

BAUX COMMERCIAUX

Destination contractuelle et droit au bail ^{155v5}

D'une négociation tripartite sur le marché à une fixation bipartite en éviction

L'essentiel

Le droit au bail est l'élément constitutif principal du fonds de commerce. Il consiste en la cession entre locataires d'un loyer inférieur au marché, le plus souvent pour un commerce plus adapté à l'emplacement que celui antérieurement exercé, ce qui nécessite l'accord du bailleur.

Sur le marché, les cessions sont nombreuses ; le droit au bail a une réelle valeur économique dès lors que le bailleur a intérêt à accepter la modification de la destination contractuelle en contrepartie d'une augmentation de loyer.

En éviction, le droit au bail perd une partie de sa valeur marchande, sa cession en dehors du fonds de commerce étant généralement interdite dans les baux.



Étude par
Patrick COLOMER
chartered surveyor MRICS,
expert près la cour
d'appel de Paris

Le droit au bail est l'élément constitutif principal du fonds de commerce exploité en boutique, sur lequel se base le calcul de l'indemnité d'éviction. Il existe un véritable marché du droit au bail, dont il devrait être tenu compte lors du calcul des indemnités d'éviction. Les cessions sont nombreuses, et impactent les loyers.

L'éviction reste d'actualité malgré la crise, les indemnités étant moins élevées en raison de la baisse des prix. Par ailleurs, le plafonnement du déplaçonnement figurant dans le projet de réforme ⁽¹⁾ de la ministre de l'Artisanat, du Commerce et du Tourisme, Madame Sylvia Pinel, constitue une incitation à l'éviction, tant que la fiscalité restera attractive pour les bailleurs : l'indemnité est en effet une charge déductible des revenus fonciers du bailleur si la boutique évincée est relouée à un loyer plus élevé. Il convient également de rappeler que l'augmentation du loyer entraîne une augmentation de la valeur vénale des murs, celle-ci dépendant directement de son niveau.

Aujourd'hui, le risque zéro consiste à privilégier les meilleurs emplacements, ce qui génère parfois des surenchères.

Cela s'explique en partie par la concurrence du e-commerce. Le développement du e-commerce est exponentiel ; la technologie est devenue accessible, elle est également évolutive et interactive. Les boutiques sont le complément indispensable d'internet, elles deviennent des lieux de rencontre, d'attraction où l'on peut voir en réel le produit. Les enseignes qui ont commencé leur

développement sur internet prennent à bail des boutiques dans lesquelles l'installation de bornes internet est pré-existante ou rendue possible.

“ L'éviction reste d'actualité malgré la crise, les indemnités étant moins élevées en raison de la baisse des prix ”

Le principal critère est la visibilité, pas forcément la commercialité de la voie.

Les centres commerciaux ne maîtrisent plus le chiffre d'affaires réalisé ; en conséquence ils abandonnent progressivement le loyer variable sur le chiffre d'affaires, et le remplacent par une quote-part variable en fonction de la fréquentation de la galerie, par comptage électronique.

La classification des emplacements par catégories est donc désormais incontournable ; on constate en 2013 :

- emplacements n° 1 top : surenchère ;
- emplacements n° 1 : maintien voire légère augmentation avec reprise du volume d'offres ;
- emplacements n° 1 bis : baisse ;
- emplacements n° 2 : forte baisse, et même délaissement.

I. QUELQUES DÉFINITIONS PRÉALABLES :

– La valeur locative de marché, c'est la valeur locative réelle, appelée « loyer pur » :

- 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.

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

(1) Projet de loi relatif à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, déposé le 21 août dernier à l'Assemblée nationale ; sur ce texte, v. C.-E. Brault, « Projet de loi du 21 août 2013 et modifications au statut des baux commerciaux » : Gaz. Pal. 3 oct. 2013, p. 5, 148c5.

de marché est reconstituée en réintégrant au loyer le droit d'entrée ou le droit au bail.

– **Le droit d'entrée** : versé au bailleur par le locataire bénéficiaire d'un bail neuf, il correspond à un capital indemnisant le bailleur par anticipation du montant réduit consenti sur le loyer.

– **Le droit au bail** : versé par le bénéficiaire d'une cession de bail, il 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).

– **La valeur locative « L. 145-33 du Code de commerce »** tient compte des différents niveaux de prix pratiqués en application de l'article R. 145-7 du même code : 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 Code de commerce fixe les termes d'une loi économique, et non d'une loi sociale, comme dans le cadre de l'habitation. Il en résulte la liberté contractuelle pour le loyer d'origine, mais aussi pour les charges et conditions du bail.

C'est le paradoxe de la propriété commerciale. Le Code de commerce ne protège pas l'exploitant mais l'exploitation, il protège le fonds de commerce à travers le local, d'où l'importance du droit au bail.

II. 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.

Ainsi par exemple :

valeur locative de marché :	1 000 €/m ² B	
loyer :	- 255 €/m ² B	
	= 745 €/m ² B	x 8 = 5 960 €/m ² B

soit, pour une boutique de 100 m²B : 596 000 €

(sachant que m²B signifie m² boutique, et que 8 est le coefficient de commercialité résultant du prix unitaire de 1 000 €/m²B)

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 à celle du loyer en renouvellement – qui 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.

“ *Le Code de commerce ne protège pas l'exploitant mais l'exploitation, il protège le fonds de commerce à travers le local, d'où l'importance du droit au bail* ”

III. LE COEFFICIENT DE COMMERCIALITÉ

Ce coefficient permettant de calculer le montant du droit au bail 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.

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. Les coefficients permettant de reconstituer la valeur locative de marché résultent de l'analyse des cessions de droits au bail.

L'observation du marché des cessions des droits 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
> à 5 500 €	12

Les 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 est adaptée d'un point de vue économique.

En appliquant cette grille, les loyers reconstitués correspondent aux loyers de marché sans versement d'un droit d'entrée.

Le rejet de la décapitalisation réside essentiellement dans l'incompréhension des coefficients.

L'exemple ci-dessous démontre qu'un écart de 20 % sur la valeur locative de marché entraîne un écart de 36 % sur la valeur du droit au bail.

	1 ^{er} cas	2 nd cas	Écart
Valeur locative de marché :	1 000 €/m ² B	800 €/m ² B	20 %
Loyer plafonné :	- 255 €/m ² B = 745 €/m ² B	- 255 €/m ² B = 545 €/m ² B	
Coefficient :	x 8	x 7	36 %
Pour une boutique de 100 m ² B	596 000 €	381 500 €	

IV. QUEL EST L'IMPACT DU DÉPLAFONNEMENT SUR LE DROIT AU BAIL ?

La valeur locative de révision ou de renouvellement est déterminée en fonction des prix pratiqués, lesquels sont hétérogènes. La prise en compte des différents niveaux de prix conduit mécaniquement à une valeur locative inférieure au maximum que constitue le marché, d'autant que les renouvellements de baux sont généralement plus nombreux que les locations nouvelles. C'est pourquoi les loyers fixés judiciairement sont inférieurs à la valeur locative de marché.

Il en résulte deux niveaux de valeur locative :

- libre (de marché) ;
- encadrée (en fonction des critères du Code de commerce), appelée à tort « judiciaire », car déterminée par le juge en cas de désaccord entre les parties.

La conséquence crée un particularisme français : les renouvellements des baux des boutiques s'effectuent à des loyers inférieurs à la valeur locative de marché.

Il apparaît que la minoration de la valeur locative n'est pas due à la propriété commerciale ni à un dysfonctionnement des tribunaux, mais à l'application de l'article R. 145-7 du Code de commerce. Cet article 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 ».

Pour le calcul des indemnités d'éviction, il est recherché une valeur en capital : le droit au bail. Dans ce cas, les prix reconstitués sont systématiquement retenus pour apprécier la valeur locative de marché.

Il existe trois difficultés pour la réintégration des droits d'entrée ou « droit au bail » lors des renouvellements de baux :

- la nature de « loyer » des droits d'entrée ou « droit au bail » est contestée par une partie de la doctrine ;
- les coefficients de décapitalisation ne sont pas actuellement uniformes en fonction des experts ;
- dans l'hypothèse où les droits d'entrée ou « droit au bail » seraient des loyers, ce ne sont pas des loyers pratiqués périodiquement mais des loyers en capital.

Pour l'ensemble de ces motifs, les loyers reconstitués sont actuellement le plus souvent écartés.

Mais retenir, pour les renouvellements, 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.

Le débat a été relancé par un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 7 mai 2008, qui pose 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 ⁽²⁾.

Toutefois, cet arrêt est contesté par une partie de la doctrine.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 11 octobre 2011 ⁽³⁾ a admis la décapitalisation pour le renouvellement d'une location sans versement d'un droit d'entrée, tout en rappelant le pouvoir souverain d'appréciation de la cour d'appel lui permettant d'adopter « le mode de calcul qui lui est apparu le meilleur ».

Le déplafonnement n'entraînera pas la disparition du droit au bail mais sa diminution, la valeur locative de marché ne s'appliquant pas.

En reprenant l'exemple précédent, l'impact du déplafonnement est le suivant :

valeur locative de marché :	1 000 €/m ² B	x 8 = 2 400 €/m ² B
valeur locative art. R. 145-7 :	- 700 €/m ² B	
	= 300 €/m ² B	

soit, pour une boutique de 100 m²B : 240 000 €, contre 596 000 € précédemment.

“ Le particularisme français, c'est que les renouvellements des baux des boutiques s'effectuent à des loyers inférieurs à la valeur locative de marché ”

V. LA VALEUR DU DROIT AU BAIL DANS LES COMMERCES LES PLUS ADAPTÉS OU EXERCÉS ?

Le droit au bail est un des éléments constitutifs du fonds de commerce exploité en boutique. Un fonds de commerce comprend nécessairement un local et une clientèle. Le droit au bail, c'est la valeur du fonds de commerce, sans clientèle ni agencements.

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.

(2) CA Aix-en-Provence, ch. 4, sect. B, 7 mai 2008, n° 06/19980.

(3) Cass. 3^e civ., 11 oct. 2011, n° 08-18599, Sté MM2 c/ M^{me} X.

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 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.

La valeur du droit au bail est plus élevée pour le commerce le plus adapté à l'emplacement, tant en cas de plafonnement que de déplafonnement du loyer, ainsi que cela apparaît sur les tableaux ci-dessous :

	Commerce le plus adapté à l'emplacement	Commerces autorisés par le bail
Valeur locative de marché	2 500 €/m²B	1 000 €/m²B
1) en cas de loyer plafonné	- 255 €/m ² B	- 255 €/m ² B
	= 2 245 €/m ² B	= 745 €/m ² B
	x 9,50	x 8
	= 21 328 €/m ² B	= 5 960 €/m ² B
représentant	3,58 fois 5 960 €	28 % de 21 328 €
2) en cas de loyer déplafonné à la valeur locative du Code de commerce	- 1 500 €/m ² B	- 700 €/m ² B
	= 1 000 €/m ² B	= 300 €/m ² B
	x 9,50	x 8
	= 9 500 €/m ² B	= 2 400 €/m ² B
représentant	3,96 fois 2 400 €	25 % de 9 500 €

On constate un écart substantiel, lié aux valeurs locatives et aux coefficients qui en résultent.

La valeur économique du droit au bail est différente :

- si le commerce exercé est le plus adapté à l'emplacement ;
- s'il existe une certaine amplitude au niveau de la destination contractuelle, évitant une désécialisation éventuelle ;
- en fonction de la nature même du commerce exercé, si la cession n'est possible que dans le fonds de commerce.

Lorsqu'un quincaillier, 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 dont la marge est des plus conséquentes, tel 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 cette valeur est naturellement supérieure à celle de son fonds de commerce.

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

D'un point de vue juridique, la majorité des baux interdit la cession du droit au bail indépendamment du fonds de commerce.

D'un point de vue économique, des cessions interviennent régulièrement, le bailleur ayant intérêt à donner son autorisation pour un changement d'activité afin de :

- percevoir une partie du prix de cession ;
- augmenter le loyer ;
- modifier les charges et conditions du bail.

Ces trois postes sont alternatifs ou cumulatifs.

L'autorisation s'appelle une « indemnité de désécialisation » ; elle est négociée en fonction de la valeur du fonds de commerce, celui-ci pouvant être cédé sans l'autorisation du bailleur.

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 pour la cession avec changement d'activité 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) :

- pour les commerces les plus adaptés à l'emplacement ;
- 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 ;
- pour les commerces exercés, si la cession n'est possible que dans le fonds de commerce.

D'un point de vue économique, **le gain à partager** se calcule en reprenant les données des tableaux *supra* :

En cas de plafonnement du loyer :

- droit au bail pour le commerce le plus adapté :	21 328 €/m ² B	
- droit au bail pour les commerces autorisés par le bail :	- 5 960 €/m ² B	
	= 15 368 €/m ² B / 2	= 7 684 €/m ² B
Soit une augmentation de loyer de	7 684 €/m ² B / 9,50 (coeff. de commercialité)	= 809 €/m ² B
Le loyer de déspecialisation serait de :		
- loyer plafonné :	255 €/m ² B	
- gain partagé :	+ 809 €/m ² B	
	= 1 064 €/m ² B	
Soit une valeur de droit au bail de :		
- valeur locative de marché :	2 500 €/m ² B	
- loyer de déspecialisation :	- 1 064 €/m ² B	
	= 1 436 €/m ² B x 9,50	
	= 13 644 €/m ² B	

En cas de déplafonnement du loyer :

- droit au bail pour le commerce le plus adapté :	9 500 €/m ² B	
- droit au bail pour les commerces autorisés par le bail :	- 2 400 €/m ² B	
	= 7 100 €/m ² B / 2	= 3 550 €/m ² B
Soit une augmentation de loyer de	3 550 €/m ² B / 9,50 (coeff. de commercialité)	= 374 €/m ² B
Le loyer de déspecialisation serait de :		
- loyer déplafonné :	700 €/m ² B	
- gain partagé :	+ 374 €/m ² B	
	= 1 074 €/m ² B	
Soit une valeur de droit au bail de :		
- valeur locative de marché :	2 500 €/m ² B	
- loyer de déspecialisation :	- 1 074 €/m ² B	
	= 1 426 €/m ² B x 9,50	
	= 13 550 €/m ² B	

– est plus élevée que celle du fonds de commerce ;
 – permet le plus souvent au bailleur d’obtenir un loyer supérieur à la valeur locative de marché dans les commerces exercés, mais inférieur à la valeur locative du Code de commerce dans ceux les plus adaptés à l’emplacement.

Si le bailleur refuse son accord, la cession intervient uniquement dans le fonds de commerce. On constate sur le marché l’existence de nombreuses cessions de droit au bail avec l’accord du bailleur, celui-ci ayant un intérêt économique à l’opération. Sur le marché, le gain est partagé entre le locataire et le bailleur.

Tel n’est pas le cas en éviction, ce qui conduit à minorer fortement la valeur du droit au bail si on le valorise uniquement en fonction des commerces exercés ou autorisés.

La valeur marchande du droit au bail est élevée, mais nécessite l’accord du bailleur.

Un locataire exerçant une activité qui n’est pas la plus adaptée à la rue en raison de son évolution, doit céder son droit au bail avant d’être évincé, s’il veut obtenir une valeur supérieure à celle de son fonds.

Les conséquences économiques sur le droit au bail sont importantes, ainsi que cela apparaît sur le détail ci-dessous :

1) pour le commerce le plus adapté à l’emplacement :	
compte tenu du loyer de déspecialisation :	21 328 €/m ² B
il existe, dans ce cas, un abattement de :	13 644 €/m ² B
	36 %
2) pour les commerces autorisés dans le bail :	
compte tenu du loyer de déspecialisation :	5 960 €/m ² B
il existe, dans ce cas, une majoration : le multiple est de :	13 644 €/m ² B
	2,29

Le préjudice économique du locataire est réel en éviction, l’approche juridique conduisant à une minoration par rapport à la valeur pouvant être négociée sur le marché, la déspecialisation n’étant pas prise en compte.

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

Il ne faut pas confondre un bail tous commerces avec la faculté de cession *pour* tous commerces. Un bail tous commerces ne permet de céder que dans le fonds de commerce, donc dans l’activité exercée. Ainsi, mieux vaut un bail avec une destination restrictive et la faculté de céder pour tous commerces.

Si la valeur du fonds de commerce est supérieure à celle du droit au bail pour les commerces autorisés par le bail, le gain sera alors calculé par la différence entre :

- la valeur pour le commerce le plus adapté ;
- la valeur du fonds (ne nécessitant pas l’autorisation du bailleur), au cas par cas.

La valeur du droit au bail dans le commerce le plus adapté à l’emplacement, avec prise en compte de l’indemnité de déspecialisation résultant d’un accord tripartite :