



JACQUIN MARUANI  
AVOCATS

*Gazette du Palais - novembre 2020*

## **Immobilier tertiaire et réduction d'énergie : une réalité de demain**

---

La lutte contre le réchauffement climatique est devenue une cause nationale avec, comme objectif ultime, la neutralité carbone. L'accord de Paris de 2015 visait d'ailleurs une neutralité carbone à l'échelle européenne pour 2050.

Le secteur immobilier résidentiel et tertiaire représente, à l'échelon national, 28 % des émissions de carbone, dont 17 % au titre du seul immobilier tertiaire. L'enjeu de réduction de consommation est donc important.

### **1- Le cadre légal**

C'est la raison pour laquelle l'article L. 111-10-3 du Code de la construction et de l'habitation, issu de la loi *Grenelle II* du 12 juillet 2010<sup>1</sup>, prévoyait que les opérateurs réalisent des « travaux d'amélioration de la performance énergétique » dans les bâtiments existants à usage tertiaire, et ce dans un délai de 8 ans à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012.

Un décret en Conseil d'État devait déterminer la nature et les modalités de cette obligation d'amélioration de la performance énergétique des bâtiments.

Le décret d'application était publié 7 ans plus tard, soit le 9 mai 2017. Il visait à réduire de 25 % la consommation d'énergie finale avant 2020.

Ce décret, tant en raison de ses ambitions irréalistes en termes de calendrier que de son caractère inintelligible, a été suspendu, puis annulé par le Conseil d'État<sup>2</sup>.

Dès lors, le législateur se trouvait dans l'obligation de remettre son ouvrage sur le métier, en faisant adopter un nouveau texte.

Cela fut fait par la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant « évolution du logement, de l'aménagement du numérique », dite loi *ELAN*, qui, aux termes de son article 175, revoyait de fond en comble l'article L. 111-10-3 du Code de la construction et de l'habitation.

---

<sup>1</sup> L. n° 2010-788, 12 juill. 2010, portant engagement national pour l'environnement.

<sup>2</sup> CE, 18 juin 2018, n° 411583.

Cette loi présentait des objectifs nettement moins ambitieux que la précédente en termes de calendrier, mais avait un champ d'application infiniment plus large.

L'objectif à atteindre porte désormais sur une réduction d'énergie finale par paliers de 10 ans, de - 40 % en 2030, - 50 % en 2040 et - 60 % en 2050, par rapport à une année de référence, à savoir 2010, ou toute année pleine postérieure à celle-ci.

Cette loi constitue la première marche du dispositif, qui en compte trois à ce jour.

Le décret n° 2019-771 du 23 juillet 2019 relatif aux obligations d'actions de réduction de la consommation d'énergie finale dans des bâtiments à usage tertiaire, communément intitulé décret « tertiaire », constitue la deuxième marche de la pyramide.

Ce décret a été codifié dans le Code de la construction et de l'habitation sous les articles R. 131-38 à R. 131-44.

Entré en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2019, il précise les conditions d'application de la loi.

Enfin, l'arrêté du 10 avril 2020<sup>3</sup> précise les conditions de détermination des objectifs de consommation d'énergie finale à atteindre et les modalités d'application et de justification.

Il convient de préciser qu'il manque encore, pour parfaire le dispositif, deux arrêtés dont on attend la publication pour la fin de l'année.

## **2- La définition des concepts**

Il y a lieu, dans un premier temps, de définir les concepts utilisés par les textes susmentionnés.

**Que faut-il entendre par « activités tertiaires » ?** La réponse est donnée par l'article R. 131-38, I, du Code de la construction et de l'habitation : « ce sont des activités marchandes et non marchandes » exercées par l'autorité publique ou, sous son contrôle, par des entreprises, des sociétés ou encore des associations.

**Que faut-il entendre par « bâtiments à usage tertiaire » ?** La réponse est donnée par l'article 2, c), de l'arrêté du 10 avril 2020 susvisé. Il s'agit de « tout local qui permet à une entreprise, un professionnel ou une autorité publique de réaliser ou regrouper ses activités en un lieu unique : bureaux professionnels, commerces, établissement d'enseignement, établissement de santé, locaux sportifs, locaux culturels, entrepôts, etc. »

On notera qu'il s'agit exclusivement de bâtiments existants au 24 novembre 2018, date d'entrée en vigueur de la loi *ELAN*. Sont donc exclus les bâtiments neufs ou n'existant pas encore à cette date, ce qui risque, à l'évidence, de prêter à discussion.

Le III de l'article R. 131-38 du Code de la construction et de l'habitation précise que ne sont pas soumis aux obligations issues de l'article L. 111-10-3 du même code :

- les constructions ayant donné lieu à un permis de construire à titre précaire mentionné à l'article R. 433-1 du Code de l'urbanisme ;
- les bâtiments destinés au culte ;
- les bâtiments dans lesquels est exercée une activité opérationnelle à des fins de défense, de sécurité civile ou de sûreté intérieure du territoire.

**À partir de quelle surface plancher les locaux sont-ils concernés et qu'entend-on par « surface plancher » ?** La réponse est donnée par l'article R. 131-38, I du décret « tertiaire » : il s'agit des locaux d'une surface plancher supérieure ou égale à 1 000 m<sup>2</sup>.

La surface de plancher à prendre en compte, définie par l'article R. 111-22 du Code de l'urbanisme.

Concernant les locaux, ceux-ci s'entendent de « bâtiment[s], partie[s] de bâtiment ou ensemble[s] de bâtiments », étant précisé qu'aux termes du II de l'article R. 131-38 du Code de la construction et de l'habitation :

---

<sup>3</sup> A. 10 avr. 2020 relatif aux obligations d'actions de réduction des consommations d'énergie finale dans des bâtiments à usage tertiaire, NOR:LOGL2005904A : JO, 3 mai 2020.

- les surfaces consacrées à des activités accessoires non tertiaires sont prises en compte pour l'assujettissement à l'obligation ;
- toutes parties d'un bâtiment à usage mixte qui hébergent des activités tertiaires sur une surface de plancher supérieure à 1 000 m<sup>2</sup> sont également assujetties ;
- enfin, tout ensemble de bâtiments situés sur une même unité foncière ou sur un même site sont concernés par l'obligation légale, « dès lors que ces bâtiments hébergent des activités tertiaires sur une surface de plancher cumulée supérieure ou égale à 1 000 m<sup>2</sup> ».

Il convient également de préciser que lorsque les activités tertiaires viennent à cesser ou deviennent inférieures au seuil minimal de 1 000 m<sup>2</sup> de surface de plancher, l'assujettissement aux obligations légales reste maintenu.

Force est de constater, à la lecture des explications qui précèdent, que le domaine d'application du texte est extrêmement large puisqu'il porte sur tout bâtiment, toute partie de bâtiment ou tout ensemble de bâtiments dans lequel ou lesquels une activité tertiaire est exercée, à la condition que sa surface de plancher soit supérieure à 1 000 m<sup>2</sup>.

Cela inclut non seulement les locaux administratifs, les immeubles de bureaux, les établissements de santé, les établissements culturels, mais également les centres commerciaux et les galeries marchandes.

Cela a nécessairement pour conséquence que chaque bail consenti dans un centre commercial ou dans une galerie marchande, quand bien même il ne porterait que sur une surface de 25 m<sup>2</sup> – comme, par exemple, celui d'un cordonnier situé en face des caisses d'une grande surface alimentaire –, entre dans le champ d'application du dispositif légal et réglementaire dès lors qu'il dépend d'un bâtiment, d'une partie de bâtiment ou d'un ensemble de bâtiments d'une surface de plancher supérieure à 1 000 m<sup>2</sup>.

**Qui sont les débiteurs de l'obligation ?** La réponse est donnée par l'article R. 131-38, II du Code de la construction et de l'habitation : il s'agit des propriétaires et, le cas échéant, des preneurs à bail.

Faut-il entendre par là que les propriétaires sont les débiteurs principaux, et les locataires, les débiteurs subsidiaires ?

La question reste posée, mais une partie de réponse est donnée par la rédaction même du texte, qui prévoit que les propriétaires et preneurs sont soumis aux obligations résultant de l'article L. 111-10-3, I « pour les actions qui relèvent de leur responsabilité respective en raison des dispositions contractuelles régissant leurs relations » (C. constr. et habit., art. L. 111-10-3, II).

Dès lors, comment répartir les obligations entre bailleurs et preneurs ?

Deux cas de figure peuvent être envisagés :

- soit le bail est muet quant aux obligations environnementales et de réduction de la consommation d'énergie finale des immeubles tertiaires et, dans cette hypothèse, il est certain que, s'agissant d'obligations d'amélioration et de conformité et dans le silence du bail, le bailleur sera seul débiteur de l'obligation ;
- soit une clause dépourvue d'équivoque prévoit que le bailleur se décharge de ses obligations sur le preneur, cette imputabilité au preneur de l'obligation restant valable, dans la limite toutefois des dispositions de l'article R. 145-35 du Code de commerce, issu de la loi *Pinel*<sup>4</sup>, qui prévoit que seul le bailleur doit supporter les travaux résultant des dispositions de l'article 606 du Code civil.

De surcroît, l'article R. 145-35 du Code de commerce étant un texte d'ordre public, toute stipulation contraire du bail serait nulle et de nul effet.

Néanmoins, la question se pose de savoir ce que l'on doit entendre par « travaux résultant des dispositions de l'article 606 du Code civil ».

S'agissant plus particulièrement du remplacement des gros équipements, ceux-ci ne relèvent *a priori* pas de l'article 606 interprété littéralement. Ainsi, la Cour de cassation a donné, dans un premier temps, une interprétation restrictive des grosses réparations. Par un arrêt du 25 octobre 1983, la troisième chambre civile a ainsi censuré l'arrêt

<sup>4</sup>L. n° 2014-626, 18 juin 2014, relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises.

de la cour d'appel de Paris qui mettait à la charge du bailleur le remplacement d'une chaudière de chauffage central en considérant qu'il s'agissait d'une grosse réparation, au motif que les grosses réparations de l'article 606 relèvent d'une énumération limitative dans la mesure où l'article dispose que « toutes les autres réparations sont d'entretien »<sup>5</sup>.

A également été censuré l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui considérait que le remplacement d'une climatisation était indissociable du clos et du couvert, et relevait donc des grosses réparations. La haute juridiction utilise le même raisonnement qu'en 1983, en considérant que la liste établie par l'article 606 du Code civil était limitative<sup>6</sup> ; il en a été de même à propos d'une installation de chauffage<sup>7</sup>.

Cependant, il semble que la jurisprudence plus récente ait nuancé sa position.

À cet égard et par un arrêt du 13 juillet 2005<sup>8</sup>, la Cour de cassation a élargi la notion de « grosses réparations » en donnant une définition de celles-ci, par opposition à celles d'entretien : « Au sens de l'article 605 du Code civil, les réparations d'entretien sont celles qui sont utiles au maintien permanent en bon état de l'immeuble, tandis que les grosses réparations intéressent l'immeuble dans sa structure et sa solidité générale. »

La loi *Pinel* n° 2014-626 du 18 juin 2014, et plus particulièrement son décret d'application n° 2014-1317 du 3 novembre 2014<sup>9</sup>, ont toutefois très largement minoré l'intérêt de cette discussion, puisque désormais bailleurs et preneurs sont tenus, soit aux termes du bail, soit dans le cadre d'une annexe au bail, de rédiger « un inventaire précis et limitatif » des charges imputables à l'une ou l'autre des parties.

Il est donc certain que, lors de la négociation entre un bailleur et un preneur, la prise en charge des obligations financières liées à la réalisation de travaux ou à la modification des équipements en vue d'atteindre l'objectif fixé par la loi sera âprement discutée.

Rien n'empêcherait d'ailleurs de prévoir une imputabilité de la totalité des travaux et modifications ou remplacements des équipements au preneur sous forme d'un montant plafonné annuel ou pendant la durée du bail, dans la limite, bien entendu, de ce qui est prévu à l'article R. 145-35 du Code de commerce.

Il conviendra également, au titre de la clause du bail relative à la performance énergétique, de définir précisément la part qui incombe au preneur et au bailleur concernant les déclarations à faire sur la plateforme OPERAT mise en place par l'ADEME, ainsi que le suivi des consommations.

Il est d'ailleurs probable, sur ce point, que le preneur sera en première ligne pour ce qui concerne les parties privatives, et que le bailleur le sera pour les parties communes des actifs concernés.

Reste que la collecte des informations, notamment relatives aux consommations remontant aux années 2010, ne sera vraisemblablement pas aisée, plus particulièrement pour les locataires, dès lors que le local concerné pourra avoir fait l'objet d'une cession, ou le bail d'une résiliation suivie d'un nouveau bail.

Il en va de même pour les bailleurs en cas d'acquisition d'immeuble postérieure à 2010, car se posera sans doute une difficulté liée à l'absence de transmission des archives et notamment des factures de consommation d'énergie.

Or, à défaut de factures, comment rapporter la preuve de l'évolution de la consommation énergétique entre 2010 et 2021 ?

La question reste entière.

En effet, si l'obligation du bailleur ou du preneur est déclarative, il n'en reste pas moins que la déclaration faite sur la plateforme susvisée doit être corroborée par tout justificatif ou élément de preuve, en réalité par les factures de consommation d'énergie.

---

<sup>5</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 25 oct. 1983, n° 82-11261.

<sup>6</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 10 févr. 1999, n° 97-13096.

<sup>7</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 27 nov. 2002, n° 01-12816.

<sup>8</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 juill. 2005, n° 04-13764.

<sup>9</sup> D. n° 2014-1317, 3 nov. 2014, relatif au bail commercial.

**Qu'entend-on par « propriétaire » ?** On entend par « propriétaire », au sens de l'article 2, a) de l'arrêté du 10 avril 2020, celui qui dispose de la propriété immobilière, à savoir un propriétaire unique ou une copropriété « quelle qu'en soit la forme juridique ».

Cela ne va pas sans soulever des interrogations.

En effet, tout le monde sait ce qu'est une copropriété et la définition du régime de la copropriété est prévue par le chapitre I de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 modifiée.

Mais qu'entend-on par « copropriété quelle qu'en soit la forme » ? La formule est pour le moins malheureuse.

Certes, on peut comprendre que cela inclut les propriétaires indivis, puisque la copropriété n'est autre qu'une indivision organisée. En revanche, rien n'est prévu dans le texte quant au débiteur de l'obligation en cas de démembrement de la propriété. Dans cette hypothèse, est-ce le nu-propriétaire ou l'usufruitier qui est débiteur de l'obligation ?

En outre, peut-on considérer que la notion de « copropriété quelle qu'en soit la forme » pourrait trouver application dans le cadre d'une division en volumes avec création d'une AFUL ou d'une ASL ?

Le texte ne répond pas à la question. Néanmoins, on peut penser que compte tenu de la notion d'intérêt fondamental à laquelle se rattache le texte, les divisions en volumes sont incluses dans le dispositif. Il s'agit toutefois d'un simple avis doctrinal qui devra être confirmé, le cas échéant, par la jurisprudence.

### **3- Les obligations légales et réglementaires**

#### **Les objectifs à atteindre**

Ces objectifs, comme cela a déjà été indiqué, consistent en une réduction importante de la consommation d'énergie finale des bâtiments à usage tertiaire, à l'effet d'atteindre une réduction de la consommation d'énergie finale de 60 % en 2050.

Il est ici précisé que ces objectifs peuvent également être atteints si un certain niveau d'économie d'énergie en valeur absolue est respecté, sur la base de critères fixés pour des bâtiments neufs en fonction :

- de la zone géographique d'implantation des bâtiments ;
- des activités exercées ;
- de la typologie des bâtiments ;
- enfin, de l'intensité et du volume de l'activité exercée au sein des bâtiments.

#### **Les modalités d'application**

Ces actions de réduction de consommation finale sont prévues par l'article R. 131-39, II, du Code de la construction et de l'habitation et portent notamment sur la performance énergétique du bâtiment, mais également sur ses modalités d'exploitation, ainsi que sur l'adaptation des locaux et le comportement des occupants.

On notera qu'en cas de changement de nature d'une activité tertiaire, tel que prévu par l'article R. 131-39-1 du Code de la construction et de l'habitation, les nouveaux objectifs à prendre en considération pour l'application de l'obligation sont les suivants :

- le nouvel objectif de consommation d'énergie finale est établi sur la base du niveau de consommation de référence initial, auquel est appliqué le rapport entre les niveaux de consommation fixés en valeur absolue, d'une part pour la nouvelle activité, d'autre part pour les activités précédentes ;
- le nouvel objectif de consommation d'énergie finale fixé en valeur absolue aux mêmes horizons est celui correspondant à la nouvelle activité.

De même, il est prévu qu'en cas de changement de type d'énergie utilisé, celui-ci ne doit en aucun cas entraîner une dégradation du niveau des émissions de gaz à effet de serre (C. constr. et habit., art. R. 131-39-2).

## **Les modulations possibles**

Les articles R. 131-40, I à IV prévoient que les objectifs de réduction de consommation d'énergie finale à atteindre sont modulables :

**1.** Les objectifs de réduction de consommation d'énergie finale peuvent être modulés en fonction des contraintes techniques, architecturales ou patrimoniales relatives aux bâtiments, conformément aux dispositions du I de l'article R. 131-40 du Code de la construction et de l'habitation, dès lors que les travaux envisagés :

- font courir un risque de pathologie du bâti ;
- entraînent des modifications importantes de l'état des parties extérieures ou des éléments d'architecture et de décoration de la construction en contradiction notamment avec les règles et prescriptions prévues pour les monuments historiques classés ou inscrits, les sites patrimoniaux remarquables et les abords des monuments historiques mentionnés au Livre VI du Code du patrimoine, ou encore les sites inscrits ou classés mentionnés au Livre III du Code de l'environnement, l'aspect extérieur des constructions et les conditions d'alignement sur la voirie et de distance minimale par rapport à la limite séparative et l'aménagement de leurs abords.

Il en va de même pour les bâtiments, immeubles ou ensembles architecturaux de moins de 100 ans d'âge, dont la conception présente un intérêt architectural ou technique et qui ont fait l'objet d'un label attribué dans les conditions de l'article L. 650-1 du Code du patrimoine.

**2.** La modulation peut encore intervenir en fonction du volume d'activité mis en œuvre à partir des indicateurs d'intensité spécifiques à chaque catégorie d'activité, dans les conditions fixées par l'arrêté du 10 avril 2020, comme le prévoit le II de l'article R. 131-40 du Code de la construction et de l'habitation.

**3.** Des modulations peuvent également être appliquées en cas de coûts manifestement disproportionnés des actions nécessaires à mettre en œuvre par rapport aux bénéfices attendus. C'est ce que prévoit l'article 11 de l'arrêté du 10 avril 2020.

Sur ce point, le temps estimé de retour sur investissement, déduction faite des aides financières perceptibles, est supérieur à :

- 30 ans si les actions de rénovation portent sur l'enveloppe des bâtiments ;
- 15 ans pour les travaux de renouvellement des équipements énergétiques des bâtiments ;
- 6 ans pour la mise en place de systèmes d'optimisation et d'exploitation des systèmes et équipements visant la gestion, la régulation et l'optimisation des équipements énergétiques.

**4.** Les modulations sont répertoriées et prises en compte aux termes du « dossier technique » établi sous la responsabilité du « propriétaire », au sens qui lui est donné ci-dessus.

## **Les ajustements**

On rappellera tout d'abord que la consommation énergétique est mesurée par année pleine d'exploitation.

Elle est exprimée en valeur relative par rapport au niveau de consommation énergétique de référence, étant ici précisé que des ajustements sont prévus pour tenir compte :

**1.** Des variations climatiques, comme le prévoit l'article R. 131-39, I, 1° du Code de la construction et de l'habitation pour chaque catégorie d'activité et selon la zone géographique dans laquelle se trouve le bâtiment.

Il va de soi que les unités de mesure à retenir seront différentes en fonction soit de l'activité exercée dans les bâtiments, soit de la zone géographique concernée.

En effet, la consommation n'est pas la même pour un salon de coiffure et pour un magasin de prêt-à-porter.

De la même façon, le climat n'est pas le même sur l'île de la Réunion et dans l'Est de la France.

**2.** On signalera que doivent notamment être déduites des consommations d'énergie finale, les consommations résultant des bornes de recharge de voitures électriques ou de voitures hybrides.

## **La règle de mutualisation**

L'article R. 131-42 du Code de la construction et de l'habitation prévoit encore que, « pour la vérification du respect de ces objectifs, les assujettis peuvent mutualiser les résultats à l'échelle de tout ou partie de leur patrimoine soumis à l'obligation », dans des conditions prévues par l'arrêté du 10 avril 2020.

Concernant les sociétés foncières, la règle de mutualisation peut s'entendre, en raison de l'importance de leur patrimoine, globalement et non par bâtiment ou par site.

La question se pose néanmoins de savoir si la règle de mutualisation s'applique aux utilisateurs de locaux.

Une grande chaîne de distribution de prêt-à-porter ou de produits alimentaires pourrait-elle revendiquer le principe de mutualisation et raisonner de façon globale au niveau de l'ensemble des points de vente exploités ?

La notion de « patrimoine », telle qu'utilisée par le texte de l'article R. 131-42, militerait en faveur d'une mutualisation au seul profit des sociétés foncières bailleuses.

Pour autant, et compte tenu des objectifs poursuivis, il semble particulièrement inéquitable que les preneurs à bail ne bénéficient pas de la règle de mutualisation.

De plus, ne peut-on pas considérer que les points de vente exploités par un preneur à bail, constituant un outil de travail, ont par ailleurs une valeur patrimoniale ?

La question reste posée.

## **4- La mise en œuvre des objectifs**

### **La mise en place d'une plateforme numérique par l'ADEME**

La mise en œuvre des objectifs passe par l'utilisation d'une plateforme numérique répondant au nom d'OPERAT et gérée par un opérateur contrôlé par l'État, l'Agence de la transition écologique ou ADEME.

Ainsi, pour chaque bâtiment, partie de bâtiment ou ensemble de bâtiments soumis à l'obligation de réduction de la consommation d'énergie finale, le propriétaire et, le cas échéant, le preneur à bail, déclarent sur la plateforme :

- la ou les activités tertiaires qui y sont exercées ;
- la surface des bâtiments, parties de bâtiments ou ensembles de bâtiments soumis à l'obligation ;
- les consommations annuelles d'énergie par type d'énergie, des bâtiments, parties de bâtiments ou ensembles de bâtiments ;
- le cas échéant, l'année de référence et les consommations de référence associées par type d'énergie, avec les justificatifs correspondants ;
- le cas échéant, le renseignement des indicateurs d'intensité et d'usage relatifs aux activités hébergées, permettant de déterminer l'objectif de consommation d'énergie finale et, éventuellement, de le moduler ;
- le cas échéant, les modulations prévues à l'article R. 131-40, I à IV. La modulation qui porte sur le volume de l'activité est effectuée automatiquement par la plateforme numérique sur la base des indicateurs d'intensité d'usage spécifiques aux activités concernées ;
- la comptabilisation des consommations d'énergie finale liées à la recharge des véhicules électriques ou hybrides rechargeables.

À partir de 2021 devront être transmises chaque année, au plus tard le 30 septembre, les données relatives à l'année précédente.

Quel est l'auteur des déclarations ?

La réponse est donnée par l'article R. 131-41-1 du Code de la construction et de l'habitation : « La déclaration annuelle des consommations d'énergie sur la plateforme numérique est réalisée par le propriétaire ou par le preneur à bail, selon leur responsabilité respective en fonction des dispositions contractuelles régissant leurs relations ».

On notera que, dans le silence du bail, se posera la question de savoir qui doit déclarer.

S'il incombe au bailleur d'effectuer la déclaration, cela peut poser un problème car celui-ci ne connaît pas les consommations de son ou ses locataires. Réciproquement, le ou les locataires, s'ils sont déclarants, ne connaissent pas les consommations des parties communes ou collectives de l'immeuble.

On notera que le bailleur ou le preneur peut déléguer la transmission des consommations à un prestataire ou au gestionnaire de réseau de distribution d'énergie.

Le preneur à bail peut également déléguer cette transmission au propriétaire en lui fournissant les éléments en sa possession.

On relèvera encore que les propriétaires et les preneurs à bail doivent se communiquer mutuellement les consommations annuelles énergétiques réelles de l'ensemble des équipements et des systèmes dont ils assurent respectivement l'exploitation.

Il est assuré un suivi de consommation prévu par l'article R. 131-41-2 du Code de la construction et de l'habitation.

On notera spécifiquement qu'aux termes de l'article R. 131-41-3 du Code de la construction et de l'habitation, les modalités de droits d'accès à la plateforme numérique, de transmission des données, d'exploitation, de capitalisation et de restitution de leur exploitation sont strictement encadrées.

En outre, les données sont anonymes et leur exploitation, ainsi que leur publication, doivent respecter le secret des affaires.

### **Les conditions de constatation du respect de l'obligation de réduction des consommations d'énergie**

L'article R. 131-42 du Code de la construction et de l'habitation prévoit qu'au plus tard les 31 décembre 2031, 2041 et 2051, le gestionnaire de la plateforme numérique vérifiera, pour l'ensemble des assujettis à l'obligation de réduction de la consommation d'énergie finale, que les objectifs fixés ont été atteints.

Le cas échéant, le dossier technique qui permet de justifier la modulation de l'objectif est tenu à la disposition des agents chargés des contrôles.

### **Les modalités de publication et d'affichage**

Celles-ci sont prévues par l'article R. 131-43 du Code de la construction et de l'habitation.

Les consommations d'énergie finale et les objectifs de consommation « sont publiés sur la base de l'attestation numérique annuelle générée par la plateforme numérique. Cette publication est complétée par une évaluation de l'émission de gaz à effet de serre correspondant aux données de consommation d'énergie, exprimée en kg de CO<sub>2</sub> équivalent par mètre carré. »

Enfin, « la publication est 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 ».

### **Une nouvelle annexe au bail**

L'alinéa 3 du II de l'article L. 111-10 -3 du Code de la construction et de l'habitation prévoit que soit annexée aux baux des bâtiments, ensembles de bâtiments ou parties de bâtiments assujettis aux obligations de performance énergétique « l'évaluation du respect de l'obligation » de réduction de consommation d'énergie réalisée à partir de la dernière attestation numérique annuelle générée par la plateforme OPERAT et comportant, le cas échéant, des recommandations de réduction de consommation d'énergie.

Bien que l'obligation d'annexer aux baux un diagnostic de performance énergétique n'ait pas été supprimée, on peut supposer que la nouvelle annexe s'y substituera.

L'effet désastreux de l'empilement des textes a pour conséquence la nécessité de joindre au bail de multiples annexes, dont certaines sont désormais dépourvues de tout intérêt.



De plus, alors que le diagnostic de performance énergétique avait une simple valeur informative, la nouvelle annexe prévue par l'article L. 111-10-3, II, alinéa 3, est de nature à engager le bailleur, dès lors que cette annexe, établie sous sa responsabilité, est destinée à informer parfaitement le preneur de la situation du bâtiment en matière de réduction de consommation d'énergie.

En revanche, la partie de cette annexe portant sur les recommandations de réduction de consommation d'énergie n'a qu'une valeur informative.

De la même manière et pour les bâtiments de plus de 2 000 m<sup>2</sup> à usage de bureaux ou de commerces, il convient d'annexer au bail une annexe environnementale telle que prévue par l'article L. 125-9 du Code de l'environnement, de sorte que, dans cette hypothèse, il conviendra de cumuler les deux annexes, ce qui paraît pour le moins anachronique.

Le texte ne précise pas à quelle date ce document devra être annexé. Néanmoins, et dès lors qu'il est prévu que cette annexe sera établie à partir de la dernière attestation numérique annuelle générée par la plateforme, on peut supposer que cette obligation prendra effet au plus tard le 1<sup>er</sup> octobre 2021, dans la mesure où les assujettis ont jusqu'au 30 septembre 2021 pour établir leur déclaration sur la plateforme OPERAT.

### **Les sanctions**

Les sanctions du non-respect du nouveau dispositif sont prévues par l'arrêté du 10 avril 2020.

**La non-transmission des informations sur la plateforme.** Le I de l'article R. 131-44 du Code de la construction et de l'habitation prévoit qu'en cas d'absence non justifiée de transmission sur la plateforme numérique par le propriétaire et, le cas échéant, par le preneur à bail, dans le délai fixé par le texte, le préfet compétent en raison de la localisation du bâtiment, de la partie de bâtiment ou de l'ensemble des bâtiments peut mettre en demeure le propriétaire et, le cas échéant, le preneur à bail de respecter ses obligations dans un délai de 3 mois.

**Le non-respect des objectifs.** Le II de l'article R. 131-44 du Code de la construction et de l'habitation prévoit qu'en cas de non-respect non justifié de l'un des objectifs de réduction de la consommation d'énergie finale, le préfet compétent en raison du lieu de situation du bâtiment, de la partie de bâtiment ou de l'ensemble des bâtiments peut mettre en demeure les assujettis d'établir un programme d'actions conforme à leurs obligations et de s'engager à le respecter.

Ce programme d'actions établi conjointement par le propriétaire et, le cas échéant, par le preneur à bail, mentionne les actions dont chacune des parties est responsable et comprend un échéancier prévisionnel de réalisation, ainsi qu'un plan de financement.

À défaut de transmission du programme d'actions dans un délai de 6 mois après la première mise en demeure, le préfet peut mettre en demeure individuellement le propriétaire et, le cas échéant, le preneur à bail, d'établir chacun son programme d'actions en conformité avec ses obligations respectives dans un délai de 3 mois, en précisant que si cette mise en demeure n'est pas suivie d'effet, il fera procéder à une publication sur un site internet des services de l'État.

En l'absence non justifiée de dépôt d'un programme d'actions auprès du préfet à la suite de cette seconde mise en demeure, celui-ci peut prononcer une amende administrative au plus égale à 1 500 € pour les personnes physiques et à 7 500 € pour les personnes morales.

**Le constat de carence.** Enfin, le III de l'article R. 131-44 du Code de la construction et de l'habitation prévoit que lorsque l'assujetti ne se conforme pas au programme d'actions approuvé par le préfet, celui-ci peut engager une procédure contradictoire à l'issue de laquelle un constat de carence peut être établi.

La carence de l'assujetti est prononcée par un arrêté motivé du préfet qui prévoit sa publication sur un site internet des services de l'État.

Sur ce fondement, le préfet peut prononcer une amende administrative au plus égale à 1 500 € pour les personnes physiques et à 7 500 € pour les personnes morales, proportionnée à la gravité des manquements constatés.

Ainsi, il est loisible de constater que les sanctions ne sont pas particulièrement coercitives.

En revanche, il est certain que les coûts engendrés pour permettre d'atteindre les objectifs prévus par la loi vont s'avérer extrêmement importants.

Il est non moins certain que, nonobstant le caractère symbolique des sanctions, les acteurs vont faire les travaux et prendre les mesures nécessaires pour répondre aux objectifs de la loi, et ce pour au moins deux raisons :

- la première résulte du fait que les dépenses effectuées sont supposées générer des économies importantes ;
- la seconde résulte du fait que si les bâtiments ne répondent pas aux normes énergétiques prévues, ils seront obsolètes et, dès lors, difficilement commercialisables.

**Pour conclure.** Force est de constater que la rédaction de baux commerciaux n'est plus une chose aisée et va devenir le domaine réservé d'hyper-spécialistes.

La loi *Pinel* avait déjà sérieusement complexifié la rédaction des baux. La loi *ELAN* a introduit un degré supplémentaire de complexité auquel s'ajoute la difficulté liée au caractère souvent inintelligible des dispositions résultant du décret *Tertiaire*.

Il convient d'espérer que la pratique permettra de mettre en place des procédures de simplification.

Nul doute que les négociations de baux pour les locaux entrant dans le cadre du nouveau dispositif prévu par la loi *ELAN* vont s'avérer extrêmement difficiles dans un contexte de forte tension entre bailleurs et locataires.



André JACQUIN