



N°432

Mai 2010
40^e année



ISSN 0767 - 9939

ADMINISTRER

LA REVUE PROFESSIONNELLE DE L'ADMINISTRATEUR DE BIENS

D R O I T I M M O B I L I E R

ETUDES ET COMMENTAIRES

**La valorisation du droit
au bail "boutique"
en cas de cession du bail
avec déspecialisation :
une valeur partagée
en cas d'accord tripartite**

**La responsabilité de l'État
du fait des émeutes
urbaines :
premières décisions
à la suite des événements
de 2005**

**L'extension de l'article
L. 121-23 du Code
de la consommation
aux mandats pris
par correspondance**

JURISPRUDENCE

TEXTES OFFICIELS

RÉPONSES MINISTÉRIELLES

Bail commercial

La valorisation du droit au bail "boutique" en cas de cession du bail avec déspécialisation : une valeur partagée en cas d'accord tripartite

Patrick Colomer

Chartered Surveyor MRICS

Expert immobilier

près la Cour d'appel de Paris

Rares sont les baux tous commerces et généralement, le preneur est contraint, aux termes d'un bail commercial, de respecter la clause destination.

Certes, cette destination peut subir des modifications imposées au bailleur puisque les dispositions d'ordre public des articles L. 145-47 et L. 145-48 permettent au preneur de tenter d'obtenir une déspécialisation partielle lorsque le débat porte sur des activités connexes ou complémentaires à celles prévues au bail ou encore plénières, lorsqu'il s'agit de demander des activités différentes justifiées par la conjoncture économique et les nécessités de l'organisation rationnelle de la distribution. Encore faut-il, pour une déspécialisation plénière, que ces activités soient compatibles avec la destination, les caractéristiques et la situation de l'immeuble ou de l'ensemble immobilier.

Le preneur peut encore, lorsqu'il a demandé à bénéficier de ses droits à la retraite, céder son bail pour des activités autres que celles autorisées ; le bailleur disposant dans cette hypothèse d'une priorité de rachat et ce par application de l'article L. 145-51 du Code de commerce.

Ces dispositions particulières ne font pas l'objet de la présente étude, qui est limitée à une réflexion économique sur la valeur d'un droit au bail lorsqu'il est nécessaire, le fonds n'étant pas cédé simultanément, d'obtenir l'accord du bailleur pour un changement d'activité, s'agissant en quelque sorte d'une déspécialisation de gré à gré.

Certes, le prix du droit au bail est librement discuté entre cédant et cessionnaire mais la nécessaire intervention du bailleur est rarement gratuite, raison pour laquelle, après l'évocation de définitions économiques du droit au bail

et de la valeur locative de marché, les interventions simultanées du cédant, du cessionnaire et du bailleur seront évoquées dans le cadre de la recherche d'une négociation équilibrée.

I - DROIT AU BAIL ET VALEUR LOCATIVE DE MARCHÉ

A - Qu'est-ce que le droit au bail ?

C'est d'un point de vue économique une somme d'argent versée par un locataire à un autre locataire pour acquérir le droit d'occuper un local commercial.

La valeur du droit au bail est déterminée par la capitalisation de la différence entre la valeur locative de marché et le loyer.

Il ne peut être cédé sans autorisation du bailleur sauf clause particulière de cession du bail seul, rarissime en pratique,

ou cession du fonds de commerce impliquant la poursuite des activités autorisées.

Il s'agit de calculer la différence sur un an entre la valeur locative de marché et le loyer.

Le montant ainsi obtenu, appelé économie de loyer, fait ensuite l'objet d'une capitalisation.

Le coefficient de capitalisation n'est pas financier, le commerçant n'effectuant pas un placement financier mais acquérant un emplacement commercial représentant un potentiel de chiffre d'affaires et de marge brute d'exploitation.

C'est un coefficient de commercialité. 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 permettent de reconstituer la valeur locative de marché (voir Gazette du Palais spécial Baux commerciaux du 29 décembre 2007 : les méthodes de valorisation du droit au bail).

Le coefficient de commercialité est déterminé par comparaison du marché locatif avec les prix de cession.

Il varie en fonction du prix de marché, l'échelle est comprise actuellement entre 3 (pour une valeur locative unitaire de 300 €/m² pondéré) et 12 (au-delà de 5 500 €/m² pondéré).

Si le loyer correspond à la valeur locative de marché, il n'existe pas de valeur de droit au bail.

B - La valeur locative de marché

C'est la valeur locative du local libre d'occupation :

- pour une location nouvelle sans versement d'un droit d'entrée,
- pour le commerce le plus adapté à l'emplacement : celui qui générera le chiffre d'affaires le plus élevé au m²

d'aire de vente avec la marge brute d'exploitation la plus importante.

Elle peut être reconstituée en réintégrant les droits d'entrée et le droit au bail avec un coefficient de commercialité.

Ce coefficient doit permettre de retrouver la valeur locative de marché pratiquée pour une location nouvelle en loyer pur.

Le loyer résulte de l'occupation, il est à l'origine de la valeur du droit au bail.

L'écart entre le loyer contractuel et la valeur locative de marché peut être dû à la perception par le bailleur d'un droit d'entrée lors de la prise d'effet du bail, à une évolution de la commercialité matérialisée par une hausse des valeurs locatives pendant la durée du bail supérieure au loyer de renouvellement, qu'il résulte du jeu des indices par application de la règle du plafonnement ou encore d'une fixation judiciaire en fonction des critères de l'article R. 145-7 du Code de commerce (voir Business Immo mai 2009 : en cas de baisse, quelle valeur locative appliquer aux boutiques ?).

La valeur locative de renouvellement en cas de déplafonnement s'apprécie en fonction des critères énumérés à l'article L. 145-33 du Code de commerce, caractéristiques du local, destination des lieux, obligations respectives des parties, facteurs locaux de commercialité et, dans le cas qui nous intéresse, en fonction "des prix couramment pratiqués dans le voisinage".

Dès lors que les prix couramment pratiqués visés à l'article R. 145-7 du Code de commerce comportent des loyers de renouvellement fixés de gré à gré, des loyers judiciaires déplafonnés, des loyers transactionnels ou encore des valeurs de marché, d'évidence, cette valeur locative de renouvellement ou encore dite "judiciaire" est inférieure aux seuls prix du marché.

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.

Les commerçants recherchent la rentabilité directe de la boutique, mais aussi dans les beaux emplacements la répercussion sur les autres boutiques exploitées sous la même enseigne, l'effet vitrine permettant de multiplier le concept, ainsi que la valorisation de la marque.

Les commerçants font le même raisonnement et recherchent les mêmes emplacements, lesquels sont limités.

Les loyers sont hétérogènes, mais les valeurs locatives de marché reconstituées sont homogènes lorsqu'on applique un coefficient de commercialité.

Cela confirme que la méthode du différentiel est adaptée d'un point de vue économique.

Le droit au bail est un des éléments constitutifs du fonds de commerce.

Un fonds de commerce comprend nécessairement un local et une clientèle.

Lorsqu'un boucher cède son droit au bail pour un commerce de prêt-à-porter, il ne cède ni sa clientèle ni ses agencements, mais uniquement la valeur en capital d'une économie de loyer liée à un emplacement.

Le droit au bail est souvent l'élément constitutif principal d'un fonds de commerce exploité en boutique.

C'est la valeur du fonds de commerce sans clientèle ni agencements.

Lorsqu'est exercé dans une boutique un commerce qui n'est plus adapté à la rue, il est fréquent que la valeur du droit au bail soit très supérieure à celle du fonds.

L'article L. 145-16 du Code de commerce prévoit que le locataire peut vendre librement son fonds de commerce, sa valeur est négociée entre le cédant et le cessionnaire : l'opération est bipartite.

Le bailleur ne peut pas s'opposer à la vente du fonds de commerce, mais il peut s'opposer à la vente du simple droit au bail.

En conséquence, si la nouvelle activité est différente de celle du vendeur du fonds, le bailleur intervient dans la négociation qui devient tripartite.

II - LA VALEUR À PARTAGER

La déspecialisation, c'est l'autorisation donnée par le bailleur pour un changement d'activité.

L'intérêt est partagé :

- le locataire peut vendre le droit au bail plus cher que le fonds de commerce, car à défaut, il privilégierait la cession du fonds,
- le bailleur peut revaloriser le loyer, voire percevoir une indemnité, la gratuité en matière d'autorisation pour changement d'activité étant des plus rares.

L'indemnité de déspecialisation doit s'apprécier au cas par cas en fonction de la valeur du fonds dans l'activité exercée.

La marge de négociation avec le locataire cédant est limitée.

En effet, lorsque le bailleur réclame une augmentation de loyer ou une somme en capital trop importante, voire les deux, la valeur du droit au bail diminue.

Si elle devient inférieure à la valeur du fonds : le locataire cède alors dans son activité et le bailleur se retrouve sans rien.

L'accord est tripartite, il intervient entre :

- le locataire cédant,
- le bailleur,
- le locataire cessionnaire.

La négociation doit être abordée à partir de l'activité exercée, des activités autorisées par le bail, et des activités futures.

Cela implique de rechercher les valeurs locatives de marché et les loyers (valeurs locatives périodiques pratiquées) :

- 1) pour les commerces exercés si la cession n'est possible que dans le fonds de commerce ;
- 2) pour les commerces autorisés par le bail, le locataire pouvant dans ce cas modifier son activité sans autorisation du bailleur. Mais pour que le locataire bénéficie de la propriété commerciale, il convient de rappeler que le fonds doit avoir au minimum trois années d'exploitation avant l'expiration du bail ;
- 3) pour les commerces les plus adaptés à l'emplacement.

L'indemnité de déspecialisation prend les formes suivantes :

- une somme en capital,
- une augmentation de loyer,
- où les deux.

Mais *quid* de son *quantum* ?

Tout dépend du libellé de la clause de cession.

En effet, un bail tous commerces ne permet pas au locataire de céder pour tous commerces, mais uniquement dans le fonds de commerce par application de l'article L. 145-16 du Code de commerce.

Il ne faut pas confondre un bail tous commerces avec une faculté de cession libre pour tous commerces.

Si la cession n'est possible que dans le fonds de commerce, la marge de négociation dépend de sa valeur.

Après un exposé quelque peu théorique, quelques exemples permettront de cerner les critères du partage de la valeur.

Nous allons comparer les trois valeurs locatives puis calculer les "droit au

bail" afin de mieux cerner la marge de négociation tripartite.

1^{re} étape : examen des valeurs locatives

A - Pour les commerces exercés

Les commerces exercés sont *ALIMENTATION GÉNÉRALE - VINS*, la valeur locative de marché peut être appréciée à partir du taux d'effort du locataire si le chiffre d'affaires réalisé est normal pour l'emplacement.

• **la valeur locative de marché** : si le chiffre d'affaires s'est établi à 550 000 € HT, la valeur locative de marché en retenant un taux d'effort de 10 % s'établit à : $550\,000\text{ €} \times 10\% = 55\,000\text{ €}$ (soit 550 €/m²B)

• **la valeur locative dans le cadre d'un renouvellement de bail** s'apprécie, en cas de déplafonnement, en fonction des commerces autorisés par le bail par application de l'article R. 145-5 du Code de commerce (voir *infra*).

Dans l'hypothèse du plafonnement, le loyer serait fixé par application des variations de l'indice INSEE du coût de la construction à 20 000 €.

B - Pour les commerces autorisés par le bail

Dans notre exemple les commerces autorisés sont *ALIMENTATION GÉNÉRALE - VINS - PARFUMERIE*, la valeur locative de marché est supérieure.

• **la valeur locative de marché** sur la base de 750 €/m²B : $100\text{ m}^2\text{B} \times 750\text{ €} = 75\,000\text{ €}$

• **la valeur locative dans le cadre d'un renouvellement de bail** sur la base de 500 €/m²B : $100\text{ m}^2\text{B} \times 500\text{ €} = 50\,000\text{ €}$

C - Pour les commerces adaptés à l'emplacement

• **la valeur locative de marché** à partir des locations nouvelles sans versement d'un droit d'entrée et des loyers décapitalisés sur la base de 1 000 €/m²B : $100\text{ m}^2\text{B} \times 1\,000\text{ €} = 100\,000\text{ €}$

• **la valeur locative dans le cadre d'un renouvellement de bail** par application de l'article R. 145-7 du Code de commerce à partir des loyers périodiques sur la base de 700 €/m²B :
 $100 \text{ m}^2\text{B} \times 700 \text{ €} = 70\,000 \text{ €}$

2^e étape : étude des valeurs de droit au bail

A - Pour les commerces exercés

La cession est bipartite, elle intervient entre le cessionnaire et le cédant, le bailleur ne peut pas intervenir.

Le prix unitaire étant de 550 €, il sera retenu un coefficient de commercialité de 6.

1) En cas de plafonnement du loyer :

• valeur locative de marché :
 $55\,000 \text{ €}$
 • loyer plafonné :
 $\frac{20\,000 \text{ €}}{35\,000 \text{ €}} \times 6 = 210\,000 \text{ €}$

2) En cas de déplafonnement du loyer :

• valeur locative de marché : 55 000 €
 • valeur locative en fonction des critères de l'article R. 145-7 du Code de commerce en fonction des commerces autorisés par le bail, par application de l'article R. 145-3 du Code de commerce :
 $\frac{50\,000 \text{ €}}{5\,000 \text{ €}} \times 6 = 30\,000 \text{ €}$

B - Pour les commerces autorisés par le bail

Tout dépend du libellé de la clause de cession. Si la cession est autorisée uniquement dans le fonds de commerce, le bailleur pourra intervenir uniquement s'il reste moins de trois années de bail à courir. En effet, le locataire peut changer de modalités d'exploitation, mais il faudra plus de trois années d'exploitation pour qu'il puisse prétendre à la propriété commerciale.

Le prix unitaire étant de 750 €, il sera retenu un coefficient de commercialité de 7.

1) En cas de plafonnement du loyer :

• valeur locative de marché : 75 000 €
 • loyer plafonné :
 $\frac{20\,000 \text{ €}}{55\,000 \text{ €}} \times 7 = 385\,000 \text{ €}$

2) En cas de déplafonnement du loyer :

• valeur locative de marché : 75 000 €
 • valeur locative en fonction des critères de l'article R. 145-7 du Code de commerce :
 $\frac{50\,000 \text{ €}}{25\,000 \text{ €}} \times 7 = 175\,000 \text{ €}$

C - Pour les commerces les plus adaptés à l'emplacement

La cession est tripartite dès que le locataire doit demander une modification de la destination contractuelle au bailleur.

Le prix unitaire étant de 1 000 €, il sera retenu un coefficient de commercialité de 8.

1) En cas de plafonnement du loyer :

• valeur locative de marché : 100 000 €
 • loyer plafonné :
 $\frac{20\,000 \text{ €}}{80\,000 \text{ €}} \times 8 = 640\,000 \text{ €}$

Toutefois cette hypothèse ne peut être retenue, les commerces autorisés par le bail n'étant pas les plus adaptés à l'emplacement, la cession nécessite l'accord du bailleur.

Mais peut-il obtenir un loyer déplafonné ? Tout dépend de la valeur du droit au bail dans les commerces exercés et/ou autorisés.

2) En cas de déplafonnement du loyer :

• valeur locative de marché : 100 000 €
 • valeur locative en fonction des critères de l'article R. 145-7 du Code de commerce :
 $\frac{70\,000 \text{ €}}{30\,000 \text{ €}} \times 8 = 240\,000 \text{ €}$

Si la valeur du fonds est inférieure à ce montant, le bailleur pourra négocier un loyer déplafonné et une indemnité de déspecialisation.

3^e étape : calcul de la marge de négociation

Si la cession n'est possible que dans le fonds de commerce, la marge de négociation dépend de sa valeur. La valeur d'un fonds peut être supérieure à celle du droit au bail, mais pas inférieure.

Pour un fonds d'alimentation, on pourrait retenir 35 % du chiffre d'affaires, soit dans notre exemple :
 $550\,000 \text{ €} \times 35\% = 192\,500 \text{ €}$.

Faut-il dans un cadre indemnitaires se limiter à l'approche de la cession du droit au bail dans l'activité, compte tenu des commerces autorisés par le bail, ou rechercher la valeur marchande du droit au bail, laquelle implique l'accord du bailleur ?

Compte tenu des paramètres évoqués *supra*, quelle est l'indemnité négociable pour le bailleur ?

Il cherchera la valeur locative déplafonnée prévue à l'article R. 145-7 du Code de commerce compte tenu des nouveaux commerces autorisés par le bail et adaptés à l'emplacement, mais peut-il l'obtenir ?

La réponse est positive dès lors que la valeur du droit au bail calculée à partir de la valeur locative la plus adaptée à l'emplacement avec un loyer déplafonné est supérieure à celle calculée dans les activités autorisées par le bail.

Le gain est le suivant :

A - Si la cession n'est possible que dans les commerces exercés

1) En cas de plafonnement du loyer
 • Droit au bail pour les commerces les plus adaptés à l'emplacement avec un loyer déplafonné de 70 000 €/an (nécessitant l'autorisation du bailleur) :
 $240\,000 \text{ €}$
 • Droit au bail pour les commerces autorisés par le bail avec un loyer pla-

plafonné de 20 000 €/an (ne nécessitant pas l'autorisation du bailleur) :

$$\frac{210\,000\ \text{€}}{+ 30\,000\ \text{€}}$$

Il est possible d'obtenir le déplafonnement et une indemnité en capital.

Dans l'hypothèse où le partage du gain s'effectuerait par moitié, la valeur du droit au bail s'établirait à :

$$210\,000\ \text{€} + \frac{30\,000\ \text{€}}{2} = 225\,000\ \text{€}$$

Le bailleur sur le marché accepterait cette négociation qui lui permet :

- d'augmenter le loyer de 20 000 € à 70 000 €, soit un gain annuel de 50 000 €
- et d'obtenir une indemnité de déspecialisation de :

$$\frac{30\,000\ \text{€}}{2} = 15\,000\ \text{€}$$

2) En cas de déplafonnement du loyer
Si le loyer en cas de renouvellement de bail était plafonné, la valeur du droit au bail négociable pour le locataire s'établirait à :

- Droit au bail pour les commerces les plus adaptés à l'emplacement avec un loyer plafonné de 70 000 €/an (autorisation du bailleur) : 240 000 €
 - valeur du fonds (pas d'autorisation du bailleur) : 192 500 € (dont 30 000 € de droit au bail)
- $$+ 47\,500\ \text{€}$$

Comme précédemment il est possible d'obtenir le déplafonnement et une indemnité en capital.

Dans l'hypothèse où le partage du gain s'effectuerait par moitié, la valeur du droit au bail s'établirait à :

$$192\,500\ \text{€} + \frac{47\,500\ \text{€}}{2} = 216\,000\ \text{€}$$

en chiffre rond

Le bailleur sur le marché accepterait cette négociation qui lui permet :

- d'augmenter le loyer de 20 000 € à 70 000 €, soit un gain annuel de 50 000 €
- et d'obtenir une indemnité de déspecialisation de $\frac{47\,500\ \text{€}}{2} = 23\,750\ \text{€}$

B - Si la cession n'est possible que dans les commerces autorisés

1) En cas de plafonnement du loyer

• Droit au bail pour les commerces les plus adaptés à l'emplacement avec un loyer plafonné de 70 000 €/an :

$$240\,000\ \text{€}$$

• Droit au bail pour les commerces exercés par le bail avec un loyer plafonné de 20 000 €/an :

$$\frac{385\,000\ \text{€}}{- 145\,000\ \text{€}}$$

Il n'est pas possible d'obtenir un loyer déplafonné.

Le droit au bail pour le commerce le plus adapté à l'emplacement avec un loyer plafonné s'établit à 640 000 €.

Le gain pour le locataire est de : 640 000 € - 385 000 € = 255 000 €, représentant en valeur locative annuelle à partir du coefficient de commercialité de 8 :

$$\frac{255\,000\ \text{€}}{8} = 31\,875\ \text{€}$$

Ce gain peut être partagé par moitié, soit une augmentation de loyer de :

$$\frac{31\,875\ \text{€}}{2} = 15\,938\ \text{€/an}$$

le portant dans le cadre de la déspecialisation à :

loyer plafonné	20 000 €
augmentation	$\frac{15\,938\ \text{€}}{35\,938\ \text{€}}$

et conduisant à une valeur de droit au bail de :

- valeur locative de marché pour le commerce le plus adapté : 100 000 €
- loyer de déspecialisation : $\frac{35\,938\ \text{€}}{64\,062\ \text{€} \times 8} = 515\,000\ \text{€}$

Il n'y a pas d'indemnité de déspecialisation, le bailleur peut prétendre uniquement à une augmentation de loyer.

2) En cas de déplafonnement du loyer

Si le loyer en cas de renouvellement de bail était plafonné, la valeur du droit au bail négociable pour le locataire s'établirait à :

- Droit au bail pour le commerce le plus adapté à l'emplacement avec un loyer déplafonné de 70 000 €/an : 240 000 €
 - valeur du fonds : 192 500 € (dont 175 000 € de droit au bail)
- $$+ 47\,500\ \text{€}$$

La marge de négociation est la même que pour les commerces exercés : une augmentation de loyer de 50 000 €/an et une indemnité de déspecialisation de 23 750 €.

C - Si les commerces exercés sont ceux adaptés

La cession est bipartite, elle peut se faire sans l'intervention du bailleur.

III - CONCLUSION

Il existe de nombreuses cessions de droit au bail tripartites sur le marché.

Le bailleur profite de la demande de changement de commerce pour le plus souvent revaloriser le loyer et/ou obtenir une indemnité.

En conséquence, lorsque le locataire fait l'objet d'une éviction, l'indemnité, qui doit compenser le préjudice subi, ne peut être inférieure à la valeur du droit au bail susceptible d'être négociée sur le marché avec l'accord du bailleur.

Lorsqu'un quinquancier, par exemple, veut céder son droit au bail, nul ne peut douter que le prix du marché susceptible d'être pris en compte dans le cadre d'une telle activité est largement inférieur à des commerces où la marge est des plus conséquentes, tels par exemple le prêt-à-porter.

Retenir le même prix de marché pour un commerce de quincaillerie et un commerce de prêt-à-porter, dans le cadre de la détermination d'une indemnité d'éviction, revient à permettre le calcul de la valeur d'un droit au bail tous commerces, ce qui manifestement constitue un enrichissement pour le locataire lorsque naturellement, cette valeur est supérieure à celle de son fonds de commerce. ■