

immobilier durable

BAIL VERT : ÉTAT DES LIEUX

Tout un arsenal législatif est déployé pour améliorer la performance énergétique des immeubles tertiaires. Les constructeurs et les investisseurs suivent. Pour que la chaîne se poursuive entre gestionnaires et locataires, le bail doit se teinter de vert. Avec une charte environnementale, par exemple.

par Jean-Christophe Bouchard¹ et Sarah Lugan²

Le marché actuel de l'immobilier fait face à deux contraintes majeures.

La première résulte de la récession économique et de la pression à la baisse que cette crise entraîne sur les prix des actifs et sur les loyers. Cette contrainte encourage les acteurs du marché de l'immobilier à rechercher prioritairement toute source possible de réduction des coûts.

La seconde provient d'un mouvement général des gouvernements, soutenu par l'opinion publique, tendant à imposer aux acteurs du marché de l'immobilier une amélioration des immeubles au plan environnemental. Cette amélioration s'inscrit principalement dans un cadre de réduction volontariste des dépenses énergétiques. Elle se traduit, comme préalable, par des investissements coûteux.

Recherche d'équilibre. L'équation gagnante consiste à combiner ces deux contraintes pour que les réductions de coût soient suffisamment importantes au regard des dépenses d'investissement nécessaires. À cet égard, il convient de préciser que le mouvement prend deux formes distinctes : d'abord, un mouvement du législateur vers le marché et, ensuite et parallèlement, un mouvement de recherche de cadre juridique contractuel par le marché lui-même.

L'intervention législative est originale dans sa démarche puisque le législateur prend soin, à travers des groupes de travail composés de professionnels éminents, d'avancer par voie de consultation des acteurs du marché de l'immobilier. L'objectif ultime reste cependant le respect des engagements du proto-

cole de Kyoto³, ratifié par la France, ainsi que l'adoption de contraintes de plus en plus fortes par les instances européennes⁴, qui ont imposé au législateur de prendre des mesures significatives d'efficacité énergétique dans le secteur du bâtiment. Ces mesures tendent non seulement à diminuer les consommations d'énergie mais aussi à favoriser des bâtiments dits à « énergie positive », c'est-à-dire produisant plus d'énergie qu'ils n'en consomment.

En parallèle de la politique mise en œuvre par les pouvoirs publics, les acteurs de l'immobilier recherchent par eux-mêmes, à l'instar de certains groupes professionnels anglosaxons (notamment au Royaume-Uni, au Canada et en Australie), l'émergence de nouveaux cadres contractuels autour du développement durable visant à concilier des intérêts qui sont par nature divergents. D'un côté, les propriétaires-bailleurs souhaitent valoriser leur patrimoine immobilier en fonction des référentiels environnementaux (labels, normes, certifications). De l'autre côté, les locataires souhaitent réduire leurs charges, surtout en temps de crise, et bénéficier d'un environnement « sain » tout en communiquant sur une démarche éthique autour du développement durable. La synthèse de cette démarche entre bailleurs et preneurs prend la forme de ce qu'il est convenu désormais d'appeler de manière générique le « bail vert ».

Le présent article dresse un état des lieux, dans une première partie, du contexte législatif très volontariste des pouvoirs publics et, dans une seconde partie, des nouveaux dispositifs juridiques tels que le bail vert créés par les acteurs de l'immobilier.

1. Avocat associé, Cabinet Franklin.

2. Collaboratrice, Cabinet Franklin.

3. Protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques adopté le 11 décembre 1997 (voir www.unfccc.int/resource/docs/convkp/kpfrench.pdf).

4. Directive 89/106/CE du 21 décembre 1988 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant les produits de construction ; Directive 98/34/CE du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques ; Directive 2002/91/CE du 16 décembre 2002 sur la performance énergétique des bâtiments. Résolution « sur la feuille de route pour les sources d'énergies renouvelables en Europe » adoptée par le Parlement européen le 25 septembre 2007, 2007-2090 (INI). Accord politique conclu le 17 novembre 2009 entre le Parlement européen et le Conseil sur la directive performance énergétique des bâtiments, communiqué du 18 novembre 2009.

L'efficacité énergétique au cœur du contexte législatif

Le législateur, dans sa démarche environnementale, s'intéresse au premier chef à l'efficacité énergétique. Le secteur du bâtiment, qui contribue pour près d'un quart aux émissions nationales de gaz à effet de serre et consomme plus de 40 % de l'énergie finale, constitue le chantier prioritaire du législateur dans la lutte contre le changement climatique. La volonté d'intégrer le développement durable dans le secteur du bâtiment dépasse le cadre national et européen pour constituer une réelle prise de conscience planétaire. En France, le législateur poursuit son but par le biais du Grenelle de l'Environnement et des réglementations thermiques.

Le cadre législatif général. La loi Grenelle I prévoit la mise en place d'un plan de rénovation énergétique et thermique des constructions qui a pour objectif la réduction des dépenses énergétiques et des émissions de gaz à effet de serre. Cinq textes mettent en œuvre les dispositions du Grenelle de l'Environnement dans le secteur du bâtiment intégrant, d'une part, des aspects juridiquement contraignants et, d'autre part, des dispositifs d'accompagnement à travers des incitations fiscales :

- ▶ la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'Environnement, dite Grenelle I ;
- ▶ le projet de loi portant engagement national pour l'environnement, dit Grenelle II, adopté en première lecture par le Sénat le 8 octobre 2009 ;
- ▶ la loi de finances pour 2009, n° 2008-1425 du 27 décembre 2008 ;
- ▶ la loi de finances rectificative pour 2009, n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 ;
- ▶ la loi de finances pour 2010, n° 2009-1673 du 30 décembre 2009.

La loi Grenelle I définit un cadre général incluant un calendrier et les objectifs de la France concernant la réduction des consommations d'énergie dans le secteur du bâtiment. Les objectifs du législateur se situent tant au niveau des bâtiments neufs que du parc immobilier existant.

Pour toutes les constructions neuves, la loi Grenelle I a fixé comme objectif, à compter de fin 2012, la généralisation des bâtiments basse consommation (BBC) et, à compter de fin 2020, la généralisation des bâtiments à énergie positive (Bepos¹).

S'agissant du parc immobilier existant, la loi Grenelle I a fixé comme objectif, d'ici à 2020, une réduction des consommations d'énergie du parc des bâtiments existants d'au moins 38 %. Le cadre législatif est très ambitieux puisque 400 000 logements devraient faire l'objet d'une rénovation complète chaque année à compter de 2013, et tous les bâtiments de l'État et ses établissements publics devraient être rénovés avant 2012.

Le projet de loi Grenelle II soulève, en l'état, un certain nombre d'interrogations et de points qui méritent d'être clarifiés. Ainsi, le droit à la propriété privée posé à l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est-il respecté quand on oblige les grandes copropriétés dotées d'un système de chauffage collectif à s'engager dans la signature d'un contrat de performance énergétique ou quand on donne à toute copropriété la faculté de voter des travaux de rénovation thermique, y compris dans les parties privatives ?

Les lois de finances instaurent des incitations fiscales, pour l'essentiel des aides pour les logements des particuliers.

La réglementation thermique et énergétique. Puisque les objectifs du législateur portent principalement sur la consommation énergétique, il convient de présenter l'évolution de la réglementation thermique et énergétique. Les caractéristiques thermiques et performance énergétique applicables aux constructions neuves et au bâti existant sont fixées aux articles L.111-9 et L.111-10 du Code de la construction et de l'habitation². Le législateur a progressivement renforcé la réglementation thermique ainsi que les conditions d'obtention des labels haute performance énergétique. Depuis l'entrée en vigueur de la réglementation thermique 2005 dite « RT 2005 », les bâtiments nouveaux et les parties nouvelles de bâtiments doivent être construits et aménagés de telle sorte qu'ils respectent notamment des caractéristiques thermiques minimales fixées par la loi.

La RT 2005 est codifiée aux articles R.111-20 et suivants du Code de la construction et de l'habitation et intègre de nouvelles exigences en matière de caractéristiques thermiques minimales³ qui permettent d'obtenir, selon les cas, les cinq labels haute performance énergétique :

- ▶ haute performance énergétique, HPE 2005 ;
- ▶ très haute performance énergétique, THPE 2005 ;
- ▶ haute performance énergétique énergies renouvelables, HPE EnR 2005 ;

1. Ce durcissement de la réglementation thermique se traduira au niveau des demandes de permis de construire qui devront être accompagnées, à partir de fin 2010, pour les bâtiments publics et les bâtiments affectés au secteur tertiaire : d'un bilan démontrant que la consommation est inférieure au seuil de 50 kWh/m²/an en moyenne. Pour toutes les autres constructions, cette date est décalée à fin 2012 ; à partir de fin 2020, toutes les constructions, sauf exception, devront présenter une consommation d'énergie primaire inférieure à la quantité d'énergie renouvelable produite dans ces constructions. Tous les bâtiments devront donc être à énergie positive.

2. La loi de programme n° 2005-781, en date du 13 juillet 2005, a fixé les orientations énergétiques en application de la Directive 2002/91/CE du 16 décembre 2002 sur la performance énergétique des bâtiments.

3. Décret n° 2006-592 du 24 mai 2006 relatif aux caractéristiques thermiques et à la performance énergétique des constructions. Arrêté du 24 mai 2006 relatif aux caractéristiques thermiques des bâtiments nouveaux et des parties nouvelles de bâtiments. *JORF* n° 121 du 25 mai 2006, p. 7747, texte n° 14.

- ▶ très haute performance énergétique énergies renouvelables et pompes à chaleur, THPE EnR 2005 ;
- ▶ bâtiment basse consommation énergétique, BBC 2005.

La RT 2005 s'applique aux immeubles neufs dont le permis de construire a été déposé depuis le 1^{er} septembre 2006. Dans ce dispositif, les normes, certifications et labels deviennent de réels critères de sélection d'un immeuble en ce qu'ils constituent des critères évidents de valorisation par le marché, soit directement, soit indirectement par la baisse de valeur des immeubles qui ne bénéficient pas d'une accréditation et qui se trouvent ainsi frappés d'obsolescence.

Le diagnostic de performance énergétique. À cette réglementation thermique sur les immeubles s'ajoute une mesure obligatoire instaurée à travers le diagnostic de performance énergétique dit « DPE », lequel a été introduit en droit français¹ par la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit et par l'ordonnance n° 2005-655 du 8 juin 2005 relative au logement et à la construction.

Le DPE est défini à l'article L.134-1 du Code de la construction et de l'habitation comme étant un document qui comprend la quantité d'énergie effectivement consommée ou estimée pour une utilisation standardisée du bâtiment ou de la partie de bâtiment et une classification en fonction de valeurs de référence. Des recommandations destinées à améliorer cette performance énergétique accompagnent le diagnostic. Le DPE doit, depuis le 1^{er} juillet 2007, être communiqué au locataire dans le domaine du logement lors de la conclusion ou du renouvellement du bail.

Une réponse ministérielle² a confirmé que le diagnostic ne s'applique pas aux baux commerciaux. Cette situation semble paradoxale dès lors que le DPE constitue un réel outil de comparaison et d'évaluation des performances énergétiques du bâtiment, très précieux également dans le cadre d'un bail commercial. Pour cette raison, en pratique, de nombreux baux commerciaux incluent d'ores et déjà le DPE à titre d'information.

On notera, pour être complet, que le projet de loi Grenelle II prévoit de modifier en ce sens le Code de la construction et de l'habitation en créant un article L.134-3-1 afin d'étendre l'obligation de joindre un DPE à des fins d'information à tous les contrats de location, quel que soit l'usage du local ou du bâtiment (à l'exception des bureaux).

De nouveaux outils juridiques de type « bail vert » créés par le marché

En France, le marché est très attentif à l'évolution législative puisque les projets en cours intègrent l'obligation d'une annexe environnementale au bail commercial³, ce qui fait craindre à certains que les efforts de conception de modèles de bail vert par le marché lui-même soient rapidement rendus obsolètes par la survenance d'un modèle normatif imposé par le législateur.

Dans cette incertitude quant à la position que retiendra le législateur, instaurant ou non une obligation légale de conclure une annexe environnementale, les acteurs du marché sont confrontés aujourd'hui à l'alternative suivante : soit une position attentiste et fataliste consistant à ne rien faire en attendant l'intervention législative, soit au contraire une position volontariste et innovante consistant à proposer de nouveaux outils juridiques en escomptant, le cas échéant, que le législateur s'en inspire pour tout ou partie.

La situation du bail vert sera donc envisagée ici du point de vue des acteurs du marché. Ceux-ci, avant de se soucier du bail vert, ont apporté également au secteur immobilier des modèles de référentiels des immeubles (HQE⁴ ou BREEAM⁵) qui, bien que dépourvus d'une quelconque valeur législative, se sont très rapidement imposés comme ayant une force obligatoire *de facto*. Il pourrait en être de même pour le bail vert, dont on examinera ci-après les enjeux, ainsi que d'un autre mode opératoire possible : la charte environnementale.

Les enjeux du bail vert. Le bail vert peut prendre en compte diverses considérations environnementales telles que la consommation d'énergie et d'eau, la qualité de l'air, l'emploi de matériaux et produits écologiques dans l'aménagement intérieur, le recyclage des déchets, le maintien des accréditations de l'immeuble. Le contrat de bail peut également introduire des objectifs spécifiques en précisant les niveaux de consommation par an d'électricité, de gaz, d'eau, d'émission de gaz à effet de serre. Pour autant, à l'instar du législateur, on constate que les préoccupations portent prioritairement sur la consommation énergétique.

Certes, les acteurs du marché, sont bien conscients du caractère très ambitieux des propositions du Grenelle de l'Environnement – comme, par exemple, lorsque le législateur propose un objectif de consommation de 50 kWh/m²/an, alors que le niveau actuel de consommation en France, dans les bureaux,

1. En transposition de la directive européenne 2002/91/CE du 16 décembre 2002 sur la performance énergétique des bâtiments.

2. RM 619, JO ANQ, 14 août 2007, p. 5293.

3. Propositions pour la mise en œuvre du Grenelle dans le parc immobilier tertiaire privé existant par le groupe de travail tertiaire privé du 27 octobre 2009.

4. HQE : haute qualité environnementale (marque déposée dont l'association HQE détient la licence exclusive pour la France).

5. BREEAM : *Building Research Establishment Environmental Assessment Method* (Grande-Bretagne).

est de l'ordre de 300 à 500 kWh/m²/an. Mais ils sont également conscients de la répartition des coûts d'un immeuble¹ : 56 % du coût total concernent le loyer et les taxes et 22 % concernent les services aux bâtiments.

Ces derniers coûts incluent de nombreux « coûts cachés » directement dépensés par le locataire sans que ce dernier ait conscience des dépenses engagées et pas toujours identifiées comme rattachables à l'immeuble, lesquels sont, pour une partie non négligeable, constitués de dépenses énergétiques. Or l'enjeu peut être significatif. Dans le cas d'un loyer dans Paris quartier d'affaires (QCA) d'un montant de 500 €/m²/an hors taxe, hors charge avec un coût des services aux bâtiments de 200 €/m²/an, la réduction de 25 % de ces derniers reviendrait à réduire les coûts de 50 €/m²/an.

De manière plutôt opportune dans un marché récessif, le caractère significatif des économies à réaliser pourrait permettre, paradoxalement, une amélioration des relations entre bailleur et locataire. En effet, la réduction des coûts pour le locataire, via une démarche coopérative avec le bailleur, se substituerait à une demande de réduction du loyer hors charge.

La charte environnementale. Afin de passer d'une opposition frontale bailleur-locataire à une approche coopérative, il est également envisagé l'émergence d'un nouveau concept au-delà du bail vert : la charte environnementale. Mode opératoire innovant, celle-ci pourrait être un document contractuel qui engagerait, outre le bailleur et le preneur, le *property* et le *facility manager* ainsi que, idéalement, les représentants des salariés (CHSCT², délégués du personnel, représentants syndicaux...), au respect de pratiques environnementales dans l'exploitation de l'immeuble par la fixation et l'atteinte d'objectifs environnementaux.

En effet, l'optimisation de la gestion d'un immeuble est, en pratique, bien plus entre les mains de ses gestionnaires et de ses

utilisateurs que des parties prenantes au bail commercial, le bailleur et le locataire. La charte environnementale serait donc pluripartite : elle engagerait le *property* et le *facility manager* à une gestion et à un entretien plus vertueux de l'immeuble ; elle inciterait les représentants des salariés à des comportements également plus vertueux dans leur utilisation de l'immeuble.

La conclusion pluripartite d'une charte environnementale permettrait tout à la fois de lui donner la valeur d'un avenant au bail, en ce qui concerne la relation bailleur-locataire, et d'un accord contractuel *sui generis* pour les autres parties prenantes. Évidemment, la conclusion d'un tel accord nécessiterait une analyse approfondie des mécanismes juridiques appropriés pour lui donner, en pratique, un caractère contraignant assorti, comme tout contrat, d'incitations comme de sanctions pour chaque partie prenante.

La charte environnementale pourrait ainsi présenter plusieurs volets portant sur les objectifs environnementaux généraux et quantitatifs, les obligations des parties, la résolution des conflits et la mise en place d'un comité de gestion environnementale. Avec la mise en place d'une telle charte, le preneur aurait une meilleure lisibilité des dépenses grâce à une plus grande transparence de l'information concernant les postes de consommation. Il pourrait ainsi mieux maîtriser ces charges, ce qui permettrait de dégager des économies de coûts liés aux services aux bâtiments.

Dans un contexte de forte demande du public en matière environnementale, le preneur pourrait être surpris de trouver, auprès des représentants du personnel, un écho favorable et une réelle volonté d'implication vertueuse. Pour être complet, une étroite collaboration entre les juristes et les techniciens serait nécessaire. Elle passerait, en particulier, par un audit des charges, préliminaire indispensable à la réflexion et à la mise en place de l'outil juridique approprié. ■

1. Statistiques IPD.

2. CHSCT : Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.