

DU BAIL COMMERCIAL AUX STRATÉGIES D'« ASSET LIGHT », LE CONSTAT DE LA RIGIDITÉ DU MODÈLE DU BAIL COMMERCIAL HÔTELIER

La crise sanitaire a révélé les limites du bail commercial hôtelier, incitant alors bailleurs et preneurs à s'orienter vers d'autres modes de gestion plus souples, comme le contrat de management hôtelier ou la franchise. Analyse.

L'hôtellerie est un des secteurs économiques les plus sensibles aux grands événements imprévisibles qui percutent désormais régulièrement une époque qui semble être entrée dans une nouvelle ère de turbulence maximale. Des attentats de Paris et de Nice de l'année 2015 à la pandémie du Covid-19 et son cortège de mesures administratives d'interdiction de circuler et d'exploiter qui ont plongé l'industrie hôtelière dans la plus grave crise de son histoire, sans oublier la guerre en Ukraine et l'envolée des coûts des matières premières et de l'énergie, ce sont autant d'événements qui mettent à rude épreuve le modèle économique et traditionnel du bail commercial.

LES LIMITES DU BAIL COMMERCIAL HÔTELIER

La crise du Covid a été de ce point de vue révélatrice des inconvénients propres à ce

schéma contractuel qui, s'il présente le mérite de protéger le fonds de commerce de l'exploitant, à travers le droit au renouvellement et son corollaire, le droit à indemnité d'éviction, fait néanmoins peser sur le preneur exploitant l'essentiel du risque d'exploitation, et ce, sous l'effet conjugué de la loi, de la jurisprudence et de la pratique contractuelle.

Dans ses trois arrêts du 30 juin 2022, la Cour de cassation fait ainsi peser sur le seul preneur les risques de la pandémie, en faisant prévaloir une conception strictement matérialiste de l'obligation de délivrance du bailleur réduite à une simple mise à disposition matérielle des locaux loués, sans prendre en considération l'impossibilité pour le preneur d'exploiter les locaux conformément à leur destination en raison des mesures administratives d'interdiction de recevoir du public, et en refusant au preneur le bénéfice de la force majeure¹.

Les preneurs à bail commercial hôtelier se sont vus ainsi contraints d'assurer le paiement des loyers et de supporter seuls le risque de la pandémie, à la différence des exploitants hôteliers qui avaient conclu des mandats de gestion.

La portée de ces arrêts a été sous-estimée, alors que la solution revient à faire peser sur le preneur le risque de la force majeure et du fait du prince, dès lors qu'il n'y a pas une atteinte matérielle aux locaux loués².

Cette exposition maximale des preneurs à bail commercial aux risques immobilier et économique se trouve renforcée par la durée des engagements locatifs, que ce soit par la contrainte légale, le législateur imposant aux exploitants des résidences de tourisme classées une durée ferme de neuf ans, ou par la pratique contractuelle des bailleurs institutionnels dans le secteur de l'hôtellerie traditionnelle, exigeant également des engagements fermes de longue durée. ●●●

1. Civ. 3^e, 30 juin 2022, *Sté Action France c/Sté Foncière Saint-Louis*, n° 21-20.190 ; Civ. 3^e, 30 juin 2022, *Sté Odalys résidences*, n° 21-20.127 ; Civ. 3^e, 30 juin 2022, *Sté la Bourse de l'immobilier c/Sté Lafran*, n° 21-19.881.

2. P. Riglet, « Regard critique sur les trois arrêts "loyers Covid" de la Cour de cassation », *RJDA* 11/22.

●●● Même si la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt récent, que les dispositions de l'article L. 145-7-1 du code de commerce ne s'appliquaient pas aux renouvellements³, il n'en reste pas moins que l'engagement initial de neuf ans fait peser sur le seul preneur l'essentiel du risque immobilier et économique.

La répartition des charges entre le bailleur et le preneur est particulièrement pénalisante pour ce dernier, la plupart des baux dit institutionnels lui faisant supporter le risque des travaux imposés par les changements de réglementation administrative, même si le code de commerce interdit de transférer la charge des grosses réparations, dans la mesure où le domaine d'application de l'article 606 du code civil est restreint, et n'inclut pas, en principe, le remplacement des gros équipements, qui peut en conséquence être mis à la charge du preneur.

Le nouvel enjeu commun auquel les parties doivent faire face est certainement celui du développement durable et la problématique de responsabilité sociétale des entreprises (RSE). En effet, rappelons que la mise en place du décret tertiaire figurant à l'article 175 de la loi ÉLAN⁴, applicable aux bâtiments à usage tertiaire de plus de 1 000 m², et donc aux hôtels, impose des objectifs de réduction des consommations énergétiques en trois différentes étapes : - 40 % de consommation énergétique en 2030, - 50 % en 2040 et - 60 % en 2050. Si le législateur a mis en place une sanction financière de 7 500 euros, il a également instauré une sanction réputationnelle (« *Name & Shame* ») avec la publication du nom de l'établissement sur un site de

l'État. Le décret ne distinguant pas les responsabilités entre bailleur et locataire, le bail commercial devra définir clairement les obligations des parties, notamment en matière de travaux, de gestion des consommations énergétiques, de la prise en charge d'une éventuelle sanction ainsi que la gestion du risque réputationnel en cas de responsabilité de l'une ou l'autre des parties. L'aggravation du contexte économique, réglementaire, des risques épidémiques et de guerre, ainsi que de façon plus positive l'évolution des actifs vers une multiplicité d'usage (l'offre hôtelière se déclinant de façon de plus en plus riche et complexe, de l'hébergement touristique au *coliving*, *coworking* ou encore à la restauration, un même actif pouvant faire cohabiter en son sein l'ensemble de ces usages) nécessite une adaptation des schémas contractuels organisant le partage de valeurs entre exploitant et investisseurs, qu'ils soient locatifs ou s'inscrivent dans l'« *asset light* ».

L'« ASSET LIGHT » OU LE MODE PRIVILÉGIÉ DE L'EXPLOITATION HÔTELIÈRE

Si le contrat de management hôtelier a toujours été le mode d'exploitation privilégié avant la crise du Covid, celui-ci est devenu aujourd'hui incontournable, et ce, afin de ne pas faire supporter à l'exploitant les risques financiers de l'exploitation hôtelière, contrairement au bail commercial qui est consenti moyennant un loyer variable, mais également un loyer minimum garanti versé au bailleur quel que soit le chiffre d'affaires réalisé par le preneur.

Le contrat de management hôtelier est un mode d'exploitation beaucoup plus souple que le bail permettant au propriétaire du fonds de commerce (qui peut également être propriétaire des murs) de confier la

gestion de l'hôtel à un professionnel du secteur, qui va gérer l'hôtel au nom et pour le compte du propriétaire du fonds de commerce. Le gestionnaire va exploiter l'hôtel sous sa propre marque et par le biais de son propre réseau de commercialisation, si le gestionnaire appartient à une chaîne hôtelière, ou endossera la qualité de franchisé, si ce gestionnaire dit « marque blanche » souhaite exploiter l'hôtel sous une autre marque et bénéficier du savoir-faire et du réseau d'une autre enseigne.

Ce contrat présente l'avantage indéniable pour l'exploitant de faire peser sur le propriétaire du fonds de commerce l'ensemble des risques opérationnels et financiers. Le contrat de management hôtelier est un contrat de mandat régi par l'article 1984 du code civil et est donc plus souple que le contrat de bail commercial, notamment en matière de durée et de fixation de la rémunération, le gestionnaire du fonds de commerce percevant une rémunération dite « redevance » en fonction du chiffre d'affaires, qui est généralement complétée par une redevance dite de performance déterminée en fonction d'un pourcentage du revenu brut d'exploitation. Le propriétaire pourra néanmoins mettre en place un « test de performance », garde-fou important lui permettant une maîtrise de l'exploitation afin de pouvoir résilier gratuitement le contrat après une période d'exploitation si le résultat brut d'exploitation n'atteint pas un certain niveau durant, par exemple, au moins deux exercices consécutifs, et si ce résultat est inférieur au revenu par chambre disponible (RevPAR) d'un échantillon de la concurrence (dit le « *compset* »).

Si le bailleur n'est pas l'associé de son locataire, le contrat de management constitue un véritable partenariat financier entre le propriétaire du fonds, intéressé à la rentabilité de l'hôtel et pas simplement des murs, et le gestionnaire.

3. Civ. 3^e, 7 sept. 2023, *Sté Pierre et Vacances*, n° 21-14-279.
4. L. n° 2018-1021 du 23 nov. 2018, JO du 24.

En effet, la mise en place du contrat de management nécessite un réel engagement du propriétaire quant au maintien de la conformité de l'hôtel, pendant tout le cours du mandat, à l'ensemble des normes et standards de la marque, qui sont d'ailleurs amenés à évoluer dans le temps ainsi que la marque elle-même, qui peut monter en gamme et nécessiter de nouvelles adaptations spécifiques d'investissement. Cette clause de conformité par rapport aux standards de la marque est durement négociée, notamment si l'évolution des locaux par rapport aux standards nécessite des travaux importants de la part du propriétaire du fonds de commerce, auxquels va s'ajouter l'allocation d'une réserve pour le renouvellement des meubles et équipements spécifiques de l'hôtel (les « FF&E »). Le propriétaire portera également le poids du sort des aménagements spécifiques de l'hôtelier à la fin du contrat, notamment si ces aménagements sont propres au concept de la marque et bénéficient d'une identité forte, ne pouvant alors être reconvertis facilement pour une autre enseigne, tant pour l'identité des chambres que pour l'utilisation des espaces communs.

Certains loueurs de fonds ont d'ores et déjà appréhendé cette problématique d'identité de l'hôtel avec la marque, notamment pour les locaux à usage de bureaux reconvertis en hôtel, en négociant des clauses particulières en cas de résiliation du contrat avant son terme notamment au regard de la protection de la marque, en prévoyant, par exemple, la destruction des concepts/signes caractéristiques en cas de conclusion d'un nouveau contrat avec un concurrent.

Concernant la politique des marques en matière de RSE, les normes et standards font dorénavant référence à la politique du gestionnaire dans ce domaine. Lors de la construction d'un nouveau bâtiment, ces politiques RSE figurent dans le cahier

des charges du gestionnaire et sont généralement prises en compte dans le cadre des documents contractuels définissant l'achèvement de l'hôtel. La difficulté est d'appréhender les évolutions RSE sur le long terme et de contraindre le loueur du fonds à engager des dépenses qui sont amenées à évoluer, et qui constituent un enjeu de négociation compte tenu de la durée d'un contrat de management.

DE L'ASSET « ENCORE PLUS LIGHT » DE LA CONVERSION DES HÔTELS EXPLOITÉS SOUS CONTRAT DE MANAGEMENT EN CONTRAT DE FRANCHISE

De nombreux institutionnels se sont dotés d'un pôle hôtelier de plus en plus fort, leur permettant de gérer eux-mêmes le fonds de commerce hôtelier. *A contrario*, certains groupes hôteliers ont souhaité se désengager de la gestion opérationnelle afin d'accroître leur présence sur le marché et diminuer leur exposition financière. C'est ainsi que nous avons assisté depuis la crise du Covid-19 à des conversions d'hôtels précédemment exploités en contrat de management vers un contrat de franchise. Le contrat de franchise permet à l'exploitant, le franchisé, de bénéficiaire de l'expérience commerciale d'une enseigne, le franchi-

seur, ainsi que de la transmission du savoir-faire. Le franchisé va pouvoir conserver son autonomie de gestion tout en bénéficiant de l'attrait d'une marque, d'un réseau et notamment du système de réservation du franchiseur.

Ces conversions ne peuvent être appréhendées comme de nouveaux contrats puisque se pose la question de la période de transition qui implique de forts enjeux, notamment en matière de sort du personnel. En effet, si le contrat de management était inversé, c'est-à-dire si le personnel était employé par le gestionnaire du fonds de commerce, la conversion emporterait, en application de l'article L. 1224-1 du code du travail, le transfert des contrats de travail à l'ancien loueur du fonds de commerce devenu franchisé. Par ailleurs, la conversion va nécessiter le changement du périmètre d'exploitation de l'hôtel et posera nécessairement des problématiques spécifiques en matière de propriété et d'accès au fichier client.

Côté franchiseur, l'essor de la franchise hôtelière s'accompagne en général de la mise en place de garde-fous, notamment au regard du risque réputationnel de la marque, qui se traduit par un risque de l'accroissement des clauses de responsabilité en matière de travaux environnementaux, de politique RSE ou encore de faute du personnel. ■



AUTEUR **Géraldine Machinet**
TITRE Avocat associé,
Cabinet Franklin

AUTEUR **Philippe Riglet**
TITRE Avocat associé,
Cabinet Franklin