de retour sur investissement dépasse 30 ans pour les actions sur l'enveloppe du bâtiment, 15 ans pour les dépenses d'équipements énergétiques et 6 ans pour les outils d'optimisation des systèmes et équipements.

> L'arrêté prévoit un dossier technique. À quoi sert-il ?

Ce dossier technique n'est pas en soi obligatoire. Si le propriétaire engage de lui-même son programme de rénovation et transmet ses données à OPERAT en pensant atteindre l'objectif, il peut se passer du dossier technique.

Mais s'il entend recourir à l'un des leviers de modulation pour baisser ses objectifs, il doit le justifier par le dossier technique et le déposer sur OPERAT. Selon l'étude d'impact de la loi Élan, les actions d'économie d'énergie à mettre en œuvre pour réussir les objectifs sont estimées en moyenne à 180 € par m². Or, nous constatons que la Loi de Pareto s'applique dans le domaine de la rénovation énergétique des bâtiments : 80 % du potentiel de gains énergétiques d'un bâtiment peut être réalisé avec 20 % des investissements, mais les 20 %

d'économies restantes coûteront 80 % de plus. Il est donc particulièrement intéressant pour le propriétaire ou les copropriétaires d'abaisser les seuils à atteindre. Réduire de 1 % les objectifs de gains décennaux via la modulation, c'est plusieurs dizaines d'euros d'investissement par m² en moins !

> Que contient le dossier technique ?

Il comporte quatre éléments : une étude énergétique, un programme d'action visant à atteindre les objectifs, une note technique de modulation et une note technique de calcul du temps de retour sur investissement.

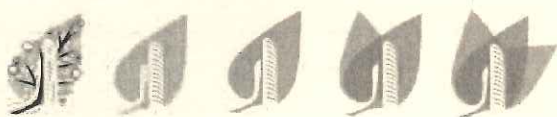
Si un propriétaire dispose de bâtiments homogènes, tant en termes de zone climatique que d'activité, il peut demander une étude énergétique limitée à un échantillon de son parc et en extrapoler les résultats sur l'ensemble.

Pour l'étude énergétique, les méthodes de calculs utilisées pour le DPE ou la RT 2005 (TH-CEex) ne peuvent être utilisées, car trop imprécises (marge d'erreur de plus de 40 % par rapport à la réalité après travaux). Elles sont moins coûteuses, mais font courir au maître d'ouvrage le risque de manquer son objectif de rénovation alors qu'il a investi. Seules la méthode de simulation thermique statique ou mieux encore, la méthode de simulation thermique dynamique peuvent être utilisées dans le cadre de cette réglementation. La première comporte une imprécision de +/-25 % et la seconde de seulement +/-5 %. Chez ACCEO, nous avons fait le choix de ne réaliser que des études via des simulations thermiques dynamiques, car nous accompagnons nos clients en définissant une stratégie patrimoniale de rénovation énergétique pour qu'ils réussissent leurs objectifs.

Un dossier technique complet comprenant l'étude énergétique coûte de 1 à 5 € le m² en fonction de la taille du bâtiment, un montant à comparer au coût moyen des travaux de 180 €/m².

> Y a-t-il une garantie sur les résultats de l'étude pour le propriétaire ?

Un bureau d'études ou un architecte a une obligation de moyens, et non une obligation de résultats. Cela signifie qu'après tra-



vaux, si les gains énergétiques ne sont pas atteints alors que les investissements ont été réalisés, il n'est pas possible pour le propriétaire d'aller rechercher juridiquement la responsabilité du prestataire qui l'a accompagné.

Au regard des enjeux d'image, financiers et de valorisation patrimoniale pour les assujettis, je conseille aux propriétaires de transférer la réussite des objectifs de gains énergétiques au prestataire qui les accompagne.

Pour cela, il est possible, et c'est le choix d'ACCEO, de prévoir contractuellement une obligation de résultats énergétiques réels. Nous proposons ce type de contrat; si la performance n'est pas atteinte, le contrat prévoit une indemnisation du propriétaire. Mais attention, le prestataire doit avoir une police d'assurance particulière pour pouvoir garantir ses résultats.

> Qui peut faire le dossier technique?

L'arrêté décrit les compétences requises pour pouvoir établir le dossier. Il peut s'agir d'un prestataire titulaire d'un signe de qualité délivré par un organisme accrédité par le Cofrac par exemple l'OPQIBI. Pour cela, le prestataire doit avoir la qualification 1905 RGE. Il faut justifier également de l'achat et l'utilisation d'outils techniques (outils de relevé, logiciels...).

Le dossier peut aussi être réalisé par du personnel interne à l'entreprise, comme un ingénieur thermicien; il doit dans ce cas respecter des conditions de diplôme et d'expérience (Bac + 5 et 3 ans d'expérience ou Bac + 3 et 5 ans ou 7 ans d'expérience).

> Quel est le rôle de la plateforme OPERAT?

Elle rassemble les données que les assujettis doivent lui transmettre: identification du propriétaire, caractéristiques des bâtiments, consommation d'énergie de référence et consommations annuelles et en tire des analyses annuelles. D'ici quelques années, les données de consommation pourront directement être transmises par les distributeurs d'énergie.

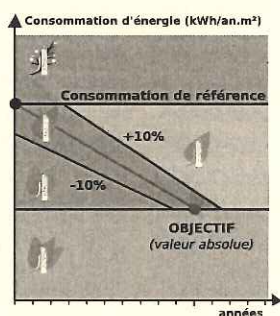
Dans une copropriété, le syndicat transmet

des données communes, mais chaque copropriétaire doit le faire pour les consommations de son propre lot. Le preneur à bail peut déléguer au bailleur la tâche de transmission de ses informations propres.

> A quoi sert l'attestation annuelle de performance énergétique?

En application de la loi Élan, OPERAT doit générer chaque année une attestation. Ce document doit être affiché à l'entrée des établissements et de chaque entreprise afin d'être visible des salariés et des clients.

Cela permettra de mesurer chaque année la baisse de consommation d'énergie. Sur l'attestation figure un QR code permettant d'accéder à de nombreuses informations complémentaires. L'attestation est illustrée d'éco-énergies tertiaires, via 5 niveaux, symbolisée par des feuilles d'arbres, du gris au vert, mesurant le rythme suivi par le bâtiment pour atteindre l'objectif.



La loi Élan impose aussi d'annexer l'attestation à toute promesse de vente, acte de vente et bail de location. Il en résulte que la valeur du patrimoine va être impactée par la performance énergétique du bâtiment. L'acquéreur va ainsi pouvoir vérifier si le vendeur a engagé des actions d'amélioration de cette performance et à défaut, réviser à la baisse le prix proposé. Il en est de même pour un candidat locataire qui réalise qu'il va être pénalisé parce que le bailleur n'a pas engagé de travaux. La loi a donc organisé une sanction par le marché: la pénalité viendra du marché.

> D'autres sanctions sont prévues?

Avec un mécanisme comparable à l'agenda d'accessibilité programmée, la loi a prévu une sorte d'Ad'AP de l'énergie. En 2030, si le propriétaire n'a pas atteint l'objectif, il devra déposer un programme d'actions avec un plan de financement.

Des sanctions financières sont aussi prévues; 7500 € d'amende par établissement en cas de non-réalisation de l'objectif, à chaque décennie, et 7500 € d'amende par établissement si l'Ad'AP n'est pas déposé à la préfecture dans les 6 mois.

Enfin la loi prévoit la mise en place du « Name & Shame »: le nom des entreprises n'ayant pas atteint l'objectif sera publié sur un site internet d'état. C'est l'image des entreprises qui sera impactée.

> Comment aborder cette réglementation?

Il faut être vigilant sur la méthode. Nous préconisons la mise en place d'un schéma directeur énergétique qui permet de phaser les travaux jusqu'à la fin de la réglementation. Il fixe les actions à mettre en œuvre et les coûts lissés sur 3, 5 ou 8 ans. Évitez par exemple une économie financière à court terme qui tuera le gisement d'économie d'énergie pour le bâtiment: éviter de recommencer une isolation thermique par l'extérieure réalisée pour 2030 parce qu'il manque 3 cm de plus pour réussir l'objectif 2050. ●

Les 7 conseils de Mickael Terrom

- Choisissez l'année de référence la plus avantageuse
- Privilégiez une étude énergétique en simulation thermique dynamique dans le dossier technique
- Pensez aux QuickWins qui ne nécessitent que peu d'investissements
- Adapter vos objectifs de gains énergétiques à la réalité de votre situation via la modulation des objectifs
- Faites appel à un prestataire qui s'engage sur les résultats énergétiques réels
- Pensez à cette solution rentable qu'est l'Autoconsommation Solaire Photovoltaïque! des panneaux solaires photovoltaïques peuvent couvrir jusqu'à 35 % de la consommation énergétique d'un bâtiment tertiaire sans batterie. De plus, elle permet de donner une « image verte » à l'immeuble.
- Projetez-vous à long terme et ne tuez pas le gisement! Chaque action d'amélioration doit être dimensionnée pour permettre l'atteinte des -60 % en 2050.