

Résidences de tourisme, résidences hôtelières et hôtels : les baux évoluent

Les baux commerciaux et le droit des contrats qui régissent hôtels, résidences hôtelières, résidences de tourisme et restaurants constituent des enjeux juridiques et économiques essentiels. En ce sens, la loi Pinel de 2014 représente un bouleversement législatif majeur pour les bailleurs et les locataires.

Par **Christopher Boinet** et **Anne Epinat**, Avocats au Barreau de Paris, Associés, In Extenso Avocats.

Il y a plus de 17 000 hôtels en France, 2 400 résidences de tourisme, de nombreuses résidences hôtelières, un nombre considérable de restaurants et beaucoup de ces établissements sont exploités via des baux commerciaux. Les enjeux juridiques et économiques sont essentiels pour les bailleurs et les locataires dont c'est le principal actif.

Depuis trois ans, des réformes majeures sont intervenues pour modifier en profondeur le statut des baux commerciaux et le droit des contrats, inchangés depuis des décennies. Le Législateur s'est inspiré des rapports locatifs sur les baux d'habitation en cherchant à encadrer et à rééquilibrer les rapports entre bailleurs et locataires.

La loi Pinel n° 2014-626 du 18 juin 2014 et son décret d'application du 3 novembre 2014 ont bouleversé les rapports locatifs commerciaux en faveur du locataire. C'est le changement législatif le plus important dans le domaine des baux commerciaux depuis plus de soixante ans, depuis le décret du 30 septembre 1953 qui avait fixé les règles applicables en la matière.

La loi Macron (n° 2015-990 du 6 août 2015) a, en outre, notamment assoupli le formalisme du congé. À cela est venu s'ajouter le décret n° 15-282 du 11 mars 2015, qui impose de rechercher un accord amiable avant d'engager une action sur le plan judiciaire, et qui a une application spécifique pour les baux commerciaux et donc pour les baux hôteliers.

Enfin, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 vient de modifier depuis le 1^{er} octobre 2016 le droit des obligations et des contrats, incluant donc les baux commerciaux et hôteliers.

Nous en avons tiré divers enseignements propres aux baux commerciaux conclus dans le cadre de l'exploitation des hôtels, des résidences hôtelières, des résidences de tourisme et des restaurants.

Exergue 1 : Des règles locatives différentes pour chaque type d'établissement.

De fait, ces trois types d'hébergement ne sont pas systématiquement assujettis aux mêmes règles locatives.

Bail commercial : obligations renforcées lors de la conclusion et de l'exécution d'un contrat

L'ordonnance du 10 février 2016 (applicable depuis le 1^{er} octobre 2016) a inscrit dans le Code civil l'obligation à la fois de négociation de bonne foi (article 1104 nouveau du Code civil) l'indemnisation de la rupture des pourparlers et la protection des informations confidentielles échangées lors des négociations. Bien plus, l'ordonnance introduit un droit général d'information (article 1112-1 nouveau du Code civil).

C'est un point sensible au moment de la livraison des locaux au locataire d'établissement d'exploitation comme un hôtel ou une résidence (tourisme ou hôtellerie), ou encore un restaurant. Ces modifications, même si elles sont d'ordre public (c'est-à-dire qu'on ne peut pas y déroger), vont renforcer la pratique déjà dégagée par la Jurisprudence.

La réforme principale est désormais liée à l'admission de « l'imprévision » permettant au juge d'adapter un contrat en cas de changements de circonstances, imprévisibles lors de la conclusion de la convention, et rendant son exécution par une partie particulièrement onéreuse. D'une façon générale, la Cour de cassation considère que ce n'est pas l'imprévu qui doit être pris en compte, mais l'imprévisible, c'est-à-dire « *ce qui ne pouvait raisonnablement être prévu par le débiteur de l'obligation, lorsqu'il a contracté* ».

On peut penser ici aux cas où le loyer est parfois surévalué à l'origine et où l'équilibre économique du contrat de bail est fragile. Le loyer peut devenir excessif par suite de circonstances économiques ou techniques extérieures au preneur.

1^{er} enseignement

La révision d'un bail commercial par le Juge pour cause d'imprévision devra tenir compte de la valeur locative des locaux, référence incontournable et d'ordre public en matière de baux commerciaux lorsqu'il existe une difficulté sur la détermination du loyer.

L'imprévision, supposée permettre au juge de rétablir un équilibre économique dans les rapports des parties, va se heurter à un impératif de valeur locative, alors que celle-ci peut rester trop élevée par rapport aux contraintes économiques « imprévisibles » rencontrées par le preneur qui ne peut plus faire face à ses charges.

La nouveauté légale de l'imprévision, véritable révolution au regard du droit applicable jusqu'alors, rencontre ici une première limite en matière de baux commerciaux (relatifs aux hôtels, aux résidences hôtelières, aux résidences de tourisme et aux restaurants).

Avant la loi Pinel de 2014, il était possible de prévoir, dans le bail, une période de location ferme (par exemple, neuf ans) au cours de laquelle le preneur à bail ne pouvait pas sortir.

Depuis la loi Pinel, l'article L 145-4 du Code de commerce, modifié, impose la faculté de résiliation triennale du preneur, sauf dans quatre cas, dont :

- les baux conclus pour une durée supérieure à neuf ans, les baux des locaux à usage exclusif de bureaux et les locaux de stockage ;
- les baux de locaux construits en vue d'une seule utilisation ou monovalents.

Rien ne change donc pour les baux hôteliers relatifs à des locaux considérés comme monovalents.

La loi Pinel n'a pas modifié non plus le régime des résidences de tourisme, qui ont une place à part, car la durée du bail fait l'objet de dispositions particulières (article L.145-7-1 du Code de commerce et article L.321-1 du Code du tourisme) prévoyant un bail ferme d'au moins neuf ans.

2^e enseignement

Les baux des résidences de tourisme sont toujours des baux d'une durée ferme de neuf ans.

Les baux des résidences hôtelières et des restaurants ne peuvent jamais être des baux d'une durée ferme et doivent permettre au preneur de résilier le bail de façon triennale.

Les baux des hôtels, locaux habituellement considérés comme « monovalents », peuvent être ou non d'une durée ferme, selon les accords des parties.

On peut cependant s'interroger sur la « monovalence » de certains des hôtels soumis au régime de la copropriété et qui comportent des studios pouvant être convertis en résidence hôtelière, voire en locaux d'habitation, ouvrant droit à un régime de droit commun.

Avec ces trois quatre types d'établissements, on dispose de trois régimes de durée du bail commercial.

La faculté de résiliation triennale offerte au locataire

Loi Pinel et plafonnement du déplafonnement sur les loyers des baux révisés et renouvelés

En principe, les loyers commerciaux de droit commun sont plafonnés lors de la révision du bail et au moment de son renouvellement. En cas de révision des loyers, conformément à l'article L.145-38 du Code de commerce (révision triennale) et L.145-39 (variation du loyer de plus de 25 % par rapport au loyer initial), la variation du loyer qui en découle peut conduire à de fortes augmentations pour le locataire et à une application de la totalité de l'augmentation du loyer dès la première année.

La loi Pinel prévoit que le déplafonnement du loyer (rien n'est précisé quand c'est à la baisse) ne peut pas entraîner d'augmentation, pour une année, supérieure à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédente. Pour le loyer du bail renouvelé, le lissage s'appliquera également aux baux d'une durée supérieure à neuf ans.

Avec ce mécanisme, le loyer fixé par suite de déplafonnement ne verra pas son montant limité mais sera étalé par seuils de 10% par an, par rapport au dernier loyer acquitté, jusqu'à atteindre le montant fixé.

3^e enseignement

Cette mesure-phare de la loi Pinel ne s'applique pas aux locaux dits « monovalents », c'est-à-dire construits en vue d'une seule utilisation. En principe, les hôtels sont considérés comme des locaux monovalents.

En renouvellement ou en révision des baux, les loyers sont déplafonnés. La variation du loyer qui en découle peut parfois conduire à de fortes augmentations pour le locataire et à une application de la totalité de l'augmentation du loyer dès la première année, comme auparavant.

Les modalités de l'application de l'augmentation du loyer déplafonné seront donc différentes pour les résidences hôtelières, résidences de tourisme et restaurants d'une part (lissage par paliers de 10%) et les hôtels (application immédiate du nouveau loyer). Sur ce point encore, la question se pose du caractère « monovalent » des hôtels soumis au régime de la copropriété.

Dans tous les cas, nous recommandons de bien faire expertiser amiablement en amont la valeur locative des baux avant toute négociation.

Loi Pinel et baux commerciaux : assouplissement du formalisme encadrant le congé

Avant la réforme Pinel, le congé devait obligatoirement prendre la forme d'un acte d'huissier. Le législateur a assoupli les règles de forme des congés. Ainsi, l'article L.145-9 du Code de commerce dispose que le congé peut désormais être délivré par lettre recommandée avec accusé de réception (LRAR) ou par acte d'huissier. La date du congé est celle de la première présentation de la LRAR (article R.145-1 du Code de commerce).

Rien ne change néanmoins pour le locataire qui entend demander un renouvellement de son bail. Seul l'acte d'huissier est valable.

4^e enseignement

Quel que soit le type d'exploitation (hôtel, résidence hôtelière, résidence de tourisme, restaurants) nous recommandons de continuer à recourir aux actes par huissier, aussi bien pour les congés que pour les demandes de renouvellement, pour éviter les risques inutiles de contentieux liés aux mentions légales visées à l'article L.145-9 du Code de commerce et notamment aux dates de réception de la LRAR.

Exergue 2 : La loi Pinel de 2014 institue de nouvelles répartitions de charges.

Loi Pinel et suppression de référence à l'indice ICC pour les révisions de loyer

Les indices des loyers commerciaux (ILC, y compris dans les centres commerciaux) ou indices des loyers des activités tertiaires (ILAT, indice de référence pour les activités tertiaires, les locaux d'activités et de logistique) sont devenus la référence légale pour l'encadrement de l'évolution des loyers des baux commerciaux.

5^e enseignement

L'indice ILC était déjà largement appliqué pour les baux commerciaux ; il n'y a donc pas de véritable changement. En outre, l'indice du coût de la construction (ICC) peut toujours être utilisé dans les clauses d'échelle mobile.

Cela risque toutefois de poser des problèmes pour concilier les modes de calcul en cas de révision triennale demandée en plus de l'indexation annuelle.

Réforme Pinel et nouvelle répartition des charges entre bailleur et locataire

Avant la réforme Pinel, aucune disposition légale n'existait sur la nouvelle répartition des charges entre bailleur et locataire. Cette répartition était libre. À défaut, les parties faisaient référence aux règles du Code civil, ce qui pouvait être une source de contentieux.

Le décret du 3 novembre 2014 a bouleversé la réglementation existante et a imposé un inventaire précis et limitatif des charges, impôts taxes et redevances à annexer au bail. Le bailleur doit transmettre au preneur un récapitulatif de ses charges chaque année.

Dorénavant, l'article L.145-40-2 du Code de commerce dispose que, lors de la conclusion du bail, puis tous les trois ans, le bailleur doit fournir un état prévisionnel des travaux dans les trois années suivantes, assorti d'un budget prévisionnel, et un état récapitulatif des travaux réalisés dans les trois années précédentes, assorti de leur coût.

En outre, c'est la fin des baux «triple net» pour les bailleurs (à savoir : la pratique du bail net de toutes charges pour le bailleur, quelles qu'elles soient). Il est désormais prohibé aux bailleurs de faire supporter aux preneurs la charge des gros travaux prévus par l'article 606 du Code civil, ainsi que les honoraires liés à la réalisation de ces travaux « *ayant pour objet de remédier à la vétusté ou de la mise en conformité* » lorsqu'il s'agit de gros travaux, c'est-à-dire des travaux touchant à la structure de l'immeuble (article R.145-35 du Code de commerce). Ce sera notamment le cas pour l'installation d'ascenseurs ou d'élargissement des portes d'accès à l'établissement dans le cadre d'une mise

aux normes pour les personnes à mobilité réduite (PMR).

Le bailleur peut laisser à la charge du locataire le coût des travaux d'embellissement dont le montant excède le coût du remplacement à l'identique. La question épineuse des embellissements (dans les hôtels, les résidences hôtelières, les résidences de tourisme ou les restaurants) et l'enjeu financier qui en résulte vont soulever un débat judiciaire, expertises à l'appui, autour :

- de la qualification de la nature des travaux en cause, qui sera déterminante pour résoudre la question de leur prise en charge ;
- du coût des travaux. Ce coût devra systématiquement être évalué pour être comparé à celui du remplacement à l'identique des biens ou des équipements en cause.

La charge des impôts, taxes et redevances supportés par les bailleurs ne peut être transférée au preneur que s'ils sont liés directement ou indirectement à l'usage du local ou à un service bénéficiant au locataire. Concrètement, pour les bailleurs, cela va entraîner une augmentation des charges de toute nature et des impôts qui resteront à leur charge ainsi qu'un surcroît de coût de gestion des immeubles avec des travaux administratifs et comptables annuels supplémentaires.

Les règles relatives à la répartition des charges visées à l'article nouveau L.145-40-2 Code de commerce deviennent d'ordre public.

Les parties ne peuvent donc pas déroger aux règles relatives à la répartition des charges, taxes et impôts. Toute clause contraire à ces dispositions serait réputée non écrite comme en dispose l'article L.145 - 15 du Code de commerce. La vigilance est recommandée pour la négociation et la rédaction des baux à venir et des baux renouvelés auxquels les modifications seront applicables.

6^e enseignement

Ces nouvelles dispositions présentent une importance capitale pour les baux conclus pour les hôtels, les résidences hôtelières, les résidences de tourisme et les restaurants.

En effet, auparavant la majeure partie des baux transférait traditionnellement au locataire la charge financière importante des travaux et des mises aux normes. A priori, c'est donc le locataire qui prendra l'initiative de modifier le contrat à cet égard lors du renouvellement du bail. (voir *texte ci-dessous* « Le bail hôtelier et les travaux favorables aux locataires »).

État des lieux obligatoire à l'entrée et à la sortie des locaux commerciaux

Dorénavant, la loi impose un état des lieux contradictoire lors :

- de la prise de possession des locaux par le locataire aux étapes de la conclusion du bail ;
- de la cession de droit au bail ;
- de la cession ou de la mutation à titre gratuit du fonds ;
- et de la restitution des locaux.

L'état des lieux doit alors être joint au contrat de bail ou, à défaut, conservé par chacune des parties. En cas de désaccord, un huissier de justice peut intervenir et établir un état des lieux à l'initiative de la partie la plus diligente. Les frais sont alors partagés par moitié entre le bailleur et le locataire (article L.145-40-1 du Code de commerce).

7^e enseignement

L'état des lieux (quand il est bien fait) est un élément majeur pour un établissement d'hébergement recevant du public ; Il permettra de contrôler le fait que le bailleur a bien exécuté son obligation renforcée de délivrance, conforme à sa destination et d'entretien de la chose louée, selon la jurisprudence constante applicable (CA Rouen 17 mats 2016 – RG : 15/01605). Cette obligation est particulièrement importante dans le cadre d'un bail en état futur d'achèvement (BEFA) hôtelier ou portant sur un hôtel, une résidence hôtelière ou de tourisme, ou un restaurant, au moment de la livraison et son non-respect génère un contentieux régulier entre bailleurs et locataires.

Le formalisme de l'état des lieux est tout particulièrement important pour chaque partie. Nous recommandons même d'aller au-delà et de procéder à un véritable audit technique complet des locaux

Loi Pinel et droit de préférence légal en cas de vente des locaux loués

La loi Pinel instaure désormais un droit de préférence légal pour le locataire en cas de vente du local dans lequel il exploite son fonds de commerce (article L.145-46-1 du Code de commerce).

8^e enseignement

Ces dispositions n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent les écarter par une clause du bail. Néanmoins ce «plus légal» peut être utile aux preneurs à bail et évitera bien des sujets de négociation et de tension, en dehors du fait qu'il est bien légitime.

Baux de courte durée et allongement du bail dérogatoire

La loi Pinel (article L.145-5 du Code de commerce) a allongé jusqu'à trois ans maximum, au lieu de 24 mois précédemment, la faculté de déroger au statut des baux commerciaux.

9^e enseignement

Cet apport de la loi est mentionné pour mémoire puisque le recours à des baux de courte durée est rarement, voire jamais, pratiqué dans les baux hôteliers ou les baux de résidences de tourisme ou de résidences hôtelières, qui requièrent des investissements importants. Il reste également exceptionnel dans le cadre de restaurants, les restaurateurs cherchant la stabilité de la localisation de leur établissement pour fidéliser la clientèle

Exergue 3 : La commission départementale de conciliation peut être saisie plus facilement.

Le transfert automatique du bail en cas de fusion-scission est de droit

En cas de fusion de sociétés ou d'apport partiel d'actif, le bail est transmis, nonobstant toute stipulation contraire à la société issue de la fusion ou à la société bénéficiaire de l'apport. Ce moyen juridique relatif au transfert de baux ou de fonds de

commerce est relativement aisé à mettre en place. La loi a repris la position de la jurisprudence à cet égard.

10^e enseignement

Cela devrait inciter encore davantage, avec son régime fiscal de faveur et sa simplicité, les restructurations dans le secteur hôtelier (article L.145-16, al. 2 du Code de commerce).

Cession de bail et garantie du vendeur, une limitation à trois ans

Lorsqu'il existe une clause de garantie dans le cadre de la cession du bail, le bailleur doit informer le cédant dans le délai d'un mois de tout défaut de paiement.

Depuis la loi Pinel, la durée de la mise en jeu de la garantie du cédant envers le cessionnaire est fixée à trois ans après la cession du bail, ce qui est très protecteur pour les locataires, tous confondus. Lorsqu'il existe une clause de garantie dans le cadre de la cession du bail, le bailleur doit informer le cédant dans le délai d'un mois de tout défaut de paiement.

11^e enseignement

Cette mesure permettra de limiter l'engagement solidaire du cédant (article L.145-16, al.1 et article L.145-16, al.2 du Code de commerce). La loi ne prévoit pas de sanction en cas de non information dans le délai prévu.

Recours élargi à la Commission départementale de conciliation

Avant la loi Pinel, la Commission départementale de conciliation ne pouvait être saisie que pour les litiges relatifs au déplaçonnement du loyer du bail renouvelé. La loi étend désormais la compétence de cette Commission départementale aux litiges relatifs (Code de commerce – article L.145-35) :

- à la révision triennale du loyer ;
- aux charges et travaux.

Rappel : la Commission départementale de conciliation n'est qu'une étape avant de soumettre le différend au juge des loyers du lieu du bail si aucun accord amiable n'a pu être trouvé. La saisine de la commission demeure facultative.

12^e enseignement

Cette réforme s'inscrit de façon plus générale dans le développement des MARD (Modes alternatifs de règlement des différends) visant à mettre en avant le rapprochement amiable entre les parties, au moyen de médiations, conciliations, droit collaboratif... en évitant le recours à un contentieux.

Ces procédés ont également pour objet de maintenir la communication entre les parties en leur permettant de s'entendre. Ces modes de règlement des différends constituent donc incontestablement un « plus » pour permettre dans les meilleures conditions l'exploitation optimale d'un établissement d'hébergement (hôtel, résidence hôtelière ou résidence de tourisme), dans lequel il est essentiel que l'exploitant puisse entretenir des rapports constructifs pérennes avec son ou ses bailleurs.

Le bail hôtelier et les travaux favorables aux locataires

Pour les baux de droit commun (résidences hôtelières et résidences de tourisme), le preneur ne peut faire de travaux entraînant un changement de distribution des lieux sans l'accord préalable exprès du bailleur.

Les baux hôteliers ont un régime spécifique car ils portent sur des établissements recevant du public (ERP). Le propriétaire d'un immeuble dans lequel est exploité un hôtel ne peut s'opposer, nonobstant toute stipulation contraire, à l'exécution de travaux d'équipement et d'amélioration, que le locataire, propriétaire du fonds de commerce, réalise à ses frais et sous sa responsabilité, lorsque ces travaux concernent les huit cas énumérés par l'article L.311-1 du Code du tourisme, même si les dits travaux doivent entraîner une modification dans la distribution des lieux.

Il existe une autre spécificité de la réglementation en vigueur en matière de sécurité pour les hôtels. En effet, l'article R.123-3 Code de la construction et de l'habitation dispose que *«I es constructeurs, propriétaires et exploitants des établissements recevant du public sont tenus, tant au moment de la construction qu'au cours de l'exploitation, de respecter les mesures de prévention et de sauvegarde propres à assurer la sécurité des personnes ; ces mesures sont déterminées compte tenu de la nature de l'exploitation, des dimensions des locaux, de leur mode de construction, du nombre de personnes pouvant y être admises et de leur aptitude à se soustraire aux effets d'un incendie»*.

Responsabilité solidaire

Il y a donc bien une responsabilité solidaire des constructeurs, propriétaires et exploitants des ERP en matière de sécurité incendie, lourde de conséquences sur le plan général et civil pour chacun.

Enfin, dans le cadre d'un bail hôtelier, notamment en cas d'urgence ou de mise en sécurité, l'exploitant hôtelier peut (presque) tout faire. Lorsqu'il existe une urgence particulière pour que les travaux soient exécutés, les deux conditions de mise en demeure du bailleur et/ou d'autorisation judiciaire sont supprimées (arrêt C. Cass 23 mai 2013). Par exemple, le cas d'un hôtel menacé de fermeture car les travaux imposés par la Commission de sécurité ne sont pas effectués dans les délais par le bailleur à sa charge, en vertu du bail.

Le preneur peut faire réaliser immédiatement les travaux, sans informer le bailleur et sans perdre pour autant son droit au remboursement desdits travaux.