

Le décret tertiaire et ses impacts en matière de bail commercial

Amélie Pinçon, Avocat associé, chargée du département droit immobilier, cabinet ADVANT ALTANA

*
**

L'essentiel

Le décret n° 2019-771 du 23 juillet 2019, dit « décret tertiaire », est le fruit d'un constat : le secteur de l'immobilier tertiaire représenterait environ 15 % des consommations énergétiques françaises.

Pour répondre aux enjeux de rénovation énergétique auxquels doit aujourd'hui faire face le parc tertiaire, le décret tertiaire et ses arrêtés successifs ont mis en place trois obligations principales incombant aux propriétaires et occupants de bâtiments de plus de 1 000 m² hébergeant une activité tertiaire : la réduction du niveau de consommation d'énergie, la communication des données de consommation d'énergie sur la plateforme dédiée « OPERAT » et l'annexion au contrat de bail d'une « évaluation du respect de l'obligation ».

Le décret tertiaire oblige ainsi tant les bailleurs que les preneurs à bail à déterminer dès aujourd'hui quels seront les dispositifs les plus opportuns à mettre en place pour remplir les objectifs fixés, afin d'éviter de se voir infliger les sanctions prévues par les textes.

Etude

Le décret tertiaire témoigne du rôle que doit jouer l'immobilier dans la quête de sobriété énergétique ainsi que de la nécessité pour le parc tertiaire de se montrer résilient et innovant face aux nouveaux défis environnementaux.

Le décret tertiaire, à travers son dispositif « Éco Énergie Tertiaire », impacte les baux commerciaux à plusieurs titres.

Une présentation générale du décret précédera la présentation des objectifs de réduction du niveau de consommation d'énergie, suivie des impacts concrets du décret tertiaire sur les baux commerciaux.

Présentation générale

Les enjeux du décret tertiaire

Entré en vigueur le 1^{er} octobre 2019, le décret n° 2019-771 du 23 juillet 2019, dit « décret tertiaire », précise les nouvelles obligations régissant les bâtiments tertiaires en matière de réduction des consommations d'énergie. Il précise les modalités d'application de l'article 175 de la loi « ÉLAN » du 23 novembre 2018 venu créer l'article L. 174-1 du code de la construction et de l'habitation.

Plusieurs arrêtés et un décret modificatif ont précisé les conditions de mise en oeuvre du décret tertiaire.

Tout d'abord, l'arrêté, dit « Méthode », du 10 avril 2020, qui détaille les dispositions prévues pour moduler ces objectifs de réduction ainsi que les modalités de calcul de réduction des consommations d'énergie. Puis, le décret n° 2021-1271 du 29 septembre 2021, qui a apporté quelques modifications notamment aux articles R. 174-27 et R. 174-28 du code de la construction et de l'habitation. Un arrêté du même jour est venu apporter des modifications mineures. Enfin, l'arrêté du 13 avril 2022, dit « Valeurs absolues II » qui complète et modifie l'arrêté « Méthode » et détermine les niveaux maximums des consommations d'énergie finale pour 2020 dans certaines catégories d'activité des bâtiments à usage tertiaire.

Le décret tertiaire a mis en place trois obligations principales :

- une obligation de réduction du niveau de consommation d'énergie pour atteindre les objectifs ;

- une obligation de communication des données de consommation d'énergie sur la plateforme dédiée OPERAT ;
- une obligation d'annexer au contrat de bail une « évaluation du respect de l'obligation ».

Le décret tertiaire est le fruit d'un constat : les consommations énergétiques du secteur immobilier sont élevées. En effet, les secteurs du bâtiment et de l'immobilier tertiaire représentent à eux seuls respectivement 45 % et 15 % des consommations énergétiques françaises et 25 % et 10 % des émissions de CO₂. Environ 800 millions de mètres carrés estimés de parc tertiaire seraient assujettis à la réglementation à ce jour.

Le calendrier d'application

Entré en vigueur le 1^{er} octobre 2019, le décret tertiaire a vu son calendrier d'application bousculé du fait de la crise sanitaire.

En effet, l'échéance pour la déclaration des données de consommation sur la plateforme OPERAT, pour les consommations des années 2020 et 2021 ainsi que celles de l'année de référence, initialement fixée au 30 septembre 2022, a été reportée au 31 décembre 2022. Les déclarations des consommations de 2022 seront quant à elles effectuées au plus tard le 30 septembre 2023, date à laquelle la première attestation numérique sera générée sur la plateforme OPERAT.

Les assujettis devront par ailleurs déposer au plus tard le 30 septembre 2026 leur dossier technique de modulation s'ils souhaitent s'en prévaloir.


Enfin, la première vérification du respect des objectifs de réduction du niveau de consommation interviendra le 31 décembre 2031.

Le champ d'application

Sont concernés par les dispositions du décret tertiaire les bâtiments, parties de bâtiment ou les ensembles de bâtiments existants d'une surface de plancher supérieure ou égale à 1 000 m² et hébergeant une activité tertiaire marchande ou non marchande.

Il faut préciser que la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021, dite « loi Climat et résilience », a étendu les obligations du décret tertiaire à l'ensemble des bâtiments existants et non plus seulement aux bâtiments existants au jour de la publication de la loi ÉLAN du 24 novembre 2018 de sorte que les bâtiments neufs sont également concernés.

Le bâtiment en question doit héberger exclusivement des activités tertiaires ou mixtes sur une surface de plancher supérieure ou égale à 1 000 m². À noter que les surfaces de plancher consacrées à des activités non tertiaires accessoires aux activités tertiaires sont également comptabilisées. Sont également concernés les ensembles de bâtiments situés sur une même unité foncière ou sur un même site, dès lors que ces bâtiments hébergent des activités tertiaires sur une surface de plancher cumulée supérieure ou égale à 1 000 m². Par exemple, dès lors qu'un immeuble de logements comprend également des activités tertiaires telles que des bureaux et un cabinet médical pour une surface supérieure à 1 000 m², les dispositions du décret tertiaire trouvent à s'appliquer. Par ailleurs, il convient de noter que le seuil de 1 000 m² est inférieur à celui mis en place par l'article L. 125-9 du code de l'environnement concernant l'annexe environnementale des baux, qui s'applique aux bâtiments de plus de 2 000 m² à usage de bureaux ou de commerces. Ce choix du législateur s'explique par une volonté de couvrir une part plus significative du parc tertiaire, permettant de viser 68 % du parc tertiaire contre 46 % pour l'annexe environnementale.

Le propriétaire tout comme l'occupant sont assujettis aux obligations introduites par le décret tertiaire. Si cette notion d'assujetti a pu être critiquée, le Conseil d'État a dans un arrêt récent du 17 novembre 2022  (1) retenu que cette notion, précisée par les arrêtés des 24 novembre 2020 et 29 septembre 2021, n'emporte pas violation des objectifs à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité [mev] [/mev] de la norme.

L'arrêté du 24 novembre 2020 est venu préciser ce qu'il fallait entendre par « activité tertiaire », définie comme « une activité économique (marchande ou non marchande) qui ne relève pas du secteur primaire ou du secteur

secondaire ».

Les activités marchandes du secteur tertiaire sont notamment le commerce, les transports, les activités financières, les services rendus aux entreprises et aux particuliers, l'hébergement, la restauration, l'information-communication et l'immobilier.

Ce même arrêté a également précisé les contours de la notion de « locaux d'activité », qui comprennent : les bureaux, les locaux professionnels, les commerces, les établissements d'enseignement, de santé, les locaux sportifs, culturels, ou encore les entrepôts. L'article R. 174-22 du code de la construction et de l'habitation a expressément exclu du champ d'application du décret tertiaire notamment les activités culturelles et les activités opérationnelles à des fins de défense, de sécurité civile ou de sûreté intérieure du territoire.

Les objectifs de réduction du niveau de consommation d'énergie

Niveaux de réduction en valeur relative ou valeur absolue

Les niveaux de réduction des consommations énergétiques des bâtiments du parc tertiaire s'expriment soit en valeur relative soit en valeur absolue.

Les objectifs exprimés en valeur relative obligent l'assujetti à diminuer son niveau de consommation d'énergie par rapport à une année de référence postérieure à 2010, de 40 % en 2030, de 50 % en 2040 et de 60 % en 2050.

Si l'assujetti choisit de répondre aux objectifs exprimés en valeur absolue, il devra respecter le niveau de consommation énergétique fixé pour sa catégorie d'activité. Ces valeurs sont fixées par les arrêtés dits « Méthode », « Valeurs absolues I » et « Valeurs absolues II ». Nous sommes toujours dans l'attente d'un arrêté « Valeurs absolues III ».

Les stratégies de modulation et de mutualisation de ces objectifs à l'échelle du patrimoine

Ces objectifs peuvent être modulés en fonction notamment :

- de contraintes techniques, architecturales ou patrimoniales relatives aux bâtiments concernés telles que par exemple un risque de pathologie du bâti, un classement ou une inscription au titre des monuments historiques, la sécurité des biens et des personnes, etc. ;
- de modification de l'activité exercée dans les bâtiments ou du volume de cette activité ;
- des coûts de travaux manifestement disproportionnés par rapport aux avantages attendus en termes d'économie d'énergie finale ;
- des variations climatiques.

Il est également possible de mutualiser ces objectifs à l'échelle de tout ou partie du patrimoine. En effet, pour un patrimoine qui comprend un bâtiment A et un bâtiment B, il sera possible de réaffecter les points supplémentaires (dépassant les objectifs fixés) afin qu'ils soient appliqués au bâtiment se situant en-dessous du seuil. Par exemple, si le bâtiment A a réduit sa consommation de 50 % entre 2010 et 2030, soit 10 points au-dessus de l'objectif fixé, alors que le bâtiment B ne l'a réduite que de 30 %, soit 10 points en-dessous de l'objectif fixé, les 10 points supplémentaires du bâtiment A pourront être réaffectés à B. Ainsi l'objectif serait respecté à l'échelle du patrimoine.

Le suivi du respect de ces objectifs : la transmission des données sur la plateforme numérique

Les données de consommation doivent être déclarées sur la plateforme numérique de recueil et de suivi des consommations d'énergie « OPERAT ». Cette plateforme, gérée par l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME), vérifie et opère un suivi du respect des objectifs, génère automatiquement une attestation numérique annuelle et réalise une « évaluation Éco Énergie Tertiaire » du bâtiment, notamment.

Conformément à l'article R. 174-27 du code de la construction et de l'habitation, les données devant être transmises

sont multiples : activités tertiaires exercées, surface, consommations annuelles par type d'énergie et par bâtiment, année de référence et consommation de référence associée, indicateur d'intensité d'usage pour déterminer l'objectif de réduction du niveau de consommation d'énergie, causes de modulation des objectifs, consommation d'énergie finale liée à la recharge des véhicules électriques ou hybrides rechargeables, mutualisation à l'échelle du patrimoine, pour ne citer qu'elles.

Les sanctions

Les sanctions prévues concernent deux cas de figure : la non-transmission des données sur la plateforme et le non-respect des objectifs.

En cas de défaut de transmission des données sur la plateforme, le préfet pourra mettre en demeure l'assujetti de respecter ses obligations dans un délai de trois mois. À défaut de transmission des données dans ce délai, la sanction prévue est la publication sur un site internet des services de l'État du document retraçant les mises en demeure restées sans effet : il s'agit du « Name and shame ». Cette sanction assez inédite en droit français ne sera pas sans conséquence sur les politiques dites « RSE / ESG » des entreprises concernées.

En cas de non-respect des objectifs, le préfet pourra mettre en demeure le propriétaire et le preneur d'établir ensemble un programme d'actions. À défaut de transmission du plan d'actions dans un délai de six mois, le préfet pourra mettre en demeure l'assujetti d'établir un programme d'actions, dans un délai de trois mois. À défaut de transmission du plan d'actions individuel dans ce délai, l'assujetti se verra infliger une amende administrative pouvant aller jusqu'à 1 500 € pour les personnes physiques et 7 500 € pour les personnes morales par bâtiment concerné. Il est également prévu la publication d'un document retraçant les mises en demeure restées sans effet sur un site internet de l'État (« Name and shame » ici encore).

À toutes fins utiles, il est rappelé que la vérification des objectifs aura lieu pour la première en 2031, en 2041 pour la deuxième et en 2051 pour la troisième.

Les impacts du décret tertiaire sur les baux commerciaux

Un impact pour l'ensemble des parties, preneur comme bailleur

Les articles L. 174-1, R. 174-22 et R. 174-28 du code de la construction et de l'habitation prévoient qu'il incombe aux propriétaires et le cas échéant aux preneurs à bail de respecter les obligations introduites par le décret tertiaire.

Cette co-responsabilité va de pair avec une convergence des intérêts entre le bailleur et le preneur. En effet, dès lors que le bâtiment est énergétiquement performant, son attractivité sur le marché est renforcée, les charges acquittées par le preneur sont réduites, ce qui devrait l'inciter à adopter de nouveaux comportements économes en énergie et permettra ainsi le respect des objectifs fixés par les textes.


On relève trois leviers d'amélioration de la performance énergétique d'un bâtiment, se répartissant entre le bailleur et le preneur :

- la rénovation énergétique du bâtiment lui-même ;
- l'installation d'équipements performants ;
- le mode d'occupation du bâtiment, c'est-à-dire les modalités d'exploitation et l'adaptation des comportements de l'utilisateur.

La répartition des obligations de transmission des données sur la plateforme numérique et les modalités pratiques à prévoir

Tant le propriétaire que le preneur à bail peuvent renseigner les données de consommation d'énergie sur la plateforme OPERAT. « L'assujetti référent » est la personne qui crée un compte sur la plateforme, déclare son patrimoine et renseigne ses données de consommation d'énergie. Cet assujetti peut également ouvrir un compte secondaire pour son usage interne ainsi que pour celui de ses prestataires dont il a défini les droits et déléguer ses droits à des personnes compétentes telles que des correspondants, des responsables techniques et immobiliers ou encore des exploitants.

Les parties doivent donc définir leurs obligations respectives en lien avec la transmission des données dans le contrat de bail. Déterminer qui du bailleur ou du preneur aura la charge de déclarer les données sur la plateforme dépendra du mode d'exploitation de l'immeuble (mono ou multi-utilisateur, copropriété, configuration des parties communes) et de l'organisation interne propre au bailleur. Cette obligation de transmission peut être encadrée par le contrat de bail et assortie, le cas échéant, de sanctions contractuelles telles que des pénalités, des mises en demeure, et ce jusqu'à l'application de la clause résolutoire, enfin la mise en place d'un mandat auprès des concessionnaires.


Le texte exige également que les propriétaires et les preneurs à bail se communiquent mutuellement les consommations annuelles énergétiques réelles de l'ensemble des équipements et des systèmes dont ils assurent respectivement l'exploitation (2).

Renforçant le devoir d'information du bailleur, l'article L. 174-1, II du Code de la construction et de l'habitation a mis en place l'obligation d'annexer, à tout contrat de bail concerné, une « évaluation du respect de l'obligation ». Cette annexe sera établie à l'aide de l'attestation numérique générée chaque année par la plateforme OPERAT et devra être articulée avec l'état prévisionnel des travaux du bailleur, ainsi que le DPE et l'annexe environnementale. La déclaration des consommations de l'année[mev] [/mev]2022, attendue au 30 septembre 2023 au plus tard, sera la première déclaration à engendrer la production d'une attestation annuelle accompagnée d'une notation « Éco Énergie Tertiaire ».


À ce jour, aucune sanction légale n'est prévue en cas de manquement à cette obligation d'annexion. Toutefois, les sanctions du droit commun des contrats pourront éventuellement être appliquées, comme par exemple la nullité du contrat pour réticence dolosive sur le fondement des articles 1112-1 et 1137 du code civil ou encore la réduction proportionnelle du prix du loyer sur le fondement de l'article 1223 du code civil.


Enfin, il convient de préciser que l'article R. 174-32 du code de la construction et de l'habitation impose que cette attestation fasse l'objet d'une publication, réalisée soit par voie d'affichage, à un endroit visible et facilement accessible, soit par tout autre moyen pertinent au regard de l'activité tertiaire, des personnels et éventuellement du public concernés, permettant un accès aisé à l'information.

La répartition des obligations de réalisation des travaux de performance énergétique

Les travaux d'amélioration de la performance énergétique qui seraient devenus obligatoires seront vraisemblablement qualifiés de travaux de « mise en conformité », comme ce fut le cas en matière de sécurité incendie (3).

Ils pourront donc être refacturés au preneur, sous une double réserve :

- à condition, premièrement, que la clause transférant cette charge au preneur soit suffisamment claire et précise, comme l'a récemment rappelé la Cour de cassation en matière d'isolation phonique (4) ;



- à condition, deuxièmement, qu'il ne s'agisse pas de travaux relevant des grosses réparations de l'article 606 du code civil, auquel cas il ne sera pas possible de les refacturer au preneur, sauf si le bail commercial a été signé avant le 5 novembre 2014 (5).

Le décret n° 2020-887 du 20 juillet 2020, dit décret « BACS » (Building Automation & Control Systems), fournit quelques exemples de travaux à venir déjà envisagés par le législateur. Ce décret prévoit d'équiper les bâtiments tertiaires non résidentiels, neufs et existants, dont la puissance nominale utile est supérieure à 290 kW, d'un système d'automatisation et de contrôle d'ici le 1^{er} janvier 2025. Cette installation contribue à atteindre les objectifs fixés par le décret tertiaire en matière de réduction des consommations énergétiques. Toutefois, un projet de décret qui était en consultation publique jusqu'au 12 décembre 2022 a laissé supposer que cette obligation pourrait être étendue aux bâtiments tertiaires dont la puissance nominale utile est supérieure à 70 kW à partir du 1^{er} janvier 2027 pour les bâtiments existants et un an après sa publication pour les bâtiments neufs.

Enfin, les parties au bail devront aussi convenir de la prise en charge des autres dépenses occasionnées par l'amélioration de la performance énergétique, qui pourront être refacturées au preneur sous réserve que la clause prévoyant cette refacturation soit suffisamment claire et précise, telles que les frais d'audit, d'études, de


rémunération des prestataires extérieurs notamment pour les déclarations OPERAT, etc.

L'impact des travaux de performance énergétique sur le prix du loyer de renouvellement

La réalisation de travaux de performance énergétique et plus généralement l'amélioration de la performance énergétique des locaux loués en cours de bail pourrait entraîner le déplaçonnement du loyer du bail renouvelé à raison de la modification des caractéristiques du local  (6) ou encore constituer des améliorations  (7).

Dans ce cas, le loyer du bail renouvelé pourrait être automatiquement déplaçonné sauf clause contraire prévue au bail car nous rappelons que les conditions de fixation du montant du loyer de renouvellement ne sont pas d'ordre public.

La réalisation des travaux de performance énergétique pourrait également avoir un impact sur la valeur locative des locaux loués lors des renouvellements des baux.

Les obligations découlant de la loi et génératrices de charges pourront être invoquées par le preneur pour prétendre à une réduction de la valeur locative dès lors que le preneur a assumé l'entière charge des travaux ; le juge pourrait dès lors considérer que leur coût doit venir en réduction de la valeur locative  (8). Au contraire, le bailleur pourrait prétendre que les travaux de performance énergétique qui auraient profité au preneur constituent un élément important de valorisation du bâtiment pour prétendre à une augmentation de la valeur locative.

En conclusion, nous faisons le constat que les impacts du décret tertiaire sont d'ores et déjà immédiats, en contraignant les parties au contrat de bail à prendre en considération les obligations de déclaration des consommations mais aussi à envisager un échelonnement des mesures de réduction des consommations d'énergie. Le décret tertiaire oblige ainsi tant les bailleurs que les preneurs à déterminer dès aujourd'hui quels seront les dispositifs les plus opportuns à mettre en place afin de remplir au mieux les objectifs fixés. Une réflexion qui invite les parties au contrat à collaborer et à travailler conjointement pour la transformation énergétique du bâtiment exploité. Les impacts seront aussi importants à long terme sur les valeurs locatives et les loyers, notamment en fonction de l'atteinte ou non des objectifs de réduction des consommations énergétiques. Des impacts financiers qui à n'en pas douter façonneront les nouvelles pratiques à venir.

Mots clés :

ENVIRONNEMENT * Énergie * Économie d'énergie * Bâtiment * Bâtiment existant à usage tertiaire * Performance énergétique



CONSTRUCTION * Généralités * Performance énergétique


BAIL EN GENERAL * Généralités



(1) CE 17 nov. 2022, n° 454140 .

(2) CCH, art. R. 174-28 .



(3) Civ. 3^e, 16 nov. 2022, n° 21-10.016 .

(4) Civ. 3^e, 29 juin 2022, n° 21-14.482 , AJDI 2022. 614 .

(5) C. com., art. R. 145-35 , 1^o ; Décr. n° 2014-1317 du 3 nov. 2014, art. 8.

(6) C. com., art. L. 145-33  et L. 145-34 .

(7) C. com., art. R. 145-8 .

(8) Civ. 3^o, 24 nov. 2021, n° 20-21.570 , AJDI 2022. 124  .