

QUELLE ADÉQUATION ENTRE **LE STATUT DES BAUX COMMERCIAUX** ET **L'IMMOBILIER DE BUREAUX ?**

**Propositions du groupe de travail « Baux commerciaux » de l'ORIE,
pilote par Michel Grossi**

Une réforme du statut des baux commerciaux pour l'adapter aux bureaux est nécessaire. Cela passe par l'oubli de quelques certitudes, le changement d'habitudes et l'audace de sortir d'une certaine zone de confort. L'ORIE y invite ses adhérents mais aussi, et surtout, l'ensemble des praticiens des baux commerciaux, investisseurs, promoteurs, financeurs, *asset* et *property managers*, utilisateurs, juristes et conseils¹.



Michel Grossi
MRICS, Responsable
de la Gestion du Patrimoine
Immobilier, BNP Paribas ;
Administrateur de l'ORIE

L'Observatoire régional de l'immobilier d'entreprise (ORIE), organe privilégié de la concertation entre professionnels publics et privés de l'immobilier d'entreprise en Île-de-France, a ouvert la réflexion au début des années 2000 en produisant diverses études sur les effets du régime du bail commercial sur la fluidité du marché (2001-2002), les conflits locatifs en immobilier de bureaux (2003) et la réalité des baux de bureaux (2004).

En parallèle, Philippe Pelletier était mandaté par le Garde des sceaux, en 2003, pour proposer une modernisation du régime juridique des baux commerciaux. Son rapport, publié en 2004, présentait 40 propositions dont certaines ont pu être concrétisées dans les années suivantes. Pour autant, depuis plus de dix ans, aucune vraie refonte n'est intervenue alors que l'immobilier, ses pratiques, ses acteurs et son poids dans l'économie sont en pleine mutation.

L'ORIE a donc décidé de relancer les réflexions en les cantonnant, cette fois-ci, à l'immobilier de bureaux, considérant le commerce comme étant trop sensible et déjà passablement perturbé par la loi Pinel. Le groupe de travail, réunissant un panel varié de professionnels (bailleurs, preneurs, conseils et juristes) sous le pilotage de Michel Grossi, responsable de la Gestion du Patrimoine Immobilier d'exploitation de BNP Paribas, s'est fixé une feuille de route ambi-

tieuse : identifier les contraintes et les avantages du régime du bail commercial, tant pour les preneurs que pour les bailleurs, afin de déterminer le régime juridique idéal pour les locaux de bureaux, sans s'interdire de revenir sur les principes fondateurs du cadre statutaire.

Cinq thématiques. Une approche transversale a permis de cadrer les thématiques (juridique, financière, opérationnelle, commerciale et internationale) et d'ouvrir le questionnement :

- ▶ Quelle réelle application des articles du Code de commerce et du Code civil ? Quelle pertinence au regard des spécificités de l'immobilier de bureaux ? Quel impact sur la relation contractuelle ?
- ▶ Comment rapprocher les impératifs de cash-flow du bailleur des impératifs de contrôle des coûts d'exploitation du preneur ?
- ▶ Les dispositions statutaires sont-elles une contrainte dans la gestion opérationnelle des locaux de bureaux ? Hors statut, quels sont les points bloquants ?
- ▶ Quelles contraintes commerciales engendrent le format 3-6-9 pour les bureaux et quelles sont les caractéristiques des transactions constatées ?

1. Synthèse de l'étude publiée en juillet 2016. Durant les travaux menés par le groupe de travail, animé par Michel Grossi, est parue l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve du droit des obligations. Ce texte, qui doit entrer en vigueur au 1^{er} octobre 2016, n'a pas été intégré dans les questionnements mais amènera très certainement à en modifier certaines réponses. Le sujet n'est donc pas clos...



- ▶ Quelles sont les pratiques européennes, quels impacts sur les marchés tertiaires en termes de fluidité et d'équilibre contractuel, quelle attractivité du régime français auprès des opérateurs internationaux ?

Ce sont autant de questions que le groupe de travail, tenant de multiples séances entre septembre 2015 et mai 2016, a tenté de résoudre, au terme de débats parfois animés mais toujours menés dans la perspective de parvenir à des conclusions concertées et partagées.

UN STATUT APPLIQUÉ SANS PERTINENCE À UNE DIVERSITÉ DE LOCAUX

Le régime des baux commerciaux a un large champ d'application et concerne aujourd'hui l'ensemble des acteurs économiques (artisans, commerçants, PME, multinationales...), et autant de catégories de locaux (boutiques, centres commerciaux, bureaux, usines, entrepôts, hôtels, cliniques...). C'est un statut qui s'applique donc sans distinction à des acteurs et des locaux dont le poids, les stratégies, les logiques financières et opérationnelles sont très éloignées.

Droit au renouvellement du bail. La législation en matière de baux commerciaux trouve son origine au début du xx^e siècle, mais c'est véritablement le décret du 30 septembre 1953¹, adopté dans un contexte de pénurie de locaux commerciaux et d'hyperinflation, qui pose les fondements juridiques du bail commercial. La clef de voûte de ce statut est l'existence d'un droit au renouvellement pour le preneur, qui lui assure le maintien de ses conditions d'exploitation (protection du fonds de commerce et du droit au bail). Ce droit peut être refusé par le bailleur, qui doit alors compenser le préjudice subi par le versement d'une indemnité d'éviction, supposée permettre au preneur de retrouver des locaux équivalents.

Le statut des baux commerciaux se caractérise aussi par :

- ▶ l'encadrement de la durée (neuf ans minimum) ;
- ▶ des possibilités de sortie anticipée inégales pour les co-contractants : si le preneur peut, sans justification, résilier le bail tous les trois ans (principe de cadencement 3/6/9 ans), les possibilités offertes au bailleur sont limitées et strictement encadrées ;
- ▶ en outre, l'évolution du loyer en cours de bail est réglementée par des dispositions légales et

conventionnelles (modification du loyer dans le cadre de révisions triennales, évolution automatique et annuelle avec des clauses d'indexation, révision des 25 %...). En revanche, pour les bureaux, le loyer renouvelé est fixé librement, en fonction de la valeur locative.

Du petit commerce aux grands bureaux. Ce statut, qui protège les preneurs, a été pensé avant tout pour le petit commerce et non pour l'immobilier de bureaux, qui est venu « utiliser », à son corps défendant, un statut existant :

- ▶ 40 % des dispositions du Code de commerce relatives aux baux commerciaux ne concernent pas les bureaux ;
- ▶ 70 % des articles du Code civil théoriquement applicables aux baux commerciaux peuvent faire l'objet d'une dérogation ;
- ▶ enfin, les locaux à usage exclusif de bureaux ne bénéficient que d'adaptations marginales du statut (possibilité de conclure une durée ferme, fixation du loyer du bail renouvelé à la valeur locative).

Avec quelle pertinence ? Le régime du bail commercial a connu des évolutions, au gré des modifications législatives et jurisprudentielles, sans que jamais ne soient questionnées ni la pertinence d'un statut unique pour l'ensemble des classes d'actifs, ni son applicabilité à l'immobilier de bureaux, pour lequel il est source de nombreuses contraintes, pas toujours en adéquation avec les réalités du marché.

Pourtant, l'ampleur de la protection du fonds de commerce et du droit au bail ne fait pas véritablement sens pour les bureaux (moindre importance de la zone de chalandise, moindre dépendance à l'emplacement), ce qui a été consacré récemment par les tribunaux.

UN OBJET JURIDIQUE SINGULIER : BENCHMARK DES BAUX DE BUREAUX EUROPÉENS

Un constat s'impose : le fonds de commerce est une notion spécifiquement française et notre bail commercial, un objet juridique singulier. Par ses contraintes multiples, il se distingue des autres types de baux pratiqués dans les autres pays européens², qui privilégient un cadre souple et négocié, facteur d'une plus grande fluidité du marché.

1. Décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal au preneur de retrouver des locaux équivalents.

2. 8 pays européens ont été étudiés dans le rapport de l'ORIE : l'Allemagne, le Royaume-Uni, l'Espagne, l'Italie, la Norvège, la Belgique, les Pays-Bas, et la Suisse.

En effet, la durée est fixée contractuellement par les parties, sauf en Italie. Sauf cas particuliers et limités, le preneur de bureaux ne bénéficie pas d'un droit de résiliation anticipée, ce qui fait de la résiliation triennale française un dispositif assez unique, source de flexibilité pour le preneur mais d'incertitude pour le bailleur. Sauf exception (baux anglais « *inside the act* »¹, mais qui sont de moins en moins fréquents...), le renouvellement n'est pas un droit mais une simple option. La sous-location est généralement acceptée dans les autres pays, tout en étant soumise à l'accord du bailleur. Elle est même couramment pratiquée en Espagne, en Belgique, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni.

Même les législations italienne et belge, qui se rapprochent le plus des baux français, sont plus souples : en Belgique, contrairement aux commerces, les baux de bureaux ne sont pas encadrés par le Code civil belge ; en Italie, depuis le décret-loi n° 133 du 12 septembre 2014 « *Slocca Italia* », complété et modifié par la loi du 11 novembre 2014, les contrats d'un loyer annuel supérieur à 250 000 € peuvent déroger au statut.

La France se caractérise par un certain nombre de particularismes qui la singularisent aux yeux des investisseurs et utilisateurs internationaux. Les facultés de résiliation triennale du preneur, en France, rendent les investisseurs étrangers plus attentifs aux caractéristiques intrinsèques du bien (en particulier sa localisation) et à la profondeur du marché ainsi qu'aux obligations de durée et de renouvellement.

UNE INADAPTATION AUX TRANSFORMATIONS MAJEURES DES MODES D'OCCUPATION DES BUREAUX

Pendant des décennies, les acteurs de l'immobilier de bureaux ont su s'adapter, profiter ou subir ce régime statutaire. Mais celui-ci est-il toujours pertinent alors que l'immobilier de bureaux a profondément évolué et que la récente loi Pinel, négligeant totalement la question des bureaux et multipliant les règles d'ordre public, a introduit de nouvelles rigidités ?

Bailleurs et preneurs ayant des intérêts divergents, parfois incompatibles, les négociations prennent la forme d'un rapport de force dans lequel les capacités de négociations ne sont pas toujours équilibrées. La pratique a fait que 70 % des articles du Code civil font l'objet d'une dérogation : le preneur se retrouve ainsi plus « chargé » en coûts et respon-

sabilités que ne le prévoit le Code civil, pratique qui ne favorise pas l'équilibre contractuel, et ce, depuis plus de vingt ans.

En outre, le bail commercial est devenu d'une grande complexité et la rigidité du statut actuel incite chacun à tirer parti des différentes phases du marché et à adopter des comportements défensifs, au détriment d'une logique gagnant-gagnant. La plupart du temps, le contentieux ne va pas à son terme et se trouve clos par une transaction, ce qui confirme que l'encadrement statutaire et législatif reste un moyen de pression alors que le dialogue devrait être la règle.

De dispositions surannées... Déséquilibres et tensions dans les relations contractuelles, obstacles à la fluidité du marché, manque de compétitivité sur la scène internationale dans un monde toujours plus globalisé... Ces constats, déjà formulés par l'ORIE, au début des années 2000, sont toujours et plus que jamais d'actualité. Mais si la question se pose avec une acuité particulière, c'est que le statut, tel qu'il est défini actuellement et malgré les marges de manœuvre existantes, est inadapté aux évolutions sociétales (développement de l'économie collaborative, ubérisation, etc.). Certaines dispositions sont surannées, comme par exemple les articles 606 et 1754 du Code civil, votés en 1804 et largement dépassés par les évolutions technologiques².

...à une offre nouvelle. Pour répondre à cette demande se développe une nouvelle offre immobilière plus flexible, basée non plus sur la détention mais sur l'usage, et présentée comme une prestation de service : bureaux équipés en centre d'affaires, espaces de *coworking*, bureaux partagés, systèmes de colocation/sous-location. Après le précurseur Régus, de nouveaux opérateurs spécialisés investissent le marché, tels que Bureaux à partager, Nextdoor, Blue Office et en 2017, WeWork. Les utilisateurs pourraient reconsidérer leurs engagements immobiliers traditionnels trop contraignants pour louer non plus des surfaces, mais des postes de travail assortis de services.

L'URGENCE D'ADAPTER LE STATUT AUX BUREAUX

Par ailleurs, l'immobilier de bureaux doit faire face aux défis du développement durable. La loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte prévoit une baisse d'au moins 60 % des consommations d'énergie des bâtiments tertiaires à horizon 2050 et le projet de décret relatif aux obligations de

Déséquilibres et tensions dans les relations contractuelles, obstacles à la fluidité du marché, manque de compétitivité... Ces constats, déjà formulés par l'ORIE au début des années 2000, sont toujours d'actualité

1. La loi qui régit les baux en Angleterre est *The landlord and Tenant Act* de 1954 communément appelé *The Act*. Historiquement, les baux étaient majoritairement *inside the act* et donnaient droit au renouvellement. Aujourd'hui, seules quelques transactions se font *inside the act* et la plupart des baux sont *outside the act* (et donc sans droit au renouvellement).

2. L'article 606 évoque des voûtes et des digues ; l'article 1754, des âtres, contrecœurs, chambranles et tablettes de cheminées.



Trois propositions de l'ORIE pour réformer le statut applicable aux bureaux

1 Une plus grande liberté dans la fixation de la durée

► **Opter pour un principe de libre durée des baux** (qui pourrait être revue à la baisse comme à la hausse). Cette mesure permettrait de s'aligner sur les pratiques européennes qui privilégient la liberté contractuelle pour les bureaux, afin d'accroître notre attractivité auprès des investisseurs internationaux et faciliter l'implantation de sièges de sociétés étrangères.

► **Porter de 12 à 18 ans la durée des baux soumis à publicité foncière** et donc lourdement taxés, ce qui devrait être sans conséquence sur les recettes fiscales compte tenu du faible nombre de baux conclus pour plus de 12 ans à ce jour. En effet, cette mesure fiscale, principal frein à la conclusion de baux longs, a été conçue initialement pour éviter les cessions déguisées, crainte infondée pour les locaux de bureaux et devenue sans objet. On pourrait aussi imaginer de maintenir l'obligation de publicité foncière qui garde un intérêt certain, mais avec une exonération de droits en deçà de 18 ans.

► **Inciter les acteurs à la sous-location en supprimant tout droit direct du sous-locataire.** Cela permettrait d'avoir un effet correcteur sur le marché et offrirait plus de souplesse pour les preneurs (contrepartie aux baux longs), pour tenir compte des fluctuations économiques qu'ils subissent. En effet, les propriétaires craignent que les sous-locataires ne se prévalent d'un droit direct au renouvellement, risque avéré en cas de sous-location totale et en l'absence de clause d'indivisibilité en cas de sous-location partielle.

► **Il conviendrait aussi de réfléchir à une incitation d'ordre financier :** en dehors de tout comportement spéculatif, le locataire principal devrait pouvoir répercuter au sous-locataire les éventuelles prestations offertes (locaux meublés, services, frais d'aménagement et d'équipement des lieux).

2 Une évolution libre des loyers

► **Déroger pour les bureaux à l'encadrement et à la fixation judiciaire** lors des révisions et renouvellements. Aujourd'hui, le caractère d'ordre public des dispositions concernant le loyer révisé

est à l'origine d'un manque de fluidité du marché. Il peut y avoir une déconnexion avec les valeurs locatives de marché, qui est d'autant plus importante que la durée du bail est longue. Par ailleurs, les fixations judiciaires, en cours ou fin de bail sont toujours très inférieures au marché (- 25 %). Enfin, la révision légale dite des 25 % (L. 145-39 du Code de commerce) peut véritablement bouleverser l'économie du contrat.

► **En contrepartie de cette proposition, il faudrait prévoir une clause de revoyure** pour que les parties se rencontrent afin de réviser le loyer à la valeur locative de marché.

3 Une limitation du droit au maintien dans les lieux pour une gestion plus fluide de l'éviction

► **Étendre les conditions de résiliation triennale du bailleur** aux cas de rénovation lourde ou de restructuration visant à améliorer les performances énergétiques du parc. Cette possibilité ne pourrait s'appliquer qu'à partir de la 6^e année du bail initial ou renouvelé.

► **Limiter à deux ans le droit au maintien dans les lieux du preneur** en cas de congé en cours de bail ainsi motivé, de même qu'en cas de refus de renouvellement moyennant indemnité d'éviction. Une première indemnité provisionnelle serait versée à la signature du protocole d'accord et ensuite complétée par l'indemnité définitive, éventuellement fixée par le juge après expertise.

Cette mesure vise à permettre aux bailleurs de répondre aux obligations légales de diminution de la consommation d'énergie des bâtiments tertiaires à horizon 2020 et 2050 (loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, projet de décret relatif aux obligations de travaux d'amélioration de la performance énergétique).

En effet, aujourd'hui, les bailleurs se retrouvent bloqués avec des immeubles « mités » par un ou deux locataires récalcitrants. Les bailleurs renoncent la plupart du temps à leur faculté de résiliation triennale (qui est déjà très restreinte) et au refus de renouvellement pour réaliser ces travaux, ce qui est contraire à l'intérêt général. Dans certains cas, ils optent pour la réalisation de ces travaux en sites occupés, ce qui crée de grands désagréments aux preneurs et génère des contentieux.

travaux d'amélioration de la performance énergétique fixe un objectif ambitieux de - 25 % à horizon 2020. Or la propriété commerciale et le caractère fortement restreint des possibilités de résiliation triennale du bailleur, essentiellement limitées à des opérations de démolition-reconstruction, sont des obstacles majeurs à la réalisation de ces objectifs pourtant d'intérêt général.

Face à la réalité de l'immobilier de bureaux du XXI^e siècle et à l'évolution des modes d'utilisation, l'encadrement et le cadre protecteur des baux commerciaux constituent finalement plus un frein qu'un avantage, même pour l'occupant. C'est pourquoi, tenant compte des principaux points bloquants mais aussi d'un certain réalisme socio-économique et juridique, l'ORIE propose une adaptation du statut actuel aux locaux à usage exclusif de bureaux seulement, d'une part pour offrir plus de flexibilité au preneur, d'autre part pour faciliter la rénovation de leur parc par les bailleurs, dans l'intérêt général.

En revanche, son application au commerce et aux petits entrepreneurs n'est pas remise en cause. Ainsi, les propositions formulées (voir encadré) ne s'appliquent qu'aux bureaux et uniquement au-delà d'un certain seuil qui pourrait être fixé à 2 000 m² de SUBL, sur le modèle de l'annexe environnementale¹ et du projet de décret « Travaux sur bâtiments tertiaires existants ».

DES BONNES PRATIQUES À GÉNÉRALISER

Afin de fluidifier la relation contractuelle et mettre fin à la menace contentieuse, le rapport développe aussi des recommandations qui pourraient être les bonnes pratiques de demain.

Clarifier les responsabilités des parties :

- ▶ revoir la définition de l'obligation de délivrance, aujourd'hui appréciée au cas par cas par les tribunaux, pour clarifier et sacraliser les responsabilités du bailleur ;
- ▶ systématiser l'audit technique du gros œuvre et des équipements techniques, avant la prise à bail,

afin que les preneurs puissent s'engager en toute connaissance de cause et avoir une visibilité sur leurs dépenses futures.

Rééquilibrer les relations contractuelles :

- ▶ supprimer la référence à l'article 606 du Code civil, pour une meilleure adéquation à la réalité technique des immeubles de bureaux et le remplacer par une définition claire des travaux patrimoniaux et non patrimoniaux. La vétusté, la force majeure et les mises aux normes sont inhérentes à la détention. Le maintien de l'immeuble en bon état d'usage et conformément à sa destination est à la charge du preneur ;
- ▶ revenir à l'objectif premier de la clause résolutoire pour éviter qu'elle ne soit suspendue par le juge, et envisager la réciprocité.

Limiter les conflits :

- ▶ apaiser les relations bailleurs-preneurs, d'une part en prévoyant des rencontres une fois par an ou une fois tous les deux ans, en dehors de tout contexte de crise ; d'autre part, en développant la médiation et la clause compromissoire ;
- ▶ tenir compte de l'usure normale et de la durée d'amortissement pour les travaux de remise en état et mettre fin aux divergences d'interprétation (grille de vétusté...). En complément, prévoir un coût forfaitaire de remise en état ;
- ▶ rétablir l'obligation de l'exploit d'huissier pour les congés pour limiter l'insécurité juridique ;
- ▶ poursuivre la réflexion sur les indices (fusion de l'ILAT et l'ILC ?).

Reste désormais à insérer ces recommandations dans la vraie vie contractuelle ! Il ne s'agit pas seulement d'une modification des textes en vigueur mais, avant tout, de l'adoption de bonnes pratiques par chaque partie et contributeur à l'élaboration, l'exécution et au dénouement du contrat de bail.

Le rendez-vous est à prendre dans deux ou trois ans pour apprécier les suites données à ces réflexions. ▽

1. Depuis le 14 juillet 2013, tous les baux portant sur des commerces ou bureaux de plus de 2 000 m² doivent comporter une annexe environnementale qui organise notamment la communication entre les parties d'informations sur les consommations d'énergie.

