

Loi Pinel et négociation des baux commerciaux : les 13 recommandations de l'Alliance du Commerce

NUMÉRO
12

JUILLET 2015

// Sommaire

PREFACE	4
RECOMMANDATIONS	6
1 // Les nouvelles règles de négociation et de révision des loyers	8
1. La généralisation de l'indice des loyers commerciaux	8
Une évolution attendue et favorable aux preneurs	8
Une application dans le temps progressive	8
Une opportunité de faire baisser les loyers des baux renouvelés	9
2. Le lissage du déplaçonnement	10
Modalités	10
Application dans le temps de la nouvelle règle	11
Une règle qui n'est pas d'ordre public	11
2 // L'encadrement de la facturation des charges	11
1. Un ordre public renforcée : de la nullité à la règle du « réputé non écrit »	11
2. L'état des lieux obligatoire	13
Moment de l'état des lieux	13
Défaut de diligence du bailleur et sanctions	13
3. L'inventaire précis et limitatif des charges, impôts, taxes et redevances et leur répartition entre le bailleur et le preneur	14
Inventaire précis et limitatif	14
Les dangers de la notion de « catégories »	15
Etat récapitulatif annuel	16
Ensemble immobilier comportant plusieurs locataires et/ou des locaux vacants	17
4. Les charges, impôts, taxes et redevances ne pouvant pas être imputés au preneur	19
Les grosses réparations de l'article 606 du Code civil	20
Portée de l'exception à la non-imputabilité: travaux d'embellissement excédant le coût du remplacement à l'identique	22
Les honoraires du bailleur	23
Les taxes et impôts	24
Application dans le temps : les opportunités de renégociation offertes au preneur	24
5. Information et transparence	25
Budget prévisionnel et état récapitulatif des travaux : difficultés et portée	25
Délais de communication et sanctions	26
3 // Les conséquences de la réforme sur la durée des baux	26
1. Allongement de la durée des baux dérogatoires	27
2. Interdiction de la renonciation à la résiliation triennale	29
Ce que le preneur y gagne	29
Ce que le preneur y perd (peut-être)	29
La portée de l'interdiction est à relativiser	29
3. Une fausse bonne idée : la possibilité de notifier un congé par lettre recommandée avec accusé de réception	33
ANNEXES	34
Application de la réforme dans le temps	35
Caractère d'ordre public des nouvelles règles	35

Ce guide a été réalisé en collaboration avec Maître Christophe Denizot,
Associé du cabinet Nicolas et Denizot Associés.



L'Alliance du Commerce regroupe trois fédérations :
la Fédération des Enseignes de la Chaussure,
la Fédération des Enseignes de l'Habillement,

et l'Union du Grand Commerce de Centre-Ville (grands magasins et magasins populaires).



13, rue La Fayette – 75009 Paris
Tél. : +33 (0)1 47 03 17 51 – Fax : +33 (0)1 40 15 60 14
contact@alliancecommerce.org – www.alliancecommerce.org

// Préface

En novembre 2012, l'Alliance du Commerce publiait un guide d'aide à la négociation des charges locatives. Ce fut une des premières actions de notre organisation, nouvellement créée.

L'objectif de ce guide était, d'une part, d'éclairer nos adhérents sur leurs droits dans un contexte économique tendu, d'autre part d'alerter les pouvoirs publics sur des difficultés menaçant le développement, voire la pérennité, de beaucoup de commerçants.

Nous constatons, en effet, que les commerçants étaient confrontés à une hausse continue des loyers et des charges, hausse de plus en plus déconnectée de l'évolution de l'activité. Étaient pointés la pratique du transfert sur le preneur de l'intégralité des charges liées au local et aux parties communes, ainsi que le manque de transparence dans la justification de ces dépenses.

Attachés au principe de la liberté contractuelle, nous ne demandions pas une protection réglementaire particulière, mais l'instauration des conditions d'une négociation équilibrée entre les bailleurs et les preneurs.

Notre guide fut largement diffusé auprès des adhérents et très bien accueilli par d'autres organisations dans le secteur du commerce. Nous tenons ici à remercier particulièrement la fédération Procos, également très active sur ces questions et qui nous a toujours soutenus.

Les pouvoirs publics, conscients des difficultés que traverse notre profession, manifestèrent leur intérêt puis décidèrent d'agir afin de répondre aux préoccupations développées dans notre guide.

Ainsi, le 18 juin 2014 était promulguée la loi relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, dite loi Pinel, qui comportait d'importantes modifications du statut des baux commerciaux, notamment concernant la répartition des charges locatives. Il s'agit de la plus importante réforme des baux commerciaux depuis des décennies.

Les principales nouveautés apportées par la loi sont de trois ordres :

- De nouvelles règles destinées à maîtriser l'évolution des loyers (généralisation de l'ILC, lissage des hausses de loyers liées à un déflafonnement).

- Un encadrement de la facturation par le bailleur des charges locatives selon les principes d'équité, de transparence et de proportionnalité revendiqués par l'Alliance du Commerce.
- Des modifications apportées aux règles sur la durée des baux (durée des baux dérogatoires, limitation de la possibilité de conclure des baux fermes).

Il nous appartenait de parachever le travail commencé il y a 3 ans avec ce nouveau guide de négociation des baux commerciaux.

Fidèles à notre démarche initiale, nous nous sommes attachés à présenter des recommandations pratiques, tirées des retours d'expérience de nos adhérents et des praticiens. Nous ne prétendons pas publier un traité juridique, mais attirer l'attention des commerçants sur les conséquences pratiques de la réforme et les moyens d'en tirer le meilleur profit.

La réforme des baux commerciaux, à laquelle nous avons donc participé, démontre enfin toute l'utilité de l'Alliance du Commerce qui regroupe les forces des réseaux succursalistes (fédération des enseignes de l'habillement, fédération des enseignes de la chaussure), des grands magasins et des magasins multi-services.

L'Alliance, du fait du nombre d'enseignes, de magasins et d'emplois qu'elle représente, avait une capacité d'être entendue, que chacune des fédérations n'aurait pas eue individuellement.

Ce résultat est une belle récompense et également un encouragement. Dans un contexte de révolution du secteur, les commerçants auront plus que jamais besoin de structures représentatives fortes, capable de les défendre et de porter leurs demandes sur la place publique.

Christian PIMONT
Président
Alliance du Commerce

RECOMMANDATIONS

Changements apportés par la loi Pinel	Recommandations
Généralisation de l'Indice des Loyers Commerciaux L'ILC devient l'indice obligatoire pour le calcul de l'évolution des loyers, sauf pour les baux avec clauses d'échelle mobile	Recommandation 1 Mentionner expressément l'ILC en cas de bail avec clause d'échelle mobile
Lissage des déplaçonnements Sauf accord contraire des parties, les variations de loyers liées à un déplaçonnement ne peuvent conduire à des hausses supérieures, pour une année, à 10% du loyer acquitté lors de l'année précédente	Recommandation 2 Lors du renouvellement, s'appuyer sur l'application de plein droit du lissage pour négocier en position de force
Etat des lieux obligatoire Un état des lieux contradictoire doit être obligatoirement établi lors de la prise de possession des locaux	Recommandation 3 Prévoir dans le contrat la répartition des frais de l'état des lieux, partagée idéalement par moitié entre le bailleur et le preneur
Obligation d'un inventaire précis et limitatif des charges, impôts, taxes et redevance à la charge du preneur Tout contrat comporte un inventaire précis et limitatif des catégories de charges, impôts, taxes et redevances liées au bail avec l'indication de leur répartition entre le bailleur et le preneur	Recommandation 4 Bannir toute rédaction ouvrant la possibilité de facturer des dépenses non expressément mentionnées Recommandation 5 Refuser les forfaits de charges
Transparence et proportionnalité dans la répartition des dépenses entre les locataires d'un ensemble commercial La répartition est fonction de la surface exploitée et les règles de répartition et de pondération doivent être connues du preneur	Recommandation 6 Préciser dans le bail la surface exploitée et les règles de répartition des dépenses

Non imputabilité au preneur des dépenses de grosses réparations de l'article 606 du Code civil Les grosses réparations liées à des travaux d'embellissement dont le montant excède le coût du remplacement à l'identique restent cependant imputables	Recommandation 7 Plafonner les charges refacturables au titre de l'embellissement, afin d'éviter les litiges liés à la difficile interprétation de la notion d'embellissement
Non imputabilité des honoraires liés à la gestion des loyers du local	Recommandation 8 Surveiller l'évolution des honoraires toujours refacturables afin d'éviter que les honoraires de gestion des loyers ne soient indirectement refacturés
Non imputabilité de la CET et de tout impôt, taxe et redevance dont le propriétaire ou le bailleur est le redevable Exceptions : taxe foncière et TEOM, et impôts, taxes et redevances liés à l'usage du local ou de l'immeuble ou à un service dont le locataire bénéficie	Recommandation 9 Demander une liste précise et limitative des impôts, taxes et redevances refacturables, afin de neutraliser la possibilité ultérieure de facturer de nouvelles dépenses au titre des exceptions prévues par la loi.
Application dans le temps des nouvelles dispositions sur les charges Les règles de répartition des dépenses refacturables/non-refacturables s'appliqueront aux baux renouvelés à compter du 5 novembre 2014.	Recommandation 10 S'appuyer sur l'application des nouvelles règles aux contrats arrivant à renouvellement pour renégocier en force.
Communication triennale d'un budget prévisionnel des travaux envisagés et d'un état des travaux réalisés	Recommandation 11 Prévoir les cas de dépenses non prévisibles, afin de limiter les écarts entre dépenses effectives et dépenses prévisionnelles
Communication des justificatifs et délais de communication Le budget triennal et l'état récapitulatif doivent être communiqués dans un délai de 2 mois à compter de chaque échéance triennale. Communication, à première demande du locataire, de tout justificatif des montants des travaux.	Recommandation 12 Prévoir des sanctions contractuelles (pénalité, suspension des paiements)
Possibilité de notifier un congé par LRAR	Recommandation 13 Par sécurité juridique, continuer à utiliser la LRAR

1. LA GÉNÉRALISATION DE L'INDICE DES LOYERS COMMERCIAUX

Une évolution attendue et favorable aux preneurs

Jusqu'à la réforme, les parties à un bail commercial pouvaient choisir entre trois indices comme indices de référence servant au calcul de l'évolution du loyer lors de la révision triennale ou du renouvellement du bail : l'indice du coût de la construction (ICC – pour tout type d'activité), l'indice des loyers commerciaux (ILC – activités commerciales ou artisanales), et l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires (ILAT – activités tertiaires).

Pour les contrats conclus ou renouvelés à compter du 1^{er} septembre 2014 seuls pourront être choisis l'ILC et l'ILAT, chacun pour le domaine qu'il couvre. (Article L145-34 et L145-38 du Code de commerce).

Introduit, à titre facultatif, dans le Code de commerce par la loi du 4 août 2008, l'ILC est un indice composite composé de trois éléments : l'indice des prix à la consommation (IPC pour 50 %), l'indice du coût de la construction (ICC pour 25 %) et l'indice du chiffre d'affaires du commerce de détail en valeur (ICAV pour 25 %). Cet indice prend mieux en compte le niveau des prix et l'activité commerciale. Il est nettement plus satisfaisant que l'ICC, très lié aux évolutions du prix des matières premières et de ce fait excessivement volatil.

La loi du 18 juin 2014 parachève l'évolution engagée en 2008.

Il existe toutefois une exception, importante dans le domaine de l'immobilier commercial, à l'application obligatoire de l'ILC. En effet, l'article L. 112-2 du Code monétaire et financier n'ayant pas été modifié par la loi, l'indice du coût de la construction demeure licite en cas de révision du loyer en application d'une clause d'échelle mobile (Art. L 145-39 du Code de commerce). Dans ce cas, le preneur qui souhaiterait se fonder sur l'ILC dans le cas d'un bail avec clause d'échelle mobile devra le faire mentionner expressément dans le contrat.

Recommandation 1 : mentionner expressément l'ILC en cas de bail avec clause d'échelle mobile

Dans le cas des baux avec clause d'échelle mobile, l'ILC n'étant par exception pas obligatoire, le preneur devra le faire mentionner expressément dans le contrat.

Une application dans le temps progressive

Relevons toutefois que la loi a prévu, afin de préserver l'équilibre économique des contrats en cours, que l'ILC ne s'appliquera qu'aux « contrats conclus ou renouvelés » à compter du 1^{er} septembre 2014. Ainsi un bail conclu par exemple en juillet 2014 échappera à la loi jusqu'à son renouvellement en juillet 2023¹.

Cette règle de droit transitoire va surtout poser des difficultés concernant l'autre modification apportée par la loi aux règles de fixation des loyers : le lissage du dé plafonnement.

Une opportunité de faire baisser les loyers des baux renouvelés

Un des effets inattendus de la loi est d'offrir au preneur l'opportunité de faire baisser les loyers du bail renouvelé par rapport au loyer du bail expiré.

Comme on l'a mentionné ci-dessus, l'ICC reste un indice valable pour les baux avec clause d'échelle mobile. Toutefois, selon la loi, l'ILC sera l'indice applicable pour calculer le loyer plafonné du bail renouvelé. Or, le calcul est réalisé, non sur la base du dernier loyer, mais sur la base du loyer initial du bail. Compte tenu du différentiel d'évolution entre les deux indices (l'ICC a augmenté beaucoup plus vite que l'ILC), le loyer du bail renouvelé pourra être inférieur au loyer du bail expiré².

Soit un bail de 9 ans qui a pris effet le 1^{er} juillet 2006 avec un loyer d'origine de 100 000 € et une clause d'indexation annuelle sur l'ICC du 1^{er} trimestre de chaque année.

Loyer au 1^{er} juillet 2007 : 101 688,69 €

Loyer au 1^{er} juillet 2008 : 109 911,89 €

.../...

Loyer au 1^{er} juillet 2015 (année précédant la date du renouvellement) : 120 998,53 €

Au moment du renouvellement, le loyer plafonné se calculera avec l'ILC sur la base du loyer initial de 100 000 €. Compte tenu de l'évolution de l'ILC, le loyer plafonné au 1^{er} juillet 2015 se situera aux alentours de 115 500 €, soit une baisse de 5% par rapport au loyer contractuel³.

1 Jehan-Denis Barbier, « Application de la loi du 18 juin 2014 dans le temps », Gazette du Palais, 8-9 août 2014, p. 47 et s.

2 Jehan-Denis Barbier, « Des baux à la baisse », Sites Commerciaux, juin 2015, p.44 et s.

3 Simulation tirée de l'article de J-D Barbier, précité.

2. LE LISSAGE DU DÉPLAFONNEMENT

Modalités

Dans le but de protéger les commerçants d'une hausse brutale des loyers, la loi prévoit que lorsque le loyer est déplafonné, quelle que soit la cause de ce déplafonnement, les augmentations s'appliqueront par palier annuel de 10%.

Ainsi, s'agissant des déplafonnements fondés sur une modification notable des éléments mentionnés aux 1° à 4° de l'article L. 145-33 (caractéristiques du local, destination des lieux, obligations respectives des parties ou facteurs locaux de commercialité) ou sur une durée du bail supérieure à 9 ans, le nouvel article L.145-34 dispose que « la variation de loyer qui en découle ne peut conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédente ».

Ce lissage s'applique également lorsque le déplafonnement intervient au cours d'une révision triennale (art. L.145-38) ou résulte d'une révision d'un bail assorti d'une clause d'échelle mobile (art. L.145-39).

La règle est applicable aux contrats conclus ou renouvelés à compter du 1^{er} septembre 2014.

Les deux principales méthodes de calcul du lissage sont les suivantes :

Exemple avec un loyer de référence à N de 10 000 € et un loyer renouvelé de 23 000 €⁴

Année	Hypothèse 1 10 000 x 10% = 1 000	Hypothèse 2
N + 1	11 000 €	10 000 x 1.1 = 11 000 €
N + 2	12 000 €	11 000 x 1.1 = 12 100 €
N + 3	13 000 €	12 100 x 1.1 = 13 310 €

Dans la première hypothèse, le loyer renouvelé s'appliquerait au bout de 13 ans ; dans la seconde, il s'appliquerait au bout de 9 ans.

Si le bail a une durée de 9 ans, celle-ci ne suffira pas pour atteindre la valeur locative au terme du bail. La seconde méthode, opérant un lissage plus rapide, devrait être retenue par les praticiens afin d'éviter les difficultés d'un lissage d'une durée supérieure à la durée du bail renouvelé.

⁴ Sébastien Legrix de la Salle, « Les incidences de la loi Pinel en matière de baux commerciaux », Semaine Juridique, 3 juillet 2014, p. 39. Exemple tiré de l'AJDI, 28 février 2014, Jean-Pierre Blatter, p.118.

Application dans le temps de la nouvelle règle

A l'instar de l'application de l'ILC, cette règle du lissage ne s'appliquera, selon la loi, qu'aux « *contrats conclus ou renouvelés* » à compter du 1^{er} septembre 2014. Si l'on reprend l'exemple cité ci-dessus d'un bail conclu en juillet 2014, le lissage ne s'appliquera qu'en cas de renouvellement en 2023, les révisions triennales de 2017 et de 2020 échappant à la loi nouvelle⁵. Ceci entrainera une différence de traitement très significative entre commerçants, certains bénéficiant de la mesure dès 2014, tandis que d'autres devront attendre encore longtemps.

Une règle qui n'est pas d'ordre public

Les articles relatifs au plafonnement et au déplafonnement ne sont pas d'ordre public. Il est donc possible pour les parties d'exclure la règle du lissage lors de la signature des futurs contrats.

Recommandation 2 : s'appuyer sur l'application de plein droit du lissage dans le cadre des négociations de renouvellement.

S'agissant des contrats conclus avant le 1^{er} septembre 2014, le preneur bénéficiera de plein droit du lissage lors du renouvellement du bail, à moins qu'il y renonce expressément. Ceci peut être un argument de poids lors des négociations de renouvellement, même s'il faut être conscient des risques de refus de renouvellement que pourrait opposer le bailleur.

2 // L'encadrement de la facturation des charges

1. UN ORDRE PUBLIC RENFORCÉE : DE LA NULLITÉ À LA RÈGLE DU « RÉPUTÉ NON ÉCRIT »

La loi du 18 juin 2014 apporte une modification importante aux sanctions des clauses contraires aux dispositions d'ordre public. Elles sont désormais réputées non écrite et non plus seulement affectées de nullité.

La sanction pour nullité était soumise à la prescription biennale, ce qui avait pour inconvénient que nombre d'actions en nullité de clauses contraires au statut des baux commerciaux étaient prescrites, faute d'avoir été introduites dans les deux années suivant la signature du bail. Ceci revenait à valider a posteriori des clauses illicites, car les litiges se produisent rarement au cours des deux premières années du contrat.

⁵ Jehan-Denis Barbier, « Application de la loi du 18 juin 2014 dans le temps », précité

La sanction du « réputé non écrit » a pour effet que la clause est considérée comme n'ayant jamais figuré au contrat, elle est juridiquement inexistante : l'action du preneur pour écarter une clause non écrite devient de fait imprescriptible.

Les dispositions relatives à la répartition des charges développées dans le présent chapitre (répartition entre locataire et bailleur, répartition entre locataires d'un ensemble immobilier, prohibition de refacturation des charges portant sur les locaux vacants) relèvent désormais de ce régime d'ordre public.

Les conséquences de ce nouveau régime doivent être bien comprises. La règle du « réputé non écrit » ne signifie pas que le preneur est en mesure de se voir restituer toute somme indûment payée pendant toute la durée du contrat. Il faut distinguer à cet égard l'imprescriptibilité de la règle du « réputé non écrit » et les règles de prescription des actions en remboursement :

- **Une clause qui serait contraire à une disposition d'ordre public peut être contestée par une action en nullité pendant toute la durée du bail.** Il existe un débat juridique sur la portée de la nullité constatée par le juge. Celle-ci affectera-t-elle uniquement la stipulation contraire à la loi ou touchera-t-elle l'ensemble de la clause relative aux charges, avec impossibilité de facturer de nouvelles charges à l'avenir ?

La première solution paraît la plus logique, mais elle ne sera pas toujours aisée à mettre en œuvre : dans le cas par exemple d'une clause trop générale, il ne sera pas possible de retirer une stipulation illégale sans toucher à l'intégralité de la clause « charges », d'autant plus que la loi impose comme règle d'ordre public que l'inventaire des charges soit « précis et limitatif ». A l'inverse, une stipulation illégale bien identifiable dans le contrat pourrait être déclarée réputée non écrite sans toucher à l'ensemble de la clause « charges ». Ceci est un bon argument à opposer au bailleur lors des négociations : une clause « charges » trop vague serait fragile juridiquement et pourrait aboutir à l'impossibilité de facturer des charges ; la rédaction d'un inventaire aussi « précis et limitatif » que possible est dans leur intérêt.

- **L'action en remboursement** : si une clause réputée non écrite peut désormais être contestée à tout moment, le remboursement des sommes indûment payées est encadrée par les règles de droit commun de la prescription. La prescription est de 5 ans à compter de l'introduction de l'action en justice (article 2224 du Code civil ; article L.110-4 du Code de commerce). Le preneur ne pourra pas contester au-delà de cette période.

2. L'ÉTAT DES LIEUX OBLIGATOIRE

Le nouvel article L 145-40-1 du Code de commerce, introduit par la loi du 18 juin 2014, dispose :

« Lors de la prise de possession des locaux par le locataire en cas de conclusion d'un bail, de cession du droit au bail, de cession ou de mutation à titre gratuit du fonds et lors de la restitution des locaux, un état des lieux est établi contradictoirement et amiablement par le bailleur et le locataire ou par un tiers mandaté par eux. L'état des lieux est joint au contrat de location ou, à défaut, conservé par chacune des parties.

Si l'état des lieux ne peut être établi dans les conditions prévues au premier alinéa, il est établi par un huissier de justice, sur l'initiative de la partie la plus diligente, à frais partagés par moitié entre le bailleur et le locataire. Le bailleur qui n'a pas fait toutes diligences pour la réalisation de l'état des lieux ne peut invoquer la présomption de l'article 1731 du code civil ».

Ce nouvel article est d'ordre public et toute disposition contraire est dorénavant réputée non écrite.

En l'absence de disposition transitoire cette règle est d'**application immédiate**. Par contre, pour les baux conclus avant l'entrée en vigueur de la loi, l'obligation d'un état des lieux à la restitution des locaux s'applique uniquement si un état des lieux a été établi lors de la prise de possession.

Moment de l'état des lieux

Cet état des lieux doit être dressé **à la prise de possession** et joint au contrat de location.

Lors de la restitution des locaux, le texte impose l'établissement d'un nouvel état des lieux. Ceci a pour conséquence que ce mécanisme ne permettra plus de faire peser sur l'occupant la présomption du bon état de réparations locatives de l'article 1731 du Code civil.

Défaut de diligence du bailleur et sanctions

Si un état des lieux ne peut être établi amiablement et contradictoirement, la partie la plus diligente peut mandater un huissier dont les frais seront partagés par moitié entre le bailleur et le locataire.

Si aucun état des lieux n'a été établi du fait d'un manque de diligence du bailleur, celui-ci ne pourra plus se prévaloir de la présomption de l'article 1731 du Code civil, et il devra apporter la preuve que le preneur a reçu les lieux en bon état de réparation locative, selon les règles du droit commun.

Recommandation 3 : prévoir la répartition des frais d'état des lieux

Prévoir dans le bail la répartition des frais d'état des lieux, partagés idéalement par moitié entre le bailleur et le preneur.

3. L'INVENTAIRE PRÉCIS ET LIMITATIF DES CHARGES, IMPÔTS, TAXES ET REDEVANCES ET LEUR RÉPARTITION ENTRE LE BAILLEUR ET LE PRENEUR

La loi du 18 juin 2014, dans un but de transparence et de bonne information du locataire, impose l'établissement d'un inventaire précis et limitatif des catégories de charges, impôts, taxes et redevances liés au bail et comportant l'indication de la répartition entre les parties.

Le nouvel article L.145-40-2 dispose ainsi « *Tout contrat de location comporte un inventaire précis et limitatif des catégories de charges, impôts, taxes et redevances liés à ce bail, comportant l'indication de leur répartition entre le bailleur et le locataire. Cet inventaire donne lieu à un état récapitulatif annuel adressé par le bailleur au locataire dans un délai fixé par voie réglementaire. En cours de bail, le bailleur informe le locataire des charges, impôts, taxes et redevances nouveaux.* »

La loi met donc fin aux baux procédant à un transfert général, sans précisions, des charges, impôts taxes et redevances. C'est désormais le principe inverse qui s'applique : le locataire ne paye que ce qui figure expressément dans le contrat.

Il s'agit d'une obligation d'ordre public ne pouvant être écartée par une stipulation contractuelle.

Le dernier alinéa de l'article L.145-40-2 précise « *qu'un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent article* ». Ce dernier est entré en vigueur le 5 novembre 2014, l'article L.145-40-2 s'applique aux contrats « *conclus ou renouvelés* » à partir de cette date.

Inventaire précis et limitatif

Tout bail devra donc comporter un inventaire qui devra faire l'objet de développements précis dans le contrat ou prendre la forme d'une nouvelle annexe.

Avant même la publication de la loi, la jurisprudence rappelait régulièrement que les clauses de transfert de dépenses à la charge des preneurs devaient s'interpréter restrictivement et que les demandes des bailleurs devaient se fonder sur des stipulations expresses explicites. Il a ainsi été jugé qu'une clause de

participation du preneur aux charges d'entretien et de réparation d'un centre commercial ne pouvait justifier le paiement par le preneur de travaux de restructuration et de rénovation⁶.

L'article L.145-40-2 reprend l'exigence de précision posée par la jurisprudence. Il ajoute que l'inventaire aura un caractère limitatif : ceci a pour effet de bannir toute rédaction laissant entendre que d'autres dépenses non expressément mentionnées pourraient être mises à la charge du preneur. **Ainsi les termes « notamment », « non-exhaustif », « non-limitatif » sont à proscrire et le preneur pourrait, en tout état de cause, opposer leur caractère non écrit.**

D'autres rédactions paraissent également dangereuses pour le preneur et contraires à la loi. Ainsi des formules ouvrant la possibilité d'ajouter des charges par exemple « en supplément ou en remplacement de charges, honoraires, impôts, taxes, redevances visés dans le bail ».

Une dépense non prévue dans l'inventaire et indûment refacturée devrait être remboursée. Le preneur dispose d'un délai de 5 ans pour obtenir le remboursement, conformément aux règles de prescription de droit commun du code civil.

Recommandation 4 : bannir toute rédaction ouvrant la possibilité de facturer des dépenses non expressément mentionnées

Bannir les termes « notamment », « non-exhaustif », « non-limitatif », ainsi que les formules ouvrant la possibilité d'ajouter des charges, comme par exemple « en supplément ou en remplacement de charges, honoraires, impôts, taxes, redevances visés dans le bail ». En tout état de cause, le preneur pourra s'opposer à tout moment à leur application, puisque les clauses seront juridiquement réputées non écrites.

Les dangers de la notion de « catégories »

La loi impose un inventaire précis et limitatif « *des catégories de charges, impôts, taxes et redevances* » liés au bail.

On peut se demander si la loi n'est pas en retrait par rapport à la jurisprudence qui exigeait des stipulations expresses et explicites. Un contrat de bail donnant les grandes catégories de charges sans précision pourrait être considéré comme conforme au décret. L'article L. 145-40-2 prévoit au surplus que le bailleur peut informer le preneur en cours de bail des charges, impôts, taxes et de redevances nouveaux qui pourraient d'autant plus facilement être qualifiés de dépenses à la charge du preneur que les catégories sont définies largement.

⁶ Cass. 3^o civ., 13 nov. 2013, Sté Mercyalis c/ Sté Moulin-Combronde

Le décret n'atteint donc que partiellement son objectif qui était de donner au preneur une vision claire et définitive de ses charges, dès la conclusion du contrat. Le preneur n'est pas complètement prémuni contre des dépenses imprévues survenant en cours de bail.

On peut cependant estimer que les tribunaux maintiendront leur jurisprudence antérieure.

L'introduction de la notion de « catégories » place les preneurs dans une situation délicate :

- il semble judicieux, en première analyse, d'exiger que chacune des catégories soient aussi détaillée que possible, si l'on veut vraiment disposer de visibilité et de stabilité. De plus, ceci est conforme à l'esprit de la loi qui exige un « inventaire précis ». On notera, au demeurant, que les baux proposés dans les centres commerciaux comportaient déjà avant la réforme des annexes de charges détaillées.
- Cependant, beaucoup de baux, hors centres commerciaux, ont des clauses charges peu détaillées, ce qui pourrait être, avec la nouvelle loi, à l'avantage du preneur : l'inventaire étant limitatif, ce qui n'est pas expressément mentionné ne peut être facturé. Pour contrer les effets du caractère limitatif de l'inventaire, le bailleur sera tenté d'introduire des clauses plus détaillées pouvant conduire à la facturation de dépenses non envisagées jusqu'à présent. Ce danger existe particulièrement en cas de renouvellement de bail, le bailleur pouvant profiter de cette occasion pour introduire des dépenses qui n'étaient pas expressément stipulées. Le preneur aurait, dans ce cas, intérêt à stipuler que le renouvellement se fait aux clauses et conditions antérieures, dans le respect de la loi, et n'a pas pour effet l'équilibre initial du contrat.

Il conviendra donc de trouver un équilibre : éviter des catégories peu nombreuses et mal définies, mais un inventaire extrêmement détaillé pourrait alourdir la gestion du contrat et conduire à de nouvelles facturations de charges.

Recommandation 5 : refuser les forfaits de charges

L'inventaire précis et limitatif des charges étant d'ordre public, ceci semble **condamner la pratique du forfait de charges**. Par contre, la stipulation d'un plafond reste envisageable, sous réserve, dans les ensembles immobiliers, de respecter les règles de proportionnalité dans la répartition des charges entre locataires.

Etat récapitulatif annuel

Cet inventaire doit donner lieu à un **état récapitulatif annuel** adressé par le bailleur, et ce dans le délai fixé par l'article R.145-36 du Code de Commerce :

« *L'état récapitulatif annuel mentionné au premier alinéa de l'article L. 145-40-2, qui inclut la liquidation et la régularisation des comptes de charges, est communiqué au locataire **au plus tard le 30 septembre de l'année suivant celle au titre de laquelle il est établi** ou, pour les immeubles en copropriété, dans le délai de trois mois à compter de la reddition des charges de copropriété sur l'exercice annuel. Le bailleur communique au locataire, à sa demande, tout document justifiant le montant des charges, impôts, taxes et redevances imputés à celui-ci* ».

Il incombera donc au bailleur d'envoyer en principe au preneur, au plus tard le 30 septembre de l'année 2015, l'état récapitulatif annuel de l'exercice 2014. Pour les preneurs appartenant à un réseau succursalistes, il est recommandé de prévoir que ces documents seront directement transmis à la tête de réseau.

Le texte ne prévoit toutefois pas de sanctions spécifiques. S'appliqueront les règles de droit commun de la responsabilité civile contractuelle : faculté de notifier une injonction au bailleur de remplir ses obligations légales et, le cas échéant, de saisir à cet effet le juge du référé ; le cas échéant, la négligence du bailleur pourrait être source de dommages et intérêts.

Si l'ensemble immobilier ou l'immeuble où sont implantés les locaux est assujéti au régime de la copropriété, le bailleur aura l'obligation d'adresser l'état récapitulatif annuel dans un délai qui court à compter de la reddition des charges de copropriété sur l'exercice annuel, et non à compter de leur approbation par l'assemblée générale des copropriétaires. En tout état de cause, l'état récapitulatif devra être adressé avant le 1^{er} octobre de chaque année.

Ensemble immobilier comportant plusieurs locataires et/ou des locaux vacants

La loi ne se contente pas d'encadrer la répartition des dépenses entre les bailleurs et les preneurs, elle précise également les règles de répartition entre les preneurs présents dans un même « *ensemble immobilier* ».

Le nouvel article L.145-40-2 du Code de commerce dispose ainsi : « *Dans un ensemble immobilier comportant plusieurs locataires, le contrat de location précise la répartition des charges ou du coût des travaux entre les différents locataires occupant cet ensemble. **Cette répartition est fonction de la surface exploitée**. Le montant des impôts, taxes et redevances pouvant être imputés au locataire correspond strictement au local occupé par chaque locataire et à la quote-part des parties communes nécessaires à l'exploitation de la chose louée. En cours de bail, le bailleur est tenu d'informer les locataires de tout élément susceptible de modifier la répartition des charges entre locataires* ».

L'objectif de cette disposition est de mettre fin aux inégalités de traitement entre locataires présents dans des centres commerciaux, certains étant amenés à payer proportionnellement plus que d'autres au regard des surfaces occupées. Ces situations prospéraient d'autant plus que chaque preneur ignorait le contenu des avantages négociés par les autres. Dorénavant, la loi impose un principe de **transparence et de proportionnalité** : la répartition des charges ou du coût des travaux entre les différents locataires figure dans le contrat et cette répartition doit être calculée en fonction de la « *surface exploitée* ».

C'est également le principe de proportionnalité qui motive la prohibition de facturation des dépenses relatives aux locaux vacants ou imputables à d'autres locataires (art. nouvel article R.145-35 du Code de commerce) : « *Dans un ensemble immobilier, les charges, impôts, taxes, redevances et le coût des travaux relatifs à des locaux vacants ou imputables à d'autres locataires* ».

Le bailleur d'un ensemble immobilier est donc tenu de garder à sa charge les dépenses relevant des locaux vacants. Sont donc condamnées les répartitions en fonction des loyers perçus dans l'ensemble immobilier qui imposaient aux seuls locataires présents de supporter l'ensemble des charges même pour les locaux non loués.

La loi et le décret, enfin, apportent deux précisions :

- La répartition entre les locataires des charges, des impôts, taxes et redevances et du coût des travaux relatifs à l'ensemble immobilier peut être « *conventionnellement pondérée* » (art. R.145-35) : ceci devrait permettre de moduler les charges en fonction de la nature des surfaces ou de la situation des locaux.
- Le montant des impôts, taxes et redevances pouvant être imputés au locataire correspond strictement « *au local occupé par chaque locataire et à la quote-part des parties communes nécessaires à l'exploitation de la chose louée* » (art. L.145-40-2) : aucune pondération conventionnelle n'est possible dans ce cas.

On peut estimer que la référence à la surface exploitée intègre les surfaces à usage de réserves et les locaux techniques d'autant que la loi utilise le terme de « local occupé ».

Il convient de relever une contradiction malheureuse dans la rédaction des textes : l'article L.145-40-2 interdit toute pondération conventionnelle s'agissant des impôts, taxes et redevances, alors que cette possibilité est ouverte par l'article R.145-35. La disposition de valeur législative doit nécessairement l'emporter sur la disposition réglementaire et il est donc recommandé d'éviter toute pondération en matière fiscale.

Afin de garantir l'effectivité de la nouvelle règle, la loi précise que tout élément intervenant en cours de bail et modifiant la clé de répartition (extension du centre commercial par exemple) doit être porté à la connaissance des preneurs. De même, le décret prévoit que les pondérations conventionnelles accordées à certains locataires sont portées à la connaissance des autres locataires.

Recommandation 6 : préciser dans le bail la surface exploitée et les règles de répartition des charges

Inscrire expressément dans le contrat la surface exploitée, objet du bail, les règles de pondération et la clé de répartition entre les différents locataires de l'ensemble immobilier.

Rédiger une clause indiquant que « ***tout changement affectant la répartition des charges communes ne prendra effet qu'après avoir été porté à la connaissance du preneur*** ».

4. LES CHARGES, IMPÔTS, TAXES ET REDEVANCES NE POUVANT PAS ÊTRE IMPUTÉS AU PRENEUR

Un des apports majeurs de la loi du 18 juin 2014 est de mettre fin à la totale liberté contractuelle dans le domaine de la répartition de charges : non seulement les charges doivent être précisées dans le contrat, mais l'article L.145-40-2 du Code de commerce dispose également que des charges, impôts, taxes et redevance ne peuvent plus être imputés au locataire « *en raison de leur nature* ».

Les dépenses non imputables par nature sont définies par l'article R.145-35 du Code de commerce :

« 1° *Les dépenses relatives aux grosses réparations mentionnées à l'article 606 du code civil ainsi que, le cas échéant, les honoraires liés à la réalisation de ces travaux ;*

2° *Les dépenses relatives aux travaux ayant pour objet de remédier à la vétusté ou de mettre en conformité avec la réglementation le bien loué ou l'immeuble dans lequel il se trouve, dès lors qu'ils relèvent des grosses réparations mentionnées à l'alinéa précédent ;*

3° Les impôts, notamment la contribution économique territoriale, taxes et redevances dont le redevable légal est le bailleur ou le propriétaire du local ou de l'immeuble ; toutefois, peuvent être imputés au locataire la taxe foncière et les taxes additionnelles à la taxe foncière ainsi que les impôts, taxes et redevances liés à l'usage du local ou de l'immeuble ou à un service dont le locataire bénéficie directement ou indirectement ;

4° Les honoraires du bailleur liés à la gestion des loyers du local ou de l'immeuble faisant l'objet du bail ;

5° Dans un ensemble immobilier, les charges, impôts, taxes, redevances et le coût des travaux relatifs à des locaux vacants ou imputables à d'autres locataires.

La répartition entre les locataires des charges, des impôts, taxes et redevances et du coût des travaux relatifs à l'ensemble immobilier peut être conventionnellement pondérée. Ces pondérations sont portées à la connaissance des locataires.

Ne sont pas comprises dans les dépenses mentionnées aux 1° et 2° celles se rapportant à des travaux d'embellissement dont le montant excède le coût du remplacement à l'identique ».

Les grosses réparations de l'article 606 du Code civil

L'article 605 du Code civil dispose que « les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire », l'article 606 donnant une définition rapide de ces grosses réparations qui sont « celles des gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières. Celui des digues et des murs de soutènement et de clôture aussi en entier. Toutes les autres réparations sont d'entretien. »

Cette répartition pouvait jusqu'à présent être écartée par la volonté expresse des parties. **La loi rend ainsi d'ordre public la répartition des travaux entre le propriétaire et le locataire.**

L'interdiction de prévoir conventionnellement la prise en charge par le preneur de dépenses relatives aux **grosses réparations mentionnées à l'article 606 du Code civil** doit s'apprécier au regard de la jurisprudence qui s'est développée depuis une dizaine d'années.

En se fondant sur les obligations de délivrance et d'entretien inscrites dans les articles 1719 et 1720 du Code civil, la jurisprudence assimile à des grosses réparations les travaux qui « intéressent l'immeuble dans sa structure et sa solidité même »⁷ et le rendent « impropres à sa destination ».

⁷ Cass. 3° civ., 13 juillet 2005, n° 13764, Bull. civ. III n° 155

Le choix du décret de ne pas présenter une liste de travaux conduira donc la jurisprudence à définir progressivement les dépenses devant rester à la charge du bailleur.

Le principe général de distinction à adopter dans le cadre de la négociation d'un bail sera donc de déterminer si les travaux envisagés touchent à des éléments essentiels de la structure de l'immeuble ou si, par leur nature, ils affectent l'immeuble dans sa solidité ou sa destination.

Sur la base du texte de l'article 606 et des arrêts existants on peut déduire que les coûts suivants ne peuvent plus être transférés sur le preneur :

- Travaux affectant les gros murs (murs porteurs) ou planchers (c'est-à-dire les dalles)⁸, de même que les fondations⁹
- Travaux de réfection totale de la couverture de l'immeuble¹⁰ ou des poutres¹¹
- Remplacement de la totalité des canalisations communes de l'immeuble¹²
- Travaux de désamiantage d'une ampleur telle qu'ils touchent la structure de l'immeuble¹³
- Travaux de réfection globale de l'installation électrique¹⁴

Toute clause contraire serait réputée non écrite.

Est également interdit le transfert au preneur des honoraires liés à la réalisation de grosses réparations. Il s'agit a priori, faute de précision contraire, des honoraires du bailleur ou des intervenants extérieurs tels que les architectes, bureaux d'études, syndic de copropriété...

Par contre, dès lors que la distinction est conservée entre les réparations relevant des articles 605 et 606 du Code civil, on doit en conclure que le remboursement du coût des travaux de ravalement, s'ils ne concernent pas le gros œuvre, de même que les réfections ponctuelles de la toiture ou les embellissements apportés à un hall d'entrée ou un mail sont susceptibles d'être conventionnellement pris en charge par le preneur¹⁵.

⁸ Cass. 3° civ., 2 juin 2010, n°09-13.749

⁹ Cass. 1° civ., 6 juillet 2011, n°10-18.694

¹⁰ Cass. 3° civ., 29 septembre 2010, n°09-69.33

¹¹ Cass. 3° civ., 16 septembre 2008, n° 07-18.303

¹² CA Paris, 21 mai 2014, RG 11/19300, Blanche / Blandis, Jurisdata n° 2014-011611

¹³ CA Paris, 26 novembre 1999, RG n° 1999/04661, sofas / selectpierre II, Jurisdata n° 1999-100769

¹⁴ Cass. Civ. 13 juillet 2005, précité

¹⁵ Philippe-Hubert Brault, Loyers et Copropriété, décembre 2014.

Certaines dépenses pourraient être envisagées de différentes manières selon les caractéristiques de l'immeuble. Si l'installation d'un système de climatisation peut apparaître de manière générale comme une dépense pouvant être transférée, cette question mérite d'être posée dans des immeubles commerciaux ou professionnels modernes. Il a ainsi été jugé que la réfection d'un système de climatisation dans un immeuble de très grande hauteur, dont les fenêtres ne pouvaient être ouvertes, était un élément essentiel de la construction dans la mesure où le système de climatisation permettait la conformité de l'immeuble à sa destination¹⁶.

Une telle solution devrait logiquement s'appliquer dans un ensemble commercial moderne : le système de climatisation n'est pas simplement un élément de confort, car son absence le rendrait « impropre à sa destination » dans la mesure où elle ruinerait son attractivité auprès de la clientèle.

Concernant l'installation ou le remplacement d'un ascenseur, Le même type de raisonnement pourrait être suivi pour les ascenseurs et les escalators dans les immeubles à plusieurs niveaux : ne s'agit-il pas d'éléments essentiels au maintien de la destination des lieux, à savoir leur capacité à recevoir des consommateurs ? Une telle qualification semble d'autant plus possible avec les nouvelles règles d'accessibilité aux personnes handicapées. Deux décisions récentes de cour d'appel qui ont reconnu le caractère de grosses réparations à des travaux d'installation et de remplacement d'ascenseur vont dans ce sens¹⁷.

Portée de l'exception à la non-imputabilité: travaux d'embellissement excédant le coût du remplacement à l'identique

Les travaux d'embellissement ne sont pas compris dans la catégorie des dépenses non imputables et peuvent donc être transférés aux locataires lorsque leur montant excéderait le coût du remplacement à l'identique.

Cette exception, introduite à la demande des représentants des bailleurs, fait courir le risque que les bailleurs réintroduisent le transfert de certaines dépenses normalement à leur charge.

On voit mal l'intérêt d'un bailleur d'engager des frais de remplacement à l'identique alors qu'il lui suffirait de prévoir de plus amples travaux dits d'embellissement pour en répercuter le coût sur le preneur.

Il serait possible pour un bailleur de prétexter d'importants travaux de rénovation ou de réhabilitation pour faire supporter le coût de travaux qui porteraient pourtant sur des éléments relevant de l'article 606. Ceci aura également pour conséquence de permettre le transfert des honoraires liés à ces travaux.

¹⁶ CA Paris, 22 septembre 2010, Valeur Pierre 6, / IB, Jurisdata n° 2010-023147 ; voir également CA Paris 16 février 2011, Sté Foncière ADP / Sté Yves Saint Laurent.

¹⁷ CA Grenoble, 10 septembre 2009, Localp / Deux Alpes Voyages, Jurisdata n° 2009-009875 ; CA Paris, 17 juin 2009, Salvy / Jarry, Jurisdata n° 2009-007444.

On peut ainsi citer le cas de la construction d'une verrière dans un centre commercial ou de la construction d'une toiture végétalisée. Il s'agit incontestablement d'éléments relevant normalement de l'article 606 et de ce fait non imputables, mais qui pourront être refacturés dans le cadre de l'exception d'embellissement.

Certes, le décret prévoit que **seule la différence entre le remplacement à l'identique et l'embellissement est imputable**. Cette limitation sera délicate à mettre en œuvre. Elle le sera encore plus s'agissant des honoraires liés à ces travaux d'embellissement.

Recommandation 7 : plafonner les charges refacturables au titre de l'embellissement

Afin d'éviter les litiges liés à la difficulté d'interpréter la notion d'embellissement, plafonner dans le contrat les dépenses pouvant être refacturées sur ce fondement.

Les honoraires du bailleur

Le nouvel article R. 145-35 met fin à la pratique de refacturation des honoraires de gestion qui entraînait des coûts indus pour les locataires : certains bailleurs institutionnels confiaient cette gestion à une société filiale dont le coût était pris en charge par leurs locataires.

Désormais, les honoraires liés à la gestion des loyers du local ou de l'immeuble ne peuvent plus être imputables aux locataires.

Mais compte tenu de la rédaction de ces nouvelles dispositions qui visent simplement les honoraires liés à la gestion des loyers, on peut supposer, sauf interprétation contraire des juges, que les honoraires de gestion immobilière pourront toujours faire l'objet d'une refacturation.

Recommandation 8 : surveiller l'évolution des honoraires facturables

Afin d'éviter que les honoraires de gestion des loyers ne soient refacturés dans le cadre d'autres honoraires, vérifier pour les baux en cours toute hausse non expliquée des honoraires encore facturables et demander le cas échéant les justificatifs.

Les taxes et impôts

La réglementation pose un principe clair. En principe, le bailleur ou le propriétaire ne peut répercuter sur le preneur un impôt, une taxe ou une redevance dont il est redevable es qualité :

- la contribution économique territoriale dans son intégralité qui est citée expressément ;
- tout impôt, taxe et redevance « dont le redevable légal est le bailleur ou le propriétaire du local ou de l'immeuble ».

Par exception, la taxe foncière et les taxes additionnelles y afférentes (en pratique TEOM, taxe balayage, redevance curage des égouts à Paris...) peuvent toujours être facturées au locataire. L'autre exception vise les impôts, taxes et redevances « *liés à l'usage du local ou de l'immeuble ou à un service dont le locataire bénéficie directement ou indirectement* ». Les praticiens estiment que cela vise notamment les différentes taxes dues en Ile-de-France : taxe sur les bureaux et les locaux commerciaux (y compris les locaux de stockage et les parkings attenants), taxe spéciale d'équipement au profit de la Société du Grand Paris, ainsi que les taxes portant spécifiquement sur les parkings mises en place dans certaines villes.

Il est recommandé, dans le cadre de la rédaction de l'inventaire de l'article L.145-40-2, de mentionner expressément chacun des impôts refacturables plutôt que de se référer à la formulation générale du décret. Compte tenu du caractère limitatif de l'inventaire, cela bloquera la possibilité pour un bailleur, s'appuyant sur la notion floue de « catégories de charges », d'imputer des impositions non envisagées ou non existantes au moment de la signature du bail.

Recommandation 9 : demander une liste précise et limitative des impôts, taxes et redevances

Refuser la simple mention de la lettre du décret et imposer une liste précise et limitative des impôts, taxes et redevances refacturables.

Application dans le temps : les opportunités de renégociation offertes au preneur

Ces nouvelles règles d'ordre public sont applicables « *aux contrats conclus ou renouvelés à compter de la publication du présent décret* », c'est-à-dire à compter du 5 novembre 2014.

Ceci a des incidences très importantes sur les conditions de renégociation des baux renouvelés à partir de cette date.

En effet, le Code de commerce indique que le bail se renouvelle aux conditions du bail d'origine, à l'exception du loyer. Or, la non-imputabilité de certaines dépenses modifiera nécessairement l'équilibre économique des contrats renouvelés. Compte tenu du caractère d'ordre public de ces règles, un preneur pourrait légalement invoquer la nullité de la clause relative aux charges et demander le renouvellement du bail sans charges.

Ceci le placera dans une position de force lui permettant de renégocier la clause des charges en l'allégeant également de certaines dépenses qui sont pourtant refacturables en vertu du décret.

Recommandation 10 : s'appuyer sur l'application de la réforme aux contrats renouvelés pour négocier en force

Lors du renouvellement d'un bail, opposer la nullité d'ordre public de la clause charges afin d'aborder la négociation en position de force.

5. INFORMATION ET TRANSPARENCE

Budget prévisionnel et état récapitulatif des travaux : difficultés et portée

Il incombe désormais au bailleur de communiquer **tous les trois ans au locataire** (art. L.145-40-2 du Code de commerce) :

- un état prévisionnel des travaux qu'il envisage de réaliser dans les trois années suivantes, assorti d'un budget prévisionnel
- un état récapitulatif des travaux qu'il a réalisés dans les trois années précédentes précisant leur coût.

Ce souci de transparence et d'information ne sera pas sans difficulté pour le bailleur, et ce d'autant que cette obligation s'imposera même si le bail ne prévoit pas que le preneur supporterait les coûts des travaux visés. Par exemple, certains bailleurs auront des difficultés à obtenir les informations et documents auprès du syndic en cas d'immeuble en copropriété.

Ce type de disposition est par ailleurs susceptible d'engendrer des conflits en cas de réalisation de travaux effectués en urgence et non prévus par l'état prévisionnel.

Certes, le terme « prévisionnel » exclut que le bailleur soit strictement engagé par le montant du budget annoncé. Mais un écart significatif serait contraire à l'esprit de la loi qui vise à donner une visibilité au preneur sur les dépenses qui lui seront imputées.

Afin de tirer profit de cette disposition, le preneur aurait intérêt à prévoir de façon limitative les cas de dépenses imprévues qui pourraient lui être refacturées : force majeure, désordres affectant l'immeuble qui ne pouvaient être raisonnablement prévues...

Recommandation 11 : encadrer les cas de dépenses non prévisibles

Rappeler expressément dans le contrat l'obligation de communication triennale et prévoir les cas limitatifs de dépenses non prévisibles dans l'état prévisionnel qui pourront néanmoins donner lieu à une refacturation (force majeure, désordre anormal affectant la construction, vandalisme...). Prévoir également que ces dépenses non-prévisibles doivent avoir fait l'objet d'une information préalable au preneur.

Délais de communication et sanctions

L'article R.145-37 précise que les informations relatives à l'état prévisionnel et l'état récapitulatif des travaux « sont communiquées au locataire dans le délai de deux mois à compter de chaque échéance triennale. A la demande du locataire, le bailleur lui communique tout document justifiant le montant de ces travaux. »

Aucune sanction n'est prévue par le texte en l'absence de communication de l'état prévisionnel ou de l'état récapitulatif ni en cas de refus de communiquer les justificatifs des demandes de travaux. Le bailleur s'expose donc simplement à voir sa responsabilité civile engagée. Il est donc recommandé de prévoir des sanctions spécifiques lors de la rédaction du contrat.

Recommandation 12 : prévoir des sanctions contractuelles pour garantir le respect des obligations d'information et de transparence

Prévoir des sanctions spécifiques en cas de non-respect des obligations d'information et de transparence.

S'agissant de l'obligation d'information triennale, une pénalité applicable à partir d'un certain retard paraît la solution la plus opérationnelle.

S'agissant de l'obligation de communiquer un justificatif de travaux, il peut être prévu une clause suspensive, tout paiement n'intervenant qu'à la suite de la communication du document.

3 // Les conséquences de la réforme sur la durée des baux

La loi du 18 juin 2014 introduit deux modifications concernant la durée des baux : l'une porte sur la durée des baux dérogatoires ; l'autre sur la durée des baux statutaires.

1. ALLONGEMENT DE LA DURÉE DES BAUX DÉROGATOIRES

Le changement le plus important apporté par la loi est relatif à la durée du bail dérogatoire, qui a été allongée par la loi nouvelle pour les contrats conclus ou renouvelés à compter du 1^{er} septembre 2014 : il est désormais possible de conclure un ou plusieurs baux de ce type dans la limite d'une durée totale de trois ans au lieu de deux auparavant.

La nouvelle rédaction de l'article L.145-5 du Code de commerce dispose ainsi que les « les parties peuvent, lors de l'entrée dans les lieux du preneur, déroger aux dispositions du présent chapitre à la condition que la durée totale du bail ou des baux successifs ne soit pas supérieure à trois ans ».

Cet allongement de la durée des baux non soumis au statut pourrait être interprété comme une disposition favorable aux bailleurs. C'est pourtant en invoquant l'intérêt des preneurs que le Gouvernement a justifié cet allongement. Il s'agit de faciliter la possibilité pour des commerçants de tester de nouvelles activités « sans s'engager dans un bail plus contraignant ».

De nombreux praticiens relevaient en effet que le statut protecteur des baux commerciaux conduisait paradoxalement à entraver le lancement de nouvelles activités commerciales, les bailleurs étant réticents à s'engager dans un bail statutaire de longue durée avec un commerçant nouveau, souvent indépendant, qui n'a pas encore fait ses preuves¹⁸.

Cet allongement du « CDD » commercial avant d'entrer dans le « CDI » du bail statutaire pourrait-il néanmoins déboucher sur une précarisation des preneurs en conduisant au développement des baux de 3 ans fermes sans renouvellement ?

Afin de prévenir ces risques, le Code de commerce pose deux règles concernant la situation des parties à l'issue du bail dérogatoire.

En premier lieu, en vertu de la loi du 18 juin 2014, il s'opère automatiquement un nouveau bail soumis au statut lorsque, à l'expiration du bail dérogatoire, le preneur reste en possession du local pour y poursuivre l'exploitation de son fonds (article L.145-5, alinéa 1) : « A l'expiration de cette durée, les parties ne peuvent plus conclure un nouveau bail dérogeant aux dispositions du présent chapitre pour exploiter le même fonds dans les mêmes locaux ».

La loi reprend la solution élaborée par la jurisprudence, et apporte même une sécurisation pour les parties en quantifiant le délai au terme duquel le maintien en possession entraîne l'application automatique du statut des baux (article L.145-5 alinéa 2) : « Si, à l'expiration de cette durée, et au plus tard à l'issue d'un délai d'un mois à compter de l'échéance le preneur reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est réglé par les dispositions du présent chapitre ».

Ainsi, les parties ont un mois pour réagir.

¹⁸ Rapport CCI Paris « Un financement des baux commerciaux au service du développement des jeunes entreprises », 24 janvier 2013, Dominique Restino : <http://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/financement-baux-commerciaux-rest1301.pdf>

Le bailleur désireux de ne pas prolonger un bail dérogatoire par un bail statutaire devra, dans le mois suivant l'échéance du contrat, sommer le preneur de quitter les lieux.

De son côté, le preneur désirant ne pas voir le statut s'appliquer, devra spontanément restituer les locaux dans ce délai, faute de quoi le bailleur pourrait lui opposer la création d'un bail statutaire de neuf ans qui le contraindrait à rester dans les lieux jusqu'à l'expiration de la prochaine période triennale.

En second lieu, l'article L.145-5 alinéa 3 du Code de commerce, qui n'a pas été modifié par la loi du 18 juin 2014, précise qu'il s'opère automatiquement un nouveau bail soumis au statut « en cas de renouvellement exprès du bail ou de conclusion, entre les mêmes parties, d'un nouveau bail pour le même local ». A l'issue de la durée maximale de 3 ans, les parties ne peuvent conclure un nouveau bail dérogatoire : si un accord était signé, il serait automatiquement requalifié en bail statutaire du fait de la loi.

Il convient de révéler une contradiction entre l'article L.145-5 alinéa 3 et l'article L.145-5 alinéa 1. Le premier, dont la rédaction est plus ancienne, vise seulement la signature d'un nouveau bail pour « *le même local* ». Or, l'article L.145-5 alinéa 1 impose l'application du statut lorsque le nouveau bail est signé pour « *exploiter le même fonds dans les mêmes locaux* ».

La jurisprudence avait conclu de la rédaction de l'article L.145-5 alinéa 3 qu'il était possible d'échapper au statut si le nouveau bail porte sur la même activité mais dans des locaux différents, cette solution ne devant pas être remise en cause par la nouvelle loi. Elle avait également estimé que le nouveau bail opérant un changement d'activité dans le même local ne permettait pas d'échapper au statut.

L'article L.145-5 alinéa 1 étant de rédaction plus récente, on peut se demander si la loi ne permet pas aujourd'hui la signature d'un nouveau bail dérogatoire pour des mêmes locaux dès lors que l'activité du fonds de commerce est différente. Dans l'attente d'une réponse jurisprudentielle, il est quand même permis de douter que l'intention du législateur ait été de créer un nouveau cas de dérogation à l'application du statut. La contradiction malheureuse de la rédaction résulte plus probablement d'une inattention qu'il serait dangereux d'interpréter trop largement¹⁹.

¹⁹ Joël Monéger, F. Kendérian, RTD com., août 2014

2. INTERDICTION DE LA RENONCIATION À LA RÉSILIATION TRIENNALE

Ce que le preneur y gagne

Le locataire a le droit de donner congé tous les trois ans (article L.145-4 du Code de commerce), mais cette règle avait été très affaiblie par la loi du 30 décembre 1985, qui avait introduit la possibilité d'une « *convention contraire* ». La pratique des baux fermes s'était répandue, en particulier dans les centres commerciaux et les parcs commerciaux, qui disposaient ainsi d'un moyen de sécuriser leurs revenus.

La loi du 18 juin 2014 revient à l'esprit initial du statut en supprimant la possibilité d'une convention contraire. Cette modification répond à une revendication des commerçants, en particulier les succursalistes très présents dans les centres commerciaux. Le commerce a, en effet, besoin de souplesse. Une entreprise, dans un environnement économique très changeant, ne peut pas être bloquée pendant six ans ou neuf ans et continuer à payer un loyer pour des locaux n'ayant pas démontré leur intérêt.

Ce que le preneur y perd (peut-être)

La loi met fin aux baux qui prévoyaient un engagement ferme du preneur pour tout ou partie du bail en échange de la réalisation par le bailleur de travaux d'adaptation du local aux demandes du preneur.

Toutefois, il est possible que la pratique trouve d'autres procédés pour répondre aux besoins du preneur, comme par exemple le financement des réalisations moyennant un prêt du bailleur²⁰.

La portée de l'interdiction est à relativiser

Le retour à une rédaction légale plus fidèle à l'esprit du statut est à saluer, mais il convient d'être conscient des limites de cette restauration.

La possibilité de stipuler des baux fermes est préservée dans 4 cas visés à l'article L.145-4 : les baux des locaux construits en vue d'une seule utilisation (locaux monovalents), les baux des locaux à usage exclusif de bureaux et ceux des locaux de stockage et les baux conclus pour une durée supérieure à neuf ans.

Cette dernière exception est très importante puisque les baux d'une durée supérieure à 9 ans sont fréquents dans les centres commerciaux et nombre de parcs commerciaux. Il est même possible que la réforme conduise à un développement accru de ce type de baux.

²⁰ Joël Monéger, F. Kendérian, RTD com., août 2014

3. UNE FAUSSE BONNE IDÉE : LA POSSIBILITÉ DE NOTIFIER UN CONGÉ PAR LETTRE RECOMMANDÉE AVEC ACCUSÉ DE RÉCEPTION

Le législateur, par souci de simplification et de baisse des charges des entreprises²¹, a introduit la possibilité de notifier un congé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (art. L.145-9 du Code de commerce). Cette faculté vise aussi bien le congé du bailleur que celui du preneur : congé triennal du locataire, congé du locataire qui veut partir en fin de bail ou en cours de tacite prolongation, congé du bailleur en fin de bail, avec ou sans offre de renouvellement. Il en va de même de la demande de renouvellement faite par le preneur en l'absence de congé du bailleur (article L.145-10 du Code de commerce). Ce point avait été omis par la loi Pinel, mais rectifié par l'article 56 de la loi pour la croissance et l'activité, dite loi Macron, de juillet 2015.

Le décret du 3 novembre 2014 précise que « la date de congé est celle de la première présentation de la lettre » (art. R.145-1-1 du Code de commerce).

L'ensemble des praticiens et de la doctrine juridique considère qu'il s'agit là d'un cadeau empoisonné fait aux bailleurs et locataires modestes.

En effet, la moindre erreur concernant le destinataire ou une remise hors délai prive le congé de toute efficacité juridique. Ainsi, s'agissant d'un preneur, le congé donné pour la fin d'une période triennale à une personne qui n'est plus celle à laquelle il devait être délivré ou lorsque la propriété du bien loué est divisée entre plusieurs propriétaires, n'aura aucun effet et le preneur sera tenu d'attendre la fin de la période suivante.

Recommandation 13

La sécurité juridique autant que la simplicité de gestion commande de continuer à recourir à l'acte d'huissier en cas de notification d'un congé. Le recours à la LRAR est envisageable s'il n'y a aucun doute sur l'identité du bailleur et si la lettre est envoyée très en avance (2 mois avant le commencement du délai de 6 mois).

²¹ L'argument avancé par le Ministère était que la LRAR coûte « cinquante-huit fois moins cher qu'un congé délivré par un huissier »

Annexes

ANNEXE 1

Application de la réforme dans le temps

Application de la réforme dans le temps	
Application générale à partir du 20 juin 2014 (baux en cours et baux conclus à compter de cette date)	Clause réputées non écrite, Congés par LRAR
Application à partir du 20 juin 2014 aux baux conclus ou renouvelés à compter de cette date	Etat des lieux
Application à partir du 1^{er} septembre 2014 aux baux conclus ou renouvelés à compter de cette date	Allongement bail dérogatoire, disparition de l'ICC, lissage du déplafonnement
Application à partir du 5 novembre 2014 aux baux ou renouvelés à compter de cette date	Inventaire précis des catégories de charges, état récapitulatif et documents justificatifs, listes des dépenses non imputables, règles de pondération, état prévisionnel triennal des travaux, état récapitulatif triennal des travaux réalisés

ANNEXE 2

Caractère d'ordre public des nouvelles règles

Caractère d'ordre public des nouvelles règles (le contrat ne peut les écarter par une clause expresse contraire)	
Dispositions d'ordre public	Dispositions n'étant pas d'ordre public
<p>Interdiction de la renonciation à la résiliation triennale (art. L.145-4 Code com.)</p> <p>Commentaire : Cette interdiction ne s'applique pas pour les baux conclus pour une durée supérieure à 9 ans</p> <p>Sanction : Clause contraire réputée non écrite : action en nullité peut être intentée à tout moment</p>	<p>Lissage des loyers dé plafonnés (art. L.145-34, L.145-38 et L.145-39 Code com.)</p> <p>Commentaires : La règle s'applique à partir du 1^{er} septembre 2014. Pour les contrats renouvelés à partir de cette date, il faudra un accord exprès du preneur pour écarter le lissage. A défaut, le lissage s'applique de droit.</p>
<p>Référence à l'ILC (art. L.145-34 Code com.)</p> <p>Commentaire : La référence à l'ICC reste possible en cas de clause d'échelle mobile</p> <p>Sanction : La part indue du loyer en application d'un indice interdit pourra faire l'objet d'une action en remboursement dans un délai de 5 ans</p>	
<p>Inventaire précis et limitatif des charges (art. L.145-40-2 Code com.) et état récapitulatif annuel (art. R.145-36 Code com.)</p> <p>Sanction : Toute dépense non prévue dans le contrat et facturée au locataire pourra faire l'objet d'une action en remboursement dans un délai de 5 ans La non-transmission ou la transmission tardive de l'état récapitulatif annuel relève du droit commun de la responsabilité civile contractuelle : injonction en référé ; dommages-intérêts</p>	

ANNEXE 2 - SUITE

<p>Ensembles commerciaux : règles de proportionnalité et de transparence dans la répartition des dépenses entre locataires (art. L.145-40-2 Code com.)</p> <p>Sanction : Clause contraire réputée non écrite : action en nullité peut être intentée à tout moment Toute dépense facturée ne respectant pas ces règles pourra faire l'objet d'une action en remboursement dans un délai de 5 ans</p>	
<p>Charges non imputables au locataire (art. L.145-40-2 et R.145-35 Code com.)</p> <p>Sanction : Clause contraire réputée non écrite : action en nullité peut être intentée à tout moment Toute dépense facturée ne respectant pas ces règles pourra faire l'objet d'une action en remboursement dans un délai de 5 ans</p>	
<p>Etat des lieux d'entrée et de sortie (art. L.145-40-1 Code com.)</p> <p>Commentaire : Pour les baux conclus avant l'entrée en vigueur de la loi, l'état des lieux de restitution ne s'impose que si un état des lieux d'entrée a eu lieu</p>	
<p>Budget prévisionnel et état récapitulatif des travaux réalisés (art. L.145-40-2 Code com.)</p> <p>Sanction : Clause contraire réputée non écrite : action en nullité peut être intentée à tout moment Responsabilité civile contractuelle du bailleur ou sanctions spécifiques stipulées dans le contrat (pénalités, non-opposabilité des dépenses)</p>	

fec FÉDÉRATION DES ENSEIGNES DE L'ÉDUCATION

feh Fédération
des Enseignes
de l'Habillement

UCV
UNION DU GRAND COMMERCE
DE CENTREVILLE



13, rue La Fayette - 75009 Paris
Tél. : +33 **(0)1 47 03 17 51** - Fax : +33 (0)1 40 15 60 14
contact@alliancecommerce.org - www.alliancecommerce.org