

LE BAIL COMMERCIAL À L'ÉPREUVE DE LA MUTABILITÉ DES IMMEUBLES

6

Parmi les figures contractuelles qui permettent d'accorder un droit de jouissance sur un bien, le bail demeure le plus répandu. Pourtant, en matière commerciale, il est soumis depuis 1953 à un statut impératif, que l'on peut objectivement juger contraignant, destiné à protéger le commerçant contre l'éviction. Si la rigidité du statut a souvent été critiquée, elle n'a pour autant pas empêché l'essor de certaines formes d'exercice du commerce comme les centres commerciaux par exemple. Le défi auquel il se trouve confronté aujourd'hui est celui de la mutabilité des immeubles et plus particulièrement de son aptitude à répondre aux nouveaux besoins des propriétaires et utilisateurs.

Depuis quelques années, avec l'évolution des modes de vie, l'essor du numérique et les prises de conscience des enjeux environnementaux, on assiste à une évolution importante des attentes des utilisateurs. **L'immeuble attractif est un immeuble connecté, performant sur le plan énergétique et capable de répondre à des usages variés selon des cycles parfois très courts.** Cette adaptabilité de l'immeuble aux nouveaux enjeux est importante pour les utilisateurs, mais elle l'est également pour les investisseurs dans la mesure où elle impacte la valorisation des actifs.

Dans ce contexte, bien qu'il soit soumis à un statut impératif, le bail commercial offre certaines opportunités. Mais lorsqu'il est question de flexibilité, force est de reconnaître ses limites et de lui trouver des alternatives.



LES OPPORTUNITÉS OFFERTES PAR LE BAIL COMMERCIAL

La mutabilité des immeubles implique le plus souvent que des travaux soient effectués, dont la nature et l'ampleur sont très variables. Il peut s'agir de simples aménagements pour adapter les locaux aux nouvelles organisations des entreprises (développement du *flex office* et augmentation des espaces de convivialité), ou de travaux plus importants, visant à mettre le bâtiment aux normes environnementales ou technologiques. Dans certains cas, l'obsolescence de l'immeuble est telle que le propriétaire en vient à considérer sa restructuration lourde ou même sa reconversion en un autre usage. Dans toutes ces situations, l'intervention en site occupé s'avère contraignante. La circonstance que les locaux soient loués en vertu d'un bail commercial n'est en revanche pas dirimante, certains aménagements légaux ou contractuels étant d'ailleurs possibles en faveur du bailleur.

En présence de travaux d'aménagement

À moins qu'ils ne relèvent de l'article 606 du Code civil, les travaux d'aménagement peuvent être stipulés à la charge du locataire. Lors de la prise d'effet du bail, le bailleur est en effet tenu de délivrer les locaux loués « *en bon état de réparations de toute espèce* », mais cette disposition est supplétive. En effet, à la différence de l'article 1719 du Code civil, l'article 1720 al. 1^{er} n'érige pas cette obligation au rang de celles qu'exige la nature du contrat.

Sous réserve que, par ailleurs, les locaux soient conformes à leur destination et que le bail le stipule clairement, le locataire peut donc être tenu de réaliser les travaux d'aménagement. En pratique toutefois, il arrive que les parties s'accordent pour que soit consentie au locataire une franchise de loyers ou une participation financière du bailleur aux travaux d'aménagement. Selon l'ampleur des travaux, cette franchise peut être consentie sur une période assez longue (entre 1 et 18 mois).

Si cette pratique est aujourd'hui usuelle au stade de l'entrée dans les lieux du locataire, rien n'empêche de l'appliquer en cours de bail. On considère généralement que l'aménagement intérieur périclète au bout de dix ans, ce qui correspond globalement à la durée initiale d'un bail. Pourtant, compte tenu de l'évolution rapide des modes d'utilisation des locaux, les utilisateurs

peuvent être désireux de modifier leurs aménagements dans des cycles plus courts. La contrainte est alors essentiellement économique, d'autant plus que le locataire ne dispose alors plus du levier de négociation dont il bénéficiait avant la signature du bail. Pourtant, de la même manière que le bailleur participe au financement des travaux d'aménagement à l'entrée dans les lieux, il pourrait avoir intérêt à y participer pendant la durée du bail. Pour fidéliser le locataire et maintenir son actif immobilier en état de répondre aux attentes actuelles des utilisateurs. Mais aussi parce que, d'un point de vue purement financier, il peut être stipulé que les travaux d'aménagement seront acquis au bailleur dès l'expiration du bail pendant lequel ils ont été réalisés. Une telle clause permet au bailleur, non seulement de conserver la propriété des aménagements en fin de bail, sans devoir une quelconque indemnité au preneur, mais également d'intégrer leur valeur lors du calcul du loyer de renouvellement (par le jeu de la révision du loyer à la valeur locative, en application de l'article L. 145-33 du Code de commerce).

En présence de travaux de mise aux normes

Sous l'influence des différentes politiques de préservation de la sécurité des personnes et de l'environnement, le droit immobilier a subi une très forte inflation législative et réglementaire au cours des dernières années, obligeant les propriétaires et exploitants à une adaptation constante des immeubles. Qu'il s'agisse d'une adaptation pour permettre l'accès aux personnes handicapées, ou bien de désamiantage ou encore de travaux d'isolation et de climatisation, l'ampleur et le coût de ces travaux peuvent être importants.

Le plus souvent, ils incomberont au bailleur en raison de l'obligation de délivrance conforme à laquelle ce dernier est tenu pendant toute la durée du bail. Avant l'entrée en vigueur de la loi Pinel du 18 juin 2014, il était fréquent que le bailleur transfère cette obligation sur le locataire, mais cela n'est plus envisageable aujourd'hui si les travaux relèvent des grosses réparations de l'article 606 du Code civil. Dès lors que le preneur en fait la demande en cours de bail, le bailleur devra donc en principe supporter le coût de ces travaux.

Mais si le preneur n'en fait pas la demande, il arrive que ce soit le bailleur lui-même qui souhaite entreprendre de tels travaux, pour améliorer la qualité de son patrimoine et en accroître la valeur, notamment locative. Le fait que les locaux soient occupés est alors une contrainte, mais les règles en la matière lui sont favorables. En effet, l'article 1724 du Code civil, qui autorise le bailleur à imposer au locataire les travaux de réparations urgentes sans indemnité pendant vingt et un jours, est un texte supplétif de volonté. Le bail peut donc tout à fait stipuler une clause aux termes de laquelle « *le preneur devra souffrir sans indemnité ni*

réduction de loyer, toutes réparations, tous travaux d'amélioration que le bailleur se réserve de faire exécuter, quels qu'en soient les inconvénients et la durée, cette dernière excédât-elle vingt-et-un jours ». Force est toutefois de reconnaître qu'il existe deux limites à l'efficacité de ce type de clause, dont l'application affecte la jouissance du preneur. La première est d'ordre juridique : le preneur doit toujours avoir accès aux locaux et ceux-ci doivent être conformes à leur destination contractuelle. À défaut, le bailleur enfreindrait son obligation de délivrance. La seconde est d'ordre pratique : lorsque les travaux sont particulièrement lourds (réfection des façades, installation de nouveaux réseaux de chauffage etc.), le bailleur peut finalement avoir intérêt à consentir au preneur des réductions de loyer, notamment s'il souhaite éviter que le preneur ne délivre un congé.

En cas de restructuration ou de reconversion de l'immeuble

Dans certains cas, l'obsolescence du bâtiment est telle que le bailleur envisage sa reconstruction ou sa reconversion. Le fait que les locaux soient loués constitue alors un obstacle dont le bailleur ne peut, en principe, se délester qu'en délivrant au preneur un congé à l'issue de la durée légale minimale de neuf ans.

Toutefois, l'article L. 145-4 alinéa 3 du Code de commerce prévoit un assouplissement de la durée légale en autorisant le bailleur à donner congé à l'expiration d'une période triennale s'il entend « *construire, reconstruire ou surélever l'immeuble existant, réaffecter le local d'habitation accessoire à cet usage, transformer à usage principal d'habitation un immeuble existant par reconstruction, rénovation ou réhabilitation* [le cas de transformation en immeuble d'habitation a été introduit par la loi ELAN] *ou exécuter des travaux prescrits ou autorisés dans le cadre d'une opération de restauration immobilière et en cas de démolition de l'immeuble dans le cadre d'un projet de renouvellement urbain* ».

Quelle que soit l'ampleur des travaux requis pour permettre la mutation de l'immeuble, le statut des baux commerciaux autorise certains aménagements qui en facilitent la réalisation. Par ailleurs, l'article 1195 du Code civil – qui a introduit le mécanisme de la renégociation du contrat en cas de changement de circonstances imprévisibles rendant son exécution particulièrement onéreuse pour l'une des parties (théorie de l'imprévision) – pourrait être invoqué au soutien d'une demande d'adaptation du bail. En pratique, il est toutefois d'usage d'écarter cet article qui confère au juge un pouvoir ultime de révision du contrat en cas d'échec de la négociation entre les parties. Tel n'est en revanche pas le cas lorsque la mutation porte non pas sur le bâtiment, mais sur les modalités de son occupation.

La mutabilité requiert alors de trouver des alternatives au bail commercial.

LES ALTERNATIVES AU BAIL COMMERCIAL

Le statut des baux commerciaux a été conçu pour protéger le commerce et assurer au commerçant une stabilité fondée principalement sur une durée légale minimale de neuf ans et un droit au renouvellement, auquel il ne peut être fait échec qu'en s'acquittant d'une indemnité d'éviction. Cette configuration, unique en Europe, a notamment pour contrepartie des niveaux de loyers élevés.

Ce statut protecteur ne correspond toutefois plus aux attentes de certains utilisateurs, qui réclament plus de flexibilité dans la durée du contrat et l'usage des surfaces. Dans le secteur des bureaux, on pense notamment aux *start-uppers*, auxquels le *co-working* a apporté une réponse, mais le phénomène s'observe également dans le commerce. Ainsi, certaines enseignes n'ayant pas les moyens de s'offrir un emplacement à long terme dans une artère commerciale « prime », ouvrent une boutique éphémère dans des lieux stratégiques pour une durée courte, le temps de se faire connaître. Pour ces utilisateurs, l'immeuble n'est plus seulement « *brick & mortar* », c'est aussi un lieu qu'ils vont investir pour vivre, ou faire vivre, une expérience particulière.

Le bail commercial – centré sur l'immeuble et privilégiant la stabilité – conserve une nature très attractive en raison de son caractère d'ordre public, mais n'est en réalité pas toujours approprié pour répondre à ces nouvelles demandes. On peut donc avoir recours à d'autres types de conventions.

La convention d'occupation précaire ou le bail dérogatoire

Lorsque la mise à disposition des locaux se veut temporaire, le bail commercial est inadéquat. Il est en revanche possible d'opter pour une convention d'occupation précaire ou un bail dérogatoire. Conçus comme des exceptions légales au statut des baux commerciaux, ces deux contrats peuvent être conclus à certaines conditions strictes. La convention d'occupation précaire « *se caractérise, quelle que soit sa durée, par le fait que l'occupation des lieux n'est autorisée qu'à raison de circonstances particulières indépendantes de la seule volonté des parties* » (art. L. 145-5-1 C. com). Cette convention offre l'avantage d'être régie par la seule volonté des parties. Elle échappe à la fois au statut des baux

commerciaux et aux dispositions du droit commun du louage. Le juge dispose en revanche d'un large pouvoir d'appréciation et de requalification du contrat en cas de fraude, de sorte qu'il convient d'être très vigilant dans l'appréciation de la précarité de la situation et dans la rédaction du contrat. La convention d'occupation précaire peut ainsi s'avérer très adaptée lorsque le propriétaire d'un immeuble destiné à être démoli ou restructuré lourdement, est en attente des autorisations administratives définitives. L'obtention des autorisations et l'absence de recours constituent en effet des « *circonstances particulières indépendantes de la seule volonté des parties* » au sens de la loi.

Elle peut également s'avérer utile pour encadrer la mise à disposition de stands et boutiques éphémères dans le mail d'une galerie marchande.

À défaut de situation présentant un élément de précarité suffisant, il est également possible de déroger au statut des baux commerciaux au moyen de baux dont la durée totale ne sera pas supérieure à trois ans. Cette dérogation présente un intérêt lorsque le bailleur, notamment en matière commerciale, entend assurer une rotation régulière des boutiques. La vigilance s'impose toutefois à raison de la durée effective de l'occupation. Au-delà de trois ans, les parties ne peuvent plus conclure un nouveau bail dérogatoire pour exploiter le même fonds dans les mêmes locaux.

Et si, 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 soumis au statut des baux commerciaux (art. L. 145-5 C. com.).

Le contrat de prestations de services

Alors que le statut des baux commerciaux a été créé pour garantir au locataire la pérennité de l'emplacement par le droit au renouvellement et la stabilité financière par l'encadrement du loyer en cours de bail et lors du renouvellement, certains utilisateurs souhaitent aujourd'hui s'affranchir de tout cadre figé et réclament par exemple de pouvoir occuper 100 m² de bureaux pendant six mois, puis 250 m² pendant deux ans ou plus, quitte à payer plus cher. Pour répondre à ces besoins, le bail commercial classique est trop rigide, mais puisqu'il est impératif, il s'applique automatiquement si une activité commerciale est exploitée dans les locaux. Pour pouvoir y échapper, deux formules sont possibles.

Celle du bail civil, qui offre aux parties une liberté rédactionnelle importante, mais qui suppose que l'activité ne puisse être qualifiée de commerciale. En pratique, cela implique que la mise à disposition des surfaces de bureaux ne s'accompagne d'aucun service. Au contraire,

si des services tels que conciergerie, restauration, accueil, sont proposés à l'occupant, l'activité basculera dans la sphère commerciale. Dans ce cas, pour échapper au statut des baux commerciaux, la solution est de conclure un contrat de prestations de services, sous la forme d'un abonnement, en lieu et place d'un bail. Cela suppose que la mise à disposition des locaux soit purement accessoire par rapport aux services proposés, de sorte qu'elle puisse échapper à la qualification de bail et donc au statut. À cet égard, la prépondérance des services et leur existence effective constituent un point de vigilance crucial.

Le statut des baux commerciaux souffre depuis sa création d'une image de rigidité excessive, peu compatible *a priori* avec la flexibilité attendue aujourd'hui. Force est de constater qu'il est capable d'adaptation et que cette confrontation permet également de mettre en lumière d'autres types de contrats. Cette situation, comme tant d'autres, illustre parfaitement la souplesse du droit français. Ainsi que le proclamait Carbonnier « *Le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite* ».

The particularity of French commercial leases is that they were designed to protect the tenants by ensuring the stability of their right of occupation and the financial conditions of the lease. In the service sector, it is the most widespread contract because of its fundamentally mandatory nature. Faced with the challenges of the mutability of buildings, which require work to be carried out, a commercial lease is sufficiently flexible

for the lessor. On the other hand, as far as adapting the way premises are used to achieve greater flexibility is concerned, the status of commercial leases has proved too rigid. However, the parties can turn to other types of contracts, such as the conditional lease agreement, the short-term lease or a service provider contract.

