

DROIT AU BAIL ET DROIT D'ENTRÉE DES BOUTIQUES : QUELS COEFFICIENTS APPLIQUER ?

par **Patrick Colomer**

Chartered Surveyor MRICS, expert immobilier près la cour d'appel de Paris, coauteur de *Droit et pratique des baux commerciaux*, Dalloz Action, 2010/2011

La réintégration des droits d'entrée ou « droit au bail » aux loyers pratiqués permet de reconstituer la valeur locative de marché si le coefficient est adapté. Ce coefficient varie en fonction du prix du marché pour la partie incompressible du droit au bail, c'est un coefficient de commercialité. En cas de modification du loyer, il existe une partie compressible du droit au bail qui ne peut être calculée qu'avec un coefficient financier sur la durée résiduelle.

Les loyers lors des nouvelles locations varient en fonction de l'emplacement du local, de ses caractéristiques, des commerces autorisés, ainsi que des charges et conditions du bail. Pour les centres commerciaux, leur qualité d'un centre dépend de la zone de chalandise, de l'accès routier, de la taille du centre, de la puissance des locomotives, du nombre d'enseignes nationales et internationales dans la galerie, et du nombre d'emplacements de stationnement.

Les loyers varient en fonction du flux de chalands, lequel n'est pas uniforme. Dans une galerie, il est toujours plus important au niveau des portes et des tronçons de mail donnant accès à l'hypermarché, ainsi qu'aux sorties de caisses.

Les commerces alimentaires ne peuvent supporter des loyers aussi élevés que ceux acceptés par les commerces de distribution en raison de marges différentes et de frais fixes élevés. La capacité contributive, appelée couramment « taux d'effort » est le pourcentage du chiffre d'affaires que peut consacrer un locataire au loyer. Il est plus important pour les enseignes ayant de fortes marges brutes d'exploitation, ce qui leur permet d'acquérir les meilleurs emplacements tant en centre-ville que dans les centres commerciaux.

Les charges supportées par le locataire (grosses réparations de l'article 606 du code civil, mise en conformité, vétusté, assurance incendie immeuble, impôt foncier, charges du centre, frais de gestion) étant réparties de façon identique dans les galeries, elles n'ont pas d'incidence sur la valeur locative.

Dans les centres commerciaux, certaines zones commerciales et les hypercentres des villes recherchées, les bailleurs minorent quasi systématiquement le loyer pratiqué en raison du risque judiciaire de baisse de loyer dans le cadre d'une révision ou d'un renouvellement judiciaire par comparaison avec des valeurs locatives de proximité. Ils compensent cette diminution par la perception d'un droit d'entrée.

La détermination d'une valeur locative de marché pour une location nouvelle à conclure sans aucun versement d'un droit d'entrée ne peut être envisagée qu'en recherchant des loyers effectivement pratiqués, lesquels devront être majorés des droits d'entrée éventuels payés par les locataires en place afin de rester homogène dans les termes de comparaison.

Tous les praticiens savent qu'il existe, en fait, deux niveaux de valeur locative : l'un réel et l'autre judiciaire.

L'historique

Ces deux secteurs de la valeur locative sont apparus au lendemain de la guerre 1914-1918. La hausse des valeurs locatives a été extrêmement rapide au lendemain de la Première Guerre mondiale, mais n'a pas été suivie par les experts et les juges lors des fixations judiciaires après la publication de la loi de 1926 qui a précédé le décret du 30 septembre 1953 (incorporé depuis dans le code de commerce). Le décalage entre les valeurs locatives réelles et judiciaires s'est amplifié à partir des années 1950, avec pour conséquence des valeurs de plus en plus importantes de droit au bail.

Le texte et la pratique judiciaire

Les renouvellements de baux s'effectuent à des loyers inférieurs à la valeur locative de marché ou réelle, tant en raison de la pratique du droit d'entrée par les bailleurs qui crée un loyer périodique minoré que de l'application de l'article R. 145-7 du code de commerce qui impose de se référer non aux seuls loyers du marché, mais aux loyers du voisinage, c'est-à-dire tant aux prix du marché des nouvelles locations (avec ou sans droit d'entrée) qu'aux loyers en renouvellement ou renégociés en cours de bail et aux décisions judiciaires.

C'est pourquoi les tribunaux s'appuient, pour les fixations de loyer, non sur les seuls prix issus du marché, mais sur les décisions judiciaires et les loyers renouvelés amiablement.

Les bailleurs qui ont pris conscience de cette situation ont recherché le moyen de réduire l'aléa judiciaire éventuel d'une diminution du loyer et préfèrent souvent percevoir :

- un droit d'entrée instantané et capitalisable (car il est immédiat) ;
 - et un loyer inférieur au marché (par précaution).
- On peut citer, à titre d'exemple, le renouvellement du bail de la boutique Porcher située 16, place de la Madeleine, à Paris : l'expert commis par le tribunal a proposé un loyer de 2000 €/m² pondéré (pour

234 m² pondérés), le juge a retenu 1 800 €/m² pondéré pour un renouvellement de bail au 21 octobre 2002 (Paris, 16^e ch. A, 19 janv. 2005, *Sté American Standard France c/ SCP Madeleine de Grouchy*), le droit au bail a été vendu à France Télécom le 1^{er} juin 2005 au prix de 4 080 000 € avec un nouveau loyer de 426 000 €. L'activité de Porcher était la vente de sanitaires, France Télécom n'a repris ni la clientèle ni les agencements. La valeur locative de marché reconstituée ressort, en décapitalisant le droit au bail au coefficient 10, à :

$$426\,000\text{ €} + \frac{4\,080\,000\text{ €}}{10} = 834\,000\text{ €},$$

faisant ressortir le m² pondéré à 3 564 €.

Quelques définitions :

- **La valeur locative de marché**, c'est la valeur locative réelle, appelée « loyer pur ». Ce n'est pas toujours la valeur locative pratiquée. Parfois, le locataire verse une partie du loyer sous forme de capital : c'est le droit d'entrée ou pas-de-porte lorsque cette somme est versée au bailleur, et le droit au bail si elle est perçue par le locataire en place. La valeur locative de marché doit être reconstituée en réintégrant le droit d'entrée au loyer.
- **La valeur locative « article R. 145-7 et L. 145 du code de commerce »** tient compte des différents niveaux de prix pratiqués : les locations avec et sans droit d'entrée, les loyers obtenus lors des renouvellements ou négociés lors des déspecialisations, et, enfin, les loyers fixés judiciairement.
- **Le droit d'entrée**, versé au bailleur par le locataire bénéficiaire d'un bail neuf, correspond à un capital indemnisant le bailleur par anticipation du montant réduit consenti sur les loyers pendant le cours du premier bail.
- **Le droit au bail**, versé par le bénéficiaire d'une cession de bail, correspond au capital représentatif d'une économie de loyer lorsque le loyer figurant sur le bail cédé est inférieur au marché (valeur locative de marché).

On relèvera que, en cas de déplafonnement, les loyers lors des renouvellements de baux ne sont pas uniformes, essentiellement pour deux raisons :

Existence d'un préalable pour obtenir la valeur locative : le déplafonnement. Le principe est le plafonnement lors des renouvellements de baux, c'est-à-dire l'application de l'indice INSEE (Institut national de la statistique et des études économiques). Le loyer négocié varie en fonction de la certitude ou de l'incertitude sur la recevabilité de l'action. Plus le motif de déplafonnement est sérieux, moins la marge de négociation du locataire avec le bailleur est élevée, et inversement. Le préalable de la recevabilité de l'action fait que les loyers négociés en cas de déplafonnement ne sont pas linéaires.

Existence de facteurs de minoration ou de majoration résultant de la liberté à l'origine des baux. Ceux-ci peuvent être quantifiés afin de rétablir un équilibre entre les éléments de comparaison. Mais l'accession différée des travaux entraîne une minoration du loyer de renouvellement qui est très difficilement quantifiable, les baux étant rarement explicites sur l'abattement retenu.

L'emplacement joue un rôle considérable. On utilise, par convention de vocabulaire, les dénominations suivantes : n^{os} 1 *top*, 1, 1 *bis*, 2 et 3.

- Dans les beaux emplacements (1 *top* et 1, voire 1 *bis*), les valeurs locatives « article R. 145-7 du code de commerce » pratiquées sont souvent faibles en raison tant de la pratique quasi systématique du droit d'entrée par les bailleurs que de l'application du principe du plafonnement.

- Dans les autres emplacements (2 et 3), les bailleurs ne pratiquent pas le droit d'entrée, ce qui a pour effet d'uniformiser les loyers : la valeur locative « article R. 145-7 du code de commerce » correspond sensiblement à celle du marché.

On voit donc qu'il ne faut pas confondre le droit au bail et le droit d'entrée, dont les bénéficiaires ne sont pas les mêmes, même s'il s'agit d'une forme de paiement du loyer dans les deux cas.

Lorsque le bailleur qualifie le droit d'entrée de contrepartie de la propriété commerciale, il convient de vérifier si cette qualification n'est pas uniquement fiscale, ce qui implique de comparer la valeur locative de marché au loyer reconstitué.

Pour que le droit d'entrée représente une contrepartie de la propriété commerciale accordée par le bailleur, il faut :

- une qualification expresse dans le bail ;
- une durée de bail longue représentant un inconvénient pour le bailleur. Un bail d'une durée contractuelle légèrement supérieure à neuf années présente l'avantage d'entraîner le déplafonnement automatique du loyer lors du renouvellement du bail ;
- des charges et conditions du bail entraînant une minoration de la valeur vénale du bien pour le bailleur (bail tous commerces, faculté de cession libre, droit de préférence du locataire en cas de vente des murs, absence de dépôt de garantie...). On relèvera que, dans les centres commerciaux, c'est le contraire, il s'agit de « baux investisseurs », le preneur supportant généralement toutes les charges ;
- un loyer correspondant à la valeur locative de marché pour une nouvelle location sans versement d'un droit d'entrée.

La seule qualification de la nature du droit d'entrée figurant dans le bail n'est donc pas suffisante pour permettre d'affirmer qu'il ne s'agit pas de loyer.

On retrouve la valeur locative réelle en décapitalisant le droit d'entrée, qui n'est que la compensation du risque judiciaire, et en le réintégrant dans le loyer.

■ Le coefficient de commercialité est lié au prix

Comment déterminer le coefficient de capitalisation pour reconstituer la valeur locative réelle ?

Le coefficient de capitalisation, ou plutôt de reconstitution, doit être rigoureusement identique au coefficient de décapitalisation des loyers de comparaison. Il s'agit d'un coefficient de commercialité lié aux seuls prix de marché, et non à la durée du bail restant à courir.

Ce n'est pas un coefficient financier. En effet, le commerçant n'acquiert pas un produit financier, mais plus précisément un emplacement commercial représentant un potentiel de chiffre d'affaires et de marge brute d'exploitation, qui constituera son outil de travail. Ce coefficient varie en fonction du prix au mètre carré pondéré. L'analyse des droits d'entrée et des droits au bail montre constam-

ment que, plus le prix monte, plus le coefficient est élevé, et inversement. On ne peut retrouver les valeurs locatives de marché sans versement d'un droit d'entrée dans des rues ou des villes différentes en retenant un coefficient uniforme. En résumé, on ne doit pas retenir le même coefficient avec un prix de marché de 200 € ou de 1 200 €.

Il existe pour les boutiques des locations nouvelles sans versement d'un droit d'entrée et un véritable marché des « droits au bail », avec de nombreuses cessions. L'analyse des cessions permet de trouver les coefficients qui rendent possible la reconstitution de la valeur locative de marché.

L'observation du marché des cessions de droit au bail conduit actuellement aux coefficients suivants :

Prix unitaire (m ² B)	Coefficient
< à 250 €	2
251 à 300 €	3
301 à 350 €	4
351 à 400 €	5
401 à 500 €	5,50
501 à 600 €	6
601 à 700 €	6,50
701 à 800 €	7
801 à 999 €	7,50
1 000 à 1 399 €	8
1 400 à 1 899 €	8,50
1 900 à 2 499 €	9
2 500 à 3 499 €	9,50
3 500 à 4 499 €	10
4 500 à 5 499 €	11
> 5 500 €	12

Depuis 2009, les difficultés des acquéreurs pour obtenir des financements s'agissant d'un actif incorporel entraînent une diminution des prix de marché, ce qui a une répercussion importante sur les valeurs de droit au bail par la diminution des coefficients.

■ Déplafonnement et droit au bail

Le principe pour les renouvellements de baux est le plafonnement qui consiste en la fixation du loyer en fonction de la variation de l'indice INSEE du coût de la construction sur la durée du bail.

Il existe cependant de nombreux motifs de déplafonnement :

- en raison de la durée du bail :
 - lorsque la durée contractuelle du bail est supérieure à neuf années,
 - lorsque la durée effective est supérieure à douze années ;
- dans le cas d'une modification notable des éléments déterminant la valeur locative stipulés aux articles R. 145-3, -4, -5, -6 et -8 du code de commerce, dont le plus connu est la modification des facteurs locaux de commercialité (art. R. 145-6).

Les motifs de déplafonnement sont nombreux lorsque le locataire est entreprenant ou que la boutique est située dans un secteur en évolution.

Les conséquences du déplafonnement ne sont pas les mêmes selon que le loyer en vigueur :

- excède la valeur locative dite judiciaire ;
- lui correspond ;
- est inférieur.

Le déplafonnement du loyer n'entraîne pas la disparition de la valeur du droit au bail dans les beaux emplacements en raison de l'écart entre les prix de marché et les prix fixés judiciairement.

Ainsi, il existe une partie incompressible du droit au bail : la différence entre la valeur locative de marché et la valeur locative « article R. 145-7 » dite déplafonnée, et une partie compressible : la différence entre la valeur locative déplafonnée et le loyer.

La partie incompressible est calculée avec un coefficient de commercialité, la partie compressible avec un coefficient financier sur la durée du bail restant à courir.

Il convient de tenir compte, pour une valorisation en cours de bail, de l'incidence du déplafonnement :

- à la hausse : en capitalisant la différence entre la valeur locative de marché et la valeur locative en renouvellement (loyer déplafonné) définie par application de l'article R. 145-7 du code de commerce, avec un coefficient de commercialité puis en y ajoutant la différence entre le loyer déplafonné « article R. 145-7 » et le loyer en vigueur sur la durée du bail restant à courir, en appliquant un coefficient financier qui tient compte qu'une somme versée en une fois ne correspond pas à une somme versée en plusieurs fois. Il convient de retenir pour calculer le coefficient financier, le taux de 5 % correspondant à un OAT majoré pour tenir compte de l'illiquidité s'agissant d'un actif corporel non immédiatement réalisable.

- à la baisse : le code de commerce a institué un plafond mais pas de plancher : le loyer peut être ramené à la valeur locative de l'article R. 145-7 sans condition de recevabilité lors du renouvellement. En effet, le loyer ne peut pas excéder la valeur locative de l'article L. 145-33 du code de commerce.

Toutefois le locataire peut être amené à négocier un loyer de renouvellement supérieur à la valeur locative de l'article R. 145-7 du code de commerce, les critères d'arbitrage étant les suivants :

- risque d'éviction par le bailleur, avec notamment une fiscalité subie par le locataire qui n'est pas prise en compte par les tribunaux,
- qualité du bailleur : particulier ou institutionnel, les rapports étant récurrents dans le second cas,
- travaux à réaliser dans les locaux nécessitant l'autorisation du bailleur,
- emplacement de qualité difficile à retrouver,
- modalité de fixation du loyer à la prise d'effet du bail : absence de versement d'un droit d'entrée, ce qui implique par application de l'article R. 145-8 du code de commerce de se rapprocher de la valeur locative de marché.

En conséquence, si le loyer en vigueur excède la valeur locative de l'article R. 145-7, il sera retenu en cours de bail la moyenne entre ces deux prix pour calculer la valeur locative dans le cadre d'un renouvellement.

En capitalisant avec un coefficient de commercialité la différence entre :

la valeur locative de marché et la moyenne entre le loyer et la valeur locative en fonction des critères de l'article R. 145-7

Puis en déduisant avec un coefficient financier la différence entre :

la moyenne entre le loyer et la valeur locative en fonction des critères de l'article R. 145-7 et le loyer en vigueur sur la durée du bail restant à courir.

Le loyer peut également varier à la hausse ou à la baisse en cours de bail dans le cadre d'une révision sur le fondement des articles L. 145-38 ou 39 du code de commerce. Dans ce cas, si l'augmentation présente un caractère temporaire, il conviendra de déduire de la valeur du droit au bail comme dans le 2^e cas de l'exemple ci-dessus la différence entre le loyer déplafonné « article R. 145-7 » et le loyer en vigueur sur la durée du bail restant à courir, en appliquant un coefficient financier.

Faut-il prendre en compte les droits d'entrée ou « droit au bail » ?

Ils doivent être retenus pour le calcul d'une valeur de droit au bail, notamment dans le cadre d'une indemnité d'éviction. En effet, dans ce cas, il convient de calculer un loyer en capital.

La réponse est plus complexe pour un renouvellement de bail.

Un prix n'est pas une valeur.

L'expert analyse le marché à partir des prix, ce qui implique de les étudier à leur date de formation. Puis il recherche la valeur locative du local.

Si le « droit d'entrée » ou « droit au bail » est un loyer en capital, il est indifférent qu'il ait été perçu par le bailleur ou le locataire. Mais ce loyer est versé en une fois, il ne s'agit pas d'un loyer pratiqué périodiquement.

L'article R. 145-7 du code de commerce précise qu'il convient de rechercher la valeur locative dans le cadre d'un renouvellement de bail en fonction « des prix couramment pratiqués dans le voisinage ».

Le prix de marché reconstitué n'est pas un loyer pratiqué périodiquement. En ce sens, il semble qu'il devrait être écarté lors des renouvellements de baux. Mais retenir pour les renouvellements les loyers pratiqués sans y ajouter le droit d'entrée ou le droit au bail équivaut à écarter le marché.

Par exemple :

- Pour une valeur locative de marché de : 100 000 €/an
- une valeur locative « article R. 145-7 » de 60 000 €/an,
- un loyer de 30 000 €/an,
- avec une durée restant à courir du bail de 5 ans.

1^{er} cas : loyer inférieur à la valeur locative de l'article R. 145-7, déplafonné en fin de bail

La valeur du droit au bail peut être appréciée de la façon suivante :

1 - Capitalisation de la différence entre :

- une valeur locative de marché : 100 000 €
- une valeur locative « article R. 145-7 » : - 60 000 €

$$\frac{40\,000\ \text{€} \times 7}{7} = 280\,000\ \text{€},$$

2 - Ajout de la capitalisation de la différence entre :

- une valeur locative « article R. 145-7 » : 60 000 €
- un loyer : - 30 000 €

$$30\,000\ \text{€} \times 4,329477 =$$

$$130\,000\ \text{€}$$

$$\underline{410\,000\ \text{€}}$$

4,329477 étant un coefficient financier correspondant au taux de 5 % sur une durée de cinq années.

2^e cas : loyer supérieur à la valeur locative, renouvelable à la baisse en fin de bail

Le loyer n'est plus de 30 000 € mais de 80 000 €/an dans cet exemple.

En l'absence de plancher, la baisse est recevable sans motif à l'expiration du bail. Toutefois le locataire peut être amené à négocier un loyer de renouvellement supérieur à la valeur locative de l'article R. 145-7 du C. com. en raison du risque d'éviction par le bailleur.

La valeur du droit au bail peut être appréciée de la façon suivante, en conservant le coefficient de commercialité de 7 :

1 - Capitalisation de la différence entre :

- une valeur locative de marché : 100 000 €
- une moyenne entre le loyer et la valeur locative en fonction des critères de l'article R. 145-7 :

$$\frac{80\,000\ \text{€} + 60\,000\ \text{€}}{2} = - 70\,000\ \text{€}$$

$$= \frac{30\,000\ \text{€} \times 7}{7}$$

$$210\,000\ \text{€}$$

2 - Déduction du surloyer jusqu'à l'expiration du bail, soit la capitalisation de la différence entre :

- une moyenne entre le loyer et la valeur locative en fonction des critères de l'article R. 145-7 :

$$70\,000\ \text{€}$$

- un loyer : $\underline{- 80\,000\ \text{€}}$

$$- 10\,000\ \text{€} \times 4,329477 = - 43\,000\ \text{€}$$

$$167\,000\ \text{€}$$