

DROIT D'ENTRÉE/DROIT AU BAIL : LA DÉCAPITALISATION OU LA DÉCAPITATION DU MARCHÉ ?

par Patrick Colomer

Expert près la cour d'appel de Paris, Chartered Surveyor MRICS

Le principe de la décapitalisation a été rejeté par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 16 septembre 2016, alors que cette technique est incontestablement pratiquée pour rechercher la valeur locative de marché dans le cadre de la valorisation du droit au bail par la méthode du différentiel de loyer. La question de la prise en compte de la nature de « loyer en capital » lors des renouvellements de baux est au centre des débats.

La valeur locative correspond à la somme qui doit être versée pour l'usage d'un bien immobilier. Pour un local commercial, elle dépend directement du potentiel de rentabilité économique qui pourra être généré grâce au local.

Depuis le développement du e-commerce, une partie du chiffre d'affaires est réalisée en dehors des boutiques. Toutefois, Internet ne peut fonctionner sans les boutiques, qui confèrent une visibilité et une convivialité, restant des lieux de rencontre.

Ainsi, les locataires ne raisonnent plus uniquement en termes de chiffre d'affaires au mètre carré de vente et de marge brute d'exploitation, mais incluent leur stratégie de développement, tant de leur réseau que de leur marque.

La conséquence est un marché locatif à deux vitesses : les bons emplacements et les autres.

L'augmentation des valeurs locatives est significative malgré la crise dans les emplacements de forte commercialité ou ayant une bonne visibilité. Les loyers purs y ont augmenté, mais aussi les droits d'entrée ou droit au bail.

La doctrine et, par voie de conséquence, les juridictions sont en désaccord sur la réintégration des droits d'entrée et droits au bail pour le calcul de la valeur locative.

Il convient au préalable de remarquer que tous les praticiens décapitalisent les droits d'entrée et les prix de cession lorsqu'ils recherchent la valeur du droit au bail par la méthode du différentiel de loyer.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 11 octobre 2011 (Civ. 3^e, 11 oct. 2011, n° 08-18.599, AJDI 2011. 788, obs. J.-P. Dumur), n'a pas écarté le principe de la décapitalisation pour le renouvellement d'une location sans versement d'un droit d'entrée, en rappelant le pouvoir souverain d'appréciation de la cour d'appel qui lui permet d'adopter « le mode de calcul qui lui est apparu le meilleur ».

Retenir pour les renouvellements de baux les loyers pratiqués sans y ajouter le droit d'entrée ou le droit au bail équivaut à écarter une partie du marché, d'autant plus que les locations nouvelles sans versement d'un droit d'entrée sont rares dans les emplacements recherchés commercialement.

La nature de complément de loyer est cependant contestée. Lorsque le droit d'entrée est qualifié de complément de loyer dans le bail, il n'y a pas de difficulté juridique pour le réintégrer.

La cour d'appel de Paris a rejeté le principe de la décapitalisation dans un arrêt du 16 septembre 2016 (pôle 5, ch. 3, n° 14/13401, SARL Le Bastille c/ SCI du 8-10, place de la Bastille et 3, rue de la Roquette⁽¹⁾), sans tenir compte des modalités de fixation du loyer.

Le tribunal de grande instance de Paris, dans le jugement du 15 mai 2014 (RG n° 12/10410, SARL Le Bastille c/ SCI du 8-10, place de la Bastille et 3, rue de la Roquette) qui a été infirmé par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 16 septembre 2016, indiquait :

« Les prix de marché représentent la vérité des prix à tout le moins sur le plan économique. Qu'il convient aussi de prendre en compte les loyers décapitalisés en ce qu'en présence d'un pas de porte ou d'un droit d'entrée ou d'un droit au bail supporté par le locataire, le prix pratiqué sur le marché est artificiellement bas et n'a de sens économique que si et seulement si le complément de loyer versé est incorporé au loyer sous forme d'amortissement ou de décapitalisation sur les neuf ans de la durée du bail. »

Le principe de la réintégration est logiquement posé, mais le tribunal a commis deux erreurs expliquant en partie le rejet par la cour : le complément de loyer n'est pas amortissable et il n'est pas incorporé sur la durée du bail.

■ L'amortissement : le droit au bail ne peut pas être amorti par le locataire, car il ne disparaît pas au terme du bail. Quant au droit d'entrée, il se transforme en droit au bail dès sa prise d'effet. En fonction de l'évolution du marché locatif, le droit au bail se revend parfois plus cher que son prix d'acquisition. Il n'est pas amorti par le locataire, tant fiscalement que comptablement, mais ajusté à la hausse comme à la baisse tous les ans à l'actif du bilan.

■ La durée : neuf années correspondent à la durée d'un bail, alors que le droit au bail conserve une valeur au-delà de neuf ans. Le coefficient de décapitalisation ne correspond pas à la durée, ainsi que cela va être démontré ci-après.

Il convient au préalable d'examiner la nature du droit d'entrée.

(1) Au sujet duquel, V. aussi F. Maigné-Gaborit, AJDI 2016. 645 ; J.-P. Dumur, *ibid.* 725.

■ La nature de loyer

Lors de la prise à bail, il existe deux modes de détermination du loyer :

- loyer pur : 1 000 €/m² ;
- loyer minoré avec la perception d'un droit d'entrée :
1 000 € - 400 € = 600 €/m².

Le loyer annuel est, dans cet exemple, minoré de 40 % en contrepartie de la perception du droit d'entrée.

La minoration de 400 €/m² est transformée par le bailleur en un capital. Si celui-ci est de 4 000 €, le multiple ressort à 10.

La valeur locative de marché est inchangée, elle est juste ventilée avec une partie versée en une fois sous la forme d'un droit d'entrée. Le droit d'entrée, c'est la somme versée par un locataire au bailleur à la prise d'effet du bail.

Le droit au bail, c'est la somme versée par le locataire entrant au locataire sortant.

Ainsi, le droit d'entrée se transforme en droit au bail dès sa prise d'effet dans la mesure où celui-ci est cessible avec le fonds de commerce dont il fait partie et constitue sa valeur *a minima*.

La cour d'appel d'Aix-en-Provence a rendu un arrêt le 20 janvier 2011 (4 ch. C, RG n° 09/05136, *Mme Evelynne Carlier c/ SA Eden Shoes*) qui rejette la nature de loyer du droit au bail, au motif essentiel qu'il n'est pas perçu par le bailleur. Toutefois, il convient d'observer qu'il est indifférent pour le cessionnaire de verser une somme au locataire (cédant) ou au bailleur pour obtenir le bail. La cession dans le fonds étant d'ordre public, l'autorisation du bailleur est indispensable uniquement en cas de changement d'activité ; dans ce cas, le locataire ne cède ni sa clientèle ni ses agencements, la nouvelle activité

étant différente, mais uniquement l'avantage d'un loyer réduit sous forme de capital. Le droit au bail est, en conséquence, un loyer en capital transmis entre locataires, avec la perception par le bailleur d'une indemnité et/ou d'une augmentation de loyer lorsque son

autorisation est nécessaire en cas de changement d'activité. En raison du décalage entre la valeur locative de marché et celle du code de commerce, voire le loyer plafonné, le droit au bail est devenu un élément important du fonds de commerce.

La cour d'appel de Paris a indiqué, dans un arrêt du 6 octobre 2010 (Pôle 5 ch. 3, RG n° 09/03891, *Société civile Stef 1 copropriété immobilière c/ SAS Nocibe France*), qu'un loyer décapitalisé est déterminé artificiellement, ce qui implique de le recouper avec d'autres références pour approcher la réalité du marché. Cette démarche ne peut qu'être approuvée, le coefficient de « décapitalisation » ne pouvant résulter que de l'observation du marché.

Le montant du droit au bail comme celui du droit d'entrée varie en fonction du niveau du loyer.

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

Prenons trois boutiques contiguës d'une superficie de 100 m² qui sont louées :

- boutique A : 100 000 €/an ;
- boutique B : 70 000 €/an ;
- boutique C : 20 000 €/an.

Il n'y a pas eu de droit d'entrée pour la boutique A : le prix correspond à la valeur locative de marché. Le droit au bail a été cédé 240 000 € pour la boutique B et 640 000 € pour la boutique C.

Le loyer de 100 000 € correspond au marché, il fait ressortir pour 100 m² un prix unitaire de 1 000 €/m². Tel n'est pas le cas des loyers des boutiques B et C.

La valeur locative de marché étant connue, elle va permettre de déterminer avec précision le coefficient à appliquer aux cessions pour la reconstituer. L'opération consiste en la division du droit au bail par le différentiel de loyer.

Boutique B :

100 000 € (valeur locative de marché) - 70 000 € (loyer) = 30 000 € (différentiel),
240 000 € ÷ 30 000 € = 8.

Boutique C :

100 000 € (valeur locative de marché) - 20 000 € (loyer) = 80 000 € (différentiel),
640 000 € ÷ 80 000 € = 8.

Le coefficient permettant de reconstituer la valeur locative de marché ressort à 8.

Le droit d'entrée est une modalité de paiement du loyer. Sa réintégration dans le loyer pratiqué périodiquement permet de reconstituer la valeur locative de marché.

Le tribunal de grande instance de Paris, dans le jugement précité du 15 mai 2014, infirmé par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 16 septembre 2016, précisait « que l'article R. 145-7 [du code de commerce] implique, en effet, une comparaison avec les prix couramment pratiqués dans le voisinage et que le droit d'entrée fait partie du prix accepté par le locataire, qu'exclure les loyers décapitalisés revient à déterminer la valeur locative en ne tenant pas compte d'une partie des prix pratiqués dans le voisinage, que les arrêts produits par l'appelante pour affirmer que la jurisprudence condamne la méthode consistant à retenir des loyers décapitalisés sont antérieurs à deux arrêts importants de la Cour de cassation qui s'est refusée à contrôler la méthode de détermination ».

Il convient d'observer que le droit d'entrée fait bien partie du prix, mais est payé en capital, et non périodiquement. L'article R. 145-7 précité vise les termes de comparaison, lesquels ne reflètent pas tous la valeur locative. Il existe différents niveaux de prix en raison du blocage des loyers, le principe posé par l'article L. 145-34 du code de commerce étant le plafonnement. Il faut un motif pour pouvoir augmenter un loyer, ce qui conduit le plus souvent bailleur et locataire à transiger sur un prix intermédiaire entre le loyer plafonné et la valeur locative. Ainsi, les prix couramment pratiqués périodiquement dans le voisinage ne reflètent pas le plus souvent la valeur locative, mais en sont déconnectés.

Lors des cessions de droit au bail, le bailleur accorde son autorisation de changement de commerce en contrepartie d'une augmentation de loyer. Il ne peut pas obtenir la valeur locative de marché, car le locataire a le droit de céder le fonds sans son autorisation, cette disposition étant d'ordre public. En conséquence, l'augmentation de loyer sera limitée, devant laisser au droit au bail une valeur supérieure à celle du fonds. Cela crée un niveau de prix pratiqués inférieurs au marché.

Les droits d'entrée ou droit au bail ne sont pas des loyers pratiqués périodiquement, mais des loyers en capital.

La cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans un arrêt du 7 mai 2008 (Aix-en-Provence, 7 mai 2008, Loyers et

Le plus souvent, les prix couramment pratiqués dans le voisinage sont déconnectés de la valeur locative.

copr. 2010, n° 169)², a posé le principe de la réintégration des droits d'entrée et des prix de cession, mais pour le renouvellement des locations consenties initialement sans pas de porte. Des positions identiques ont été adoptées par les cours d'appel de Rennes et de Toulouse (Rennes, 6 janv. 2010, 7^e ch., n° 06/03680, *SCI Aristide 3 c/ Cinq s/Cinq (Sté)*; Toulouse, 10 mars 2010, 2^e ch., n° 08/04083, *Armand A... c/ Le Bon Vivre (Sté)*; Loyers et copr. 2010, n° 167)³. La réintégration du complément de loyer est indispensable pour apprécier le marché.

Si le bail est consenti au prix du marché, il faut qu'il prévoise son application en cas de renouvellement.

En l'absence de référence au marché, c'est la valeur locative encadrée en fonction des critères du code de commerce qui s'applique.

La valeur locative de marché peut être reconstituée uniquement si on applique au droit d'entrée ou au droit au bail un coefficient adapté, lequel ne peut résulter que de l'observation du marché.

■ Le coefficient de décapitalisation

Le coefficient permettant de reconstituer la valeur locative de marché n'est pas financier, le commerçant n'effectuant pas un placement financier, mais louant un emplacement commercial qui représente un potentiel de chiffre d'affaires et de marge brute d'exploitation.

L'emplacement joue un rôle considérable, mais ce coefficient est lié aux seuls prix de marché. 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. Par l'analyse des cessions on trouve les coefficients qui permettent de reconstituer la valeur locative de marché. Appliquer un coefficient uniforme ne permet pas de retrouver la valeur locative de marché : celle qui est pratiquée pour les locations nouvelles sans versement d'un droit d'entrée.

Le coefficient variant en fonction du prix du marché, plus le prix unitaire est élevé, plus il augmente.

Cela s'explique par le fait que plus le chiffre d'affaires augmente, plus la capacité contributive (appelée taux d'effort) est importante.

L'analyse des droits d'entrée et du marché des cessions de droit au bail des boutiques conduit aux coefficients suivants, déterminés en fonction du prix du marché (V. tableau ci-contre).

Le coefficient est lié à l'emplacement, mais il doit prendre également en compte la destination contractuelle et l'époque de la valorisation. Seul le prix permet de prendre en considération tous ces éléments.

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

Cela confirme que la méthode du différentiel de loyer pour calculer une valeur de droit au bail est adaptée d'un point de vue économique.

En appliquant la grille (V. tableau ci-dessous), les loyers reconstitués correspondent aux loyers de marché sans versement d'un droit d'entrée.

L'application d'un coefficient uniforme, qui ne résulte pas de l'observation du marché, est à l'origine de l'incompréhension du principe de la décapitalisation.

La cour d'appel de Paris, dans l'arrêt du 16 septembre 2016 (préc.), motive ainsi le rejet de la capitalisation : « *Enfin, c'est de manière pertinente que l'expert n'a pas tenu compte, dans son examen des loyers du voisinage, de ceux dits décapitalisés en estimant que la valeur locative était à apprécier uniquement au regard des valeurs locatives unitaires qui se dégagent des loyers périodiques, et non en tenant compte de celles issues de l'amortissement des droits d'entrée ou des prix de cession (versés aux cédants et non aux bailleurs), et ce notamment pour des emplacements de haute commercialité pour lesquels la valeur du droit au bail qui est payée peut inclure d'autres éléments de valorisation qui ne sont pas strictement liés à l'économie de loyer et peuvent revêtir une valeur d'opportunité ou de stratégie de développement de sorte que le droit au bail qui est acquitté n'a pas la qualité d'un complément de loyer.* »

La cour :

■ remarque que le prix de cession d'un droit au bail est versé au cédant et non au bailleur, ce qui est exact. Mais lorsqu'un boucher cède son fonds à un commerce de prêt-à-porter, il ne cède pas son matériel, ni ses agencements, ni sa clientèle, mais uniquement

Prix unitaire (m ² B)	Coefficient
< 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

(2) Au sujet duquel, V. aussi Ph.-H. Brault, Loyers et copr. 2010. Étude 7.

(3) V. note 2.

La réintégration du complément de loyer est indispensable pour apprécier le marché.

L'avantage d'un loyer réduit. L'autorisation du bailleur est indispensable pour le changement d'activité. Il demandera une augmentation de loyer, mais il ne pourra pas obtenir la valeur locative de marché, car la cession est possible dans le fonds sans son autorisation, cette disposition étant d'ordre public. Plus la valeur du fonds est basse, plus la revalorisation du loyer sera importante, et inversement. Si le cédant est un bijoutier, sa valeur de fonds est supérieure à celle du boucher : l'augmentation de loyer sera dans ce cas plus limitée afin de maintenir une valeur de droit au bail supérieure à celle du fonds ;

- reprend à tort la théorie de l'amortissement, alors qu'il est fiscalement et comptablement impossible ;
- considère à juste titre que le droit d'entrée ou le droit au bail « peuvent inclure d'autres éléments de valorisation qui ne sont pas strictement liés à l'économie de loyer et peuvent revêtir une valeur d'opportunité ou de stratégie de développement ». Cela ne retire cependant pas leur la nature de loyer en capital, ces éléments étant directement liés au local, qui confère au locataire une visibilité lui permettant de réaliser un chiffre d'affaires en dehors et, surtout, d'améliorer sa rentabilité. Cela reste la contrepartie de la location. Le locataire ne travaille pas uniquement pour le chiffre d'affaires, mais aussi et surtout pour la rentabilité (excédent brut d'exploitation [EBE]). La capacité contributive (taux d'effort) est corrélée au chiffre d'affaires.

La capacité contributive est calculée ainsi : EBE + loyer. Dans le cadre d'une approche rentabilité, tout en précisant qu'elle n'est pas prévue par le code de commerce, étant celle du marché, il faut rémunérer :

- le capital (bailleur) ;
- le travail (exploitant-locataire) ;
- le risque (exploitant-locataire).

Année	Chiffre d'affaires (€)	EBE (€)	EBE + Loyer (€)
1	1000	200	1200
2	1100	220	1320
3	1200	240	1440
4	1300	260	1560
5	1400	280	1680
6	1500	300	1800
7	1600	320	1920
8	1700	340	2040
9	1800	360	2160
10	1900	380	2280
11	2000	400	2400
12	2100	420	2520

Plus le chiffre d'affaires augmente, plus la capacité contributive est élevée. Cela est normal dès lors que les frais variables augmentent moins rapidement que le chiffre d'affaires, ce qui permet d'améliorer la rentabilité.

Meilleur est l'emplacement, meilleure est la performance, ce qui augmente la capacité contributive.

Il s'avère que le risque d'exploitation diminue lorsque l'emplacement est bon, ce qui augmente la capacité contributive du locataire. S'y ajoutent le budget communication et la valorisation de la marque du locataire générés par le local, lesquels n'apparaissent pas dans le compte d'exploitation de la boutique.

En conséquence, la rémunération du capital est majorée dans les bons emplacements : les valeurs locatives sont plus élevées.

Le principe de la réintégration des droits d'entrée et des droits au bail est indispensable pour appréhender la valeur locative de marché, c'est une réalité économique. Autrement cela revient à écarter une partie du marché. Il y a d'ailleurs un consensus sur le principe de la décapitalisation pour le calcul des valeurs de droits au bail dans le cadre des indemnités d'éviction. La véritable question réside dans la prise en compte des loyers reconstitués lors des renouvellements de baux, s'agissant de loyers pratiqués en capital, et non périodiquement. Lorsqu'un bail est consenti au prix du marché, il faut prévoir son application dans le bail en cas de renouvellement pour éviter la baisse mécanique du loyer résultant de l'application des critères du code de commerce. C'est possible, l'article L. 145-33 n'étant pas d'ordre public.