



Mémoire de recherche appliquée

VALORISATION DU DROIT AU
BAIL : RÉFLEXION SUR LA
PERTINENCE DES MÉTHODES
DE VALORISATION

ANNÉE UNIVERSITAIRE 2019-2020
PRESENTÉ ET SOUTENU PAR MAXIME FOINKINOS
DIRECTEUR DE MÉMOIRE : CLÉMENT OUDARD

I) Introduction

Spécificité du droit français, le droit au bail est issu du statut protecteur des baux commerciaux conféré au locataire lors de la conclusion d'un bail commercial. Le statut résulte de la loi du 30 juin 1926 destiné à protéger le fonds de commerce de l'exploitant en lui accordant un droit au renouvellement ou un droit à indemnité. Cette loi a été reprise par des dispositions du décret du 30 septembre 1953 et du décret du 3 juillet 1972 puis a été intégré au code de commerce par une ordonnance du 18 septembre 2000. Le régime des baux commerciaux est organisé par les articles L145-1 à L 145-60 du code de commerce et par des dispositions réglementaires.

Le statut des baux commerciaux s'applique à un bail lorsque les quatre conditions de l'article L 145-1 du Code de commerce sont respectées, à savoir :

- un contrat de bail ;
- un local commercial ou un immeuble ;
- l'exploitation d'un fonds de commerce ;
- l'immatriculation du preneur au registre des commerces et des sociétés ou au registre des métiers.

Le bail commercial est un contrat de louages de chose défini par l'article 1709 du Code civil et aux termes duquel « *le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer* ».

Dès lors que le locataire est titulaire d'un bail commercial, il obtient, par application du statut des baux commerciaux, la propriété commerciale.

Elle est née à l'issue d'un problème qui subsistait avant la création de la loi de 1926. Le fonds de commerce disparaissait avec le terme du bail car le bailleur pouvait récupérer le local sans avoir à verser une indemnité d'éviction. La valeur du fonds décroissait au fil des années pour atteindre une valeur nulle à la fin du bail. Par conséquent, l'exploitant perdait la clientèle qu'il avait créée.

De cette problématique est nait la solution que nous connaissons sous l'appellation de propriété commerciale.

Le droit au bail est une somme d'argent versée par le nouveau preneur à un ancien locataire au moment de la cession du bail, dans le cas de la reprise d'un bail existant. Le locataire d'un local commercial a le droit de céder son bail à un acquéreur potentiel et à une valeur non négligeable qui peut, parfois, être supérieure à la valeur du fonds de commerce. La valeur du droit au bail résulte du statut protecteur des baux commerciaux conférant au locataire un droit au renouvellement avec un loyer plafonné ou un droit à indemnité à défaut de renouvellement par le bailleur. La valeur patrimoniale du droit au bail se fonde sur ces deux présupposés.

Quant à la valeur du droit au bail, elle reste difficile à cerner. En effet, le marché des droits au bail est un marché complexe et opaque. Pour preuve, aucun site spécialisé en la matière ne référence des prix de cessions de droit au bail à l'exception de l'argus de l'enseigne mais manquant de précisions essentielles. L'expert immobilier doit alors se constituer sa propre base de données à partir des évaluations effectuées et des données recueillies auprès de spécialistes en immobilier commercial.

Suite à la digitalisation immobilière, les experts immobiliers ont vu fleurir sur internet la concurrence informatique avec la création d'algorithmes permettant de déterminer la valeur d'un actif immobilier. Cependant, aucun algorithme n'a osé s'aventurer sur le chemin périlleux de la détermination des droits au bail.

La détermination de la valeur d'un droit au bail est une nécessité lors d'une vente ou d'un achat mais aussi en raison d'obligations comptables. Il constitue un actif incorporel enregistré à l'actif du bilan, dans un compte d'immobilisation incorporelle.

Les experts immobiliers ont utilisé, par le passé, différentes méthodes d'évaluation pour appréhender cette valeur volatile. Cependant, malgré l'abondance des méthodes, sa détermination reste toujours difficile. Le débat sur les méthodes d'évaluation à appliquer reste ouvert, signe qu'aucune méthode n'est parfaite ou satisfaisante. Ces méthodes ont évolué avec le temps, certaines ont perduré avec force malgré leurs limites évidentes et d'autres refont surface sous une appellation différente. (Il convient d'étudier la pertinence de l'ensemble des méthodes d'évaluation d'un droit au bail.)

De cet aspect ~~indomptable~~ intrigant du droit au bail naît son ~~charme~~ intérêt. C'est pourquoi il est légitime de s'interroger sur la problématique : **comment déterminer la valeur d'un droit**

au bail et dans quelles mesures les méthodes d'évaluation d'un droit au bail sont pertinentes ?

Ce mémoire traitera de la détermination de la valeur d'un droit au bail lors d'une cession isolée. On écarte les hypothèses d'évaluation d'une indemnité d'éviction, de l'évaluation d'un fonds de commerce, de la détermination d'un droit au bail pour des locaux monovalents et des locaux à usages exclusifs de bureaux.

Ainsi, nous nous concentrerons sur les cessions de baux relatifs aux commerces en pied d'immeuble.

(Pour ce faire, ce mémoire propose, dans une première partie, une synthèse des facteurs de la valeur du droit au bail et des méthodes d'évaluation, dans un second temps, une étude de cas permettant d'apprécier la pertinence des méthodes et une démarche exploratoire auprès des experts immobiliers et des « brokers » en immobilier d'entreprise afin de nous éclairer sur la réalité économique du secteur étudié.) REFAIRE CETTE PARTIE

I) Littérature scientifique

1 - Droit au bail

1.1. Définition

L'expert immobilier, missionné pour estimer la valeur d'un droit au bail, doit déterminer selon la Charte de l'expertise en évaluation immobilière « le prix moyen qu'un locataire est susceptible de retirer de la cession de son bail à un successeur ».

La charte de l'expertise en évaluation immobilière définit le droit au bail comme étant « la contrepartie économique des avantages que constitue la reprise d'un bail existant, comportant des clauses plus ou moins avantageuses et l'existence d'un loyer qui peut apparaître sensiblement différent des loyers pratiqués sur le marché ».

Selon cette définition, le droit au bail existe dès lors que la reprise d'un bail existant génère des avantages pour le repreneur et dans la deuxième partie, elle cite l'un des principaux avantages de reprendre un bail existant qui est l'existence d'un loyer effectif inférieur au loyer de marché. Cette différence entre le loyer effectif et le loyer de marché constitue un gain locatif pour l'acquéreur d'un bail existant. En effet, si l'acquéreur s'était porté sur un local vide mis en location récemment et avait signé un bail commercial avec le propriétaire, il n'aurait pas pu bénéficier d'un gain locatif aussi important.

Lors de locations nouvelles et en fonction de la commercialité du secteur, le loyer payé par l'acquéreur correspond à un loyer de marché. Cette affirmation tend à être fautive dans les secteurs les plus recherchés, notamment en raison de la pratique du droit d'entrée par les bailleurs, ce qui a pour effet de diminuer le loyer effectif payé par le locataire.

La cour d'appel de Paris¹ précise que le droit au bail serait « le capital correspondant à l'intérêt d'être situé à un emplacement donné pour exercer une activité donnée moyennant un loyer donné ». Elle ajoute que « plus l'emplacement est bon, la destination contractuelle large et le loyer modéré, plus la valeur du droit au bail est élevée. Cette valorisation s'effectue par la capitalisation de la différence entre la valeur locative de marché des locaux et le loyer effectivement acquitté ou qui aurait été acquitté en cas de renouvellement de bail ».

¹ Paris, 5 juillet 2017, n°15/16820

La juridiction détaille les avantages économiques dont parle la charte de l'expertise qui constituent les principaux facteurs de la valeur du droit au bail. La localisation d'un local détermine son attractivité aux yeux de la demande. Les futurs acquéreurs ciblent, selon l'activité exercée, une zone où la commercialité permettra de transformer le flux de chaland en chiffre d'affaires. La commercialité naît à l'aide de la localisation et de la destination du bail. De la force de l'emplacement naît les loyers effectifs et les loyers de marché, le premier étant plafonné par le statut des baux commerciaux et le second variant selon la loi de l'offre et de la demande. Enfin de cette différence entre les deux naît le droit au bail.

Pour conclure sur cette partie introductive, nous reprenons la définition de la cour d'appel de Pau² qui le définit comme « l'élément qui mesure l'intérêt pour un exploitant d'être situé à un emplacement donné pour exploiter un commerce donné moyennant un loyer donné ».

1.2. Les présupposés de la valeur du droit au bail

1.2.1. Le droit au renouvellement

Le droit au renouvellement, conféré par le statut des baux commerciaux, permet au locataire de renouveler le bail aux mêmes clauses et conditions que le bail précédent.

Pour obtenir le renouvellement du bail, le locataire doit faire une demande de renouvellement dans les six mois qui précèdent le terme du bail ou, en cas de tacite prolongation, à tout moment durant cette période en respectant un délai de six mois et pour le dernier jour du trimestre civil. Pour illustrer le dernier cas, prenons l'exemple d'un bail commercial prenant fin le 5 avril 2019 et la demande de renouvellement a été effectuée le 5 mai 2019. La date de prise d'effet du renouvellement sera :

- 5 mai 2019 + 6 mois = 5 novembre 2019
- 5 novembre 2019 + délai pour atteindre le dernier jour du trimestre civil = 31 décembre 2019

Le nouveau bail prendra effet le 31 décembre 2019.

Le bail est renouvelé pour une durée de 9 ans minimum à compter de la prise d'effet de la demande de renouvellement.

² Pau, 8 octobre 2007, n°06/00769

Rappelons qu'au terme des neuf ans du bail initial, le bail ne prend pas fin mais continue par tacite prolongation pour une durée indéterminée.

Le locataire et le bailleur ont tout intérêt à anticiper le moment du renouvellement afin de donner congé dans les délais prévus par la loi mais aussi pour négocier les clauses et conditions du nouveau bail. Rappelons que le bail commercial est un contrat consensuel et, par conséquent, il se négocie entre les deux parties. La pérennité du contrat de bail repose sur l'équilibre des clauses.

Le renouvellement peut prendre deux formes, soit :

- le renouvellement amiable ;
- le renouvellement légal.

Le renouvellement amiable relève de la liberté contractuelle. Il permet aux parties de négocier les clauses du nouveau bail. La négociation portera le plus souvent sur les thèmes suivants :

- montant du loyer ;
- indexation
- durée du bail
- destination du bail
- la réalisation des travaux
- faculté offerte au locataire de vendre le droit au bail isolément
- faculté de sous location

Pour formaliser le renouvellement, les parties pourront conclure soit un nouveau bail soit un avenant au bail initial.

Le renouvellement légal relève de la loi. L'une des parties demande le renouvellement du bail aux mêmes clauses et conditions du bail initial, sauf mises à jour légales.

Les conflits entre bailleur et preneur traitent essentiellement du montant du nouveau loyer proposé par le propriétaire au terme du bail. En pratique, le bailleur donnera congé avec offre de renouvellement aux clauses et conditions du bail initial excepté la clause dénommée, à la « loyer ». Il demandera un loyer plus élevé en évoquant, le plus souvent, une modification des facteurs locaux de commercialité.

A défaut d'accord amiable, le locataire saisira le juge des loyers commerciaux qui ordonnera à un expert immobilier judiciaire de déterminer le montant du loyer du bail renouvelé. Le locataire dispose d'un délai de deux ans à compter de la prise d'effet du renouvellement pour saisir le juge.

Que ce soit lors d'un renouvellement amiable ou légale, le locataire doit, pour obtenir son droit au renouvellement, respecter deux conditions cumulatives :

- avoir exercé une activité les trois années précédant le terme du bail
- être inscrit au registre du commerce et des sociétés au terme du bail

A défaut, le locataire perd son droit au renouvellement et son droit à indemnité.

La fixation du loyer par le juge repose sur le principe élaboré par le décret de 1972, à savoir, le plafonnement des loyers. Avant d'étudier cette notion, il est nécessaire de comprendre les différences entre loyers de marché, loyers effectifs et loyers judiciaires.

1.2.2. Différences entre valeur locative de marché, loyers effectifs et valeur locative statutaire

1.2.2.1. Valeur locative de marché

Selon la Charte de l'expertise, la valeur locative de marché correspond « *au montant pour lequel un bien pourrait être raisonnablement loué au moment de l'expertise.*

Elle s'analyse comme la contrepartie financière annuelle de l'usage d'un bien immobilier dans le cadre d'un contrat de bail.

La valeur locative de marché correspond donc au montant qui pourrait être obtenu de la part d'un locataire pour qu'il puisse disposer de l'usage d'un bien dans le cadre d'un bail nouveau, aux conditions usuelles d'occupation pour la catégorie d'immeuble concernée, les conditions suivantes étant supposées réunies :

- *la libre volonté du locataire et du propriétaire*
- *la conclusion d'un contrat à des conditions normales eu égard aux pratiques en vigueur sur le marché immobilier considéré ;*
- *la disposition d'un délai raisonnable pour la négociation préalablement à la signature du contrat de location ;*

- *la présentation préalable du bien sur le marché, sans réserve, avec des moyens de commercialisation adéquats ;*
- *l'absence de facteurs de convenance personnelle ;*
- *une relation équilibrée et indépendante entre preneur et bailleur. »*

Un loyer n'est pas une valeur locative de marché. Il l'est à un instant donné, à la date de signature du bail, lors d'une nouvelle location. Le loyer d'une nouvelle location est, par conséquent, la valeur locative de marché.

Elle s'obtient par le jeu de l'offre et de la demande, après une libre négociation entre les parties. Elle correspond au coût locatif global qu'un preneur est disposé à supporter pour pouvoir jouir du local commercial, elle intégrera les versements en capital effectués soit au propriétaire à titre de pas-de-porte, soit au locataire sortant à titre de droit au bail. Elle se détermine par comparaison, sur la base de références portant sur des locations nouvelles ou récentes et afférentes à des biens comparables.

Pour appréhender le marché locatif des commerciaux, il faut distinguer :

- les loyers purs qui sont les loyers conclus sans versement d'un droit d'entrée ou d'un droit au bail.
- Les loyers avec le versement d'un droit d'entrée ou d'un droit au bail

Lorsque les loyers sont purs, ils représentent la valeur locative de marché. En revanche, les loyers contractés avec le versement d'un droit d'entrée ou d'un droit au bail sont minorés. Les deux n'étant que la compensation d'un loyer réduit. Pour retrouver la valeur locative de marché, il faut décapitaliser le droit au bail ou droit d'entrée à l'aide d'un coefficient de décapitalisation qui est en réalité un coefficient de commercialité. Décapitaliser cette somme d'argent revient à transformer un capital en flux périodique plus communément appelé loyer.

C'est la somme d'argent payée en contrepartie de la jouissance d'un local commercial, le bail commercial étant un contrat à exécution successive, le loyer doit être périodique. Les échéances sont fixés librement par les parties, les plus courantes étant des loyers mensuels ou trimestriels. La valeur locative de marché est alors égale au loyer périodique plus le pas de porte ou droit au bail décapitalisé. Cette valeur n'est pas un loyer mais la valeur locative de marché. Ne pas réintégrer le capital payé au loyer effectif reviendrait à écarter le marché.

Lorsque l'expert immobilier analyse le marché locatif de l'immobilier de commerce, il peut rencontrer des loyers faciaux et des loyers économiques. Cependant, lequel correspond au marché ?

Le loyer facial est le loyer inscrit dans le bail, hors mesures d'accompagnement du locataire. Il ne correspond pas toujours au loyer versé. Le bailleur peut, pour attirer des acquéreurs potentiels, proposer avantages consenties au locataire. Les principaux avantages rencontrés sont :

- les franchises de loyer ;
- la participation aux travaux ;
- la mise à disposition anticipée du local.

Le loyer corrigé des avantages consenties au locataire est le loyer économique. Ce dernier représente le marché alors que le loyer facial symbolise un prix supérieur au marché.

Ainsi, pour déterminer une valeur locative de marché, il faut retenir le loyer économique, c'est-à-dire le loyer effectivement payé par le locataire.

1.2.2.2. Le loyer effectif

Le loyer effectif est le loyer contractuel défini par les clauses du bail qui s'impose aux parties.

1.2.2.3. La valeur locative statutaire

La valeur locative statutaire est encadré par le statut des baux commerciaux, à savoir, par les dispositions des articles L. 145-33 et R. 145-3 à R. 145-8 du Code de commerce. Elle s'analyse comme la contrepartie financière annuelle de l'usage d'un local par un locataire en place bénéficiant du statut, à l'occasion d'une révision du loyer ou du renouvellement du bail. Cette valeur locative devient judiciaire lorsque le juge intervient dans sa fixation. Rappelons que la loi ne définit pas la notion de valeur locative mais en détermine les critères d'appréciation dans l'article L. 145-33 du Code de commerce selon lequel « *le montant des loyers des baux renouvelés ou révisés doit correspondre à la valeur locative.*

A défaut d'accord, cette valeur est déterminée d'après :

- *Les caractéristiques du local considéré ;*
- *La destination des lieux ;*
- *Les obligations respectives des parties ;*

- *Les facteurs locaux de commercialité ;*
- *Les prix couramment pratiqués dans le voisinage. »*

La valeur locative judiciaire est inférieure à la valeur locative de marché en raison du dernier critère de l'article. Son mode d'application, fixé par l'article R. 145-7 du Code de commerce, entraîne une minoration du loyer par rapport aux loyers de marché.

Un prix n'est pas une valeur. Les prix couramment pratiqués dans le voisinage sont hétérogènes et comprend les locations nouvelles sans droit d'entrée, les locations nouvelles avec droit d'entrée, les loyers plafonnés, les loyers issus d'un renouvellement amiable et les loyers judiciaires. L'expert judiciaire a l'obligation de prendre en compte l'ensemble des prix couramment pratiqués dans le voisinage, ce qui pondère à la baisse le loyer judiciaire.

Un autre débat revient souvent sur la table lors de la détermination d'une valeur locative statutaire, il s'agit de la décapitalisation ou non des versements en capital lors de locations nouvelles ou lors de la reprise d'un bail existant.

Concernant la décapitalisation du droit au bail versé au locataire sortant, la jurisprudence³ est claire. Le droit au bail versé au locataire sortant est exogène de la valeur locative statutaire servant de base à la fixation du prix du bail renouvelé ou révisé.

Concernant la décapitalisation du pas de porte versé au bailleur, la jurisprudence⁴ est constante depuis 2010. Le pas de porte ne doit pas être réintégré au loyer périodique pour déterminer le prix du bail renouvelé, sauf si le pas de porte a constitué un supplément de loyer expressément stipulé dans une clause du bail.

« La messe est dite ! »

1.2.3. Le plafonnement des loyers

³ TGI Paris, 10 octobre 2001, n°99/08473 ; CA Rennes, 7^e chambre, n°06/03680 ; Cour de cassation, Civ. 3^e, 31 mai 2011, n°10-18662 ; CA Dijon, 14 avril 2016, n°15/00881

⁴ CA Paris, 6 octobre 2010, n°09/03891 ; CA Douai, 10 septembre 2015, n°14/07535 ; CA Dijon, 14 avril 2016, n°15/00881

Le plafonnement des loyers exprime la volonté du législateur de protéger l'activité du locataire. En effet, en lui évitant de subir une hausse de loyer significative, la loi protège le fonds de commerce. Le principe est repris dans l'article L. 145-34 du Code de commerce aux termes duquel « *le taux de variation du loyer applicable lors de la prise d'effet du bail à renouveler, si sa durée n'est pas supérieure à neuf ans, ne peut excéder la variation, intervenue depuis la fixation initiale du loyer du bail expiré, de l'indice trimestriel des loyers commerciaux ou de l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires mentionnés aux premier et deuxième alinéas de l'article L. 112-2 du code monétaire et financier, publiés par l'Institut national de la statistique et des études économiques.* »

Le locataire bénéficie d'une double protection, à savoir :

- si le loyer indexé est inférieur à la valeur locative au sens de l'article L. 145-33 du code de commerce alors on retient le loyer indexé par l'indice en vigueur ;
- si le loyer indexé est supérieur à la valeur locative alors il y a retour à la valeur locative.

Nous rappelons que le principe du plafonnement n'est pas d'ordre public et peut donc être écarté par la convention des parties.

Cependant, il existe de nombreuses exceptions au principe du plafonnement et il convient de les étudier.

1.2.4. Le déplafonnement

1.2.4.1. Les exclusions de plein droit

Sont exclus du champ d'application du plafonnement, selon la nature du local :

- les terrains ;
- les bureaux et les locaux commerciaux occupés par des activités de nature intellectuelle ou administrative. Nous pouvons citer à titre d'exemple les agences de voyage et les banques ;
- les locaux monovalents. Un local monovalent est un local destiné à une seule utilisation et le changement d'usage ne pourrait se faire qu'à un coût exorbitant. Nous retrouvons dans cette catégorie les hôtels, théâtre, cinéma, résidence de services.

Sont également exclus du champ d'application du plafonnement, selon la nature du local :

- Les baux d'une durée initiale contractuelle supérieure à neuf ans.
- Les baux s'étant prolongés tacitement pendant plus de douze ans. Ce cas se présente lorsque ni le bailleur, ni le preneur n'ont donné congé ou demandé le renouvellement au terme du bail ou les trois années qui l'ont suivi.
- Les baux renouvelés pour une durée supérieur à 9 ans

Est également exclu du champ d'application du plafonnement le bail comportant une clause recettes.

Il existe plusieurs types de clauses recettes, à savoir :

- La clause recettes pure : le loyer est déterminé exclusivement en fonction d'un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé par l'exploitant. Il est débattu par les parties lors de la conclusion du contrat de bail.
- La clause recette avec un loyer minimum garanti : le loyer est déterminé en fonction d'un pourcentage du chiffre d'affaires de l'exploitant et si par le jeu de l'application de ce pourcentage, le loyer diminue en dessous du loyer minimum garanti fixé contractuellement par les parties, on retiendra ce dernier.
- Le loyer minimum garanti + complément de loyer : le loyer est fixé librement par les parties et le complément de loyer est déterminé à partir d'un pourcentage du chiffre d'affaires du preneur avec un seuil de déclenchement.

Quel que soit le type de clause recettes, les parties ont souhaité déroger aux dispositions du plafonnement des loyers. La variation du loyer est déterminé par la convention des parties.

Cependant lors du renouvellement du bail se pose le problème du montant du loyer. Peut-il être ramené à la valeur locative ? Une célèbre jurisprudence⁵ de la cour de cassation a considéré que la fixation du loyer renouvelé échappait au décret et par conséquent à l'article L. 145-33 du code de commerce.

Cependant les parties sont libres d'insérer une clause dans le contrat de bail pour permettre la fixation du loyer de base, lors d'un renouvellement, à la valeur locative. Ce type de clause est à préconisé dans ce type de baux souvent appelés « baux investisseurs » afin d'éviter des situations de blocages.

1.2.4.2. Les motifs de déplafonnement

⁵ Cour de cassation, 3^e chambre, 10 mars 1993, Théâtre Saint Georges

Le loyer peut être dé plafonné si le bailleur prouve, pendant la durée du bail, qu'il y a une modification notable de l'un des critères suivants :

- les caractéristiques des locaux ;
- les obligations des parties ;
- la destination du bail ;
- les facteurs locaux de commercialité favorables au commerce considéré.

(Cette modification doit entraîner une augmentation d'au moins 10 % de la valeur locative.)

Lorsqu'on parle d'une modification des caractéristiques des locaux, il faut distinguer d'une part, les travaux d'importance aux travaux d'améliorations et, d'autre part, la personne ayant payé les travaux.

Si il s'agit de travaux d'importance entraînant une augmentation de la surface de vente, ils constituent un motif de dé plafonnement lors du premier renouvellement.

Si il s'agit de travaux d'améliorations concernant par exemple, au réagencement des locaux ou à l'amélioration des équipements et qu'il sont payés par le bailleur, ils constituent un motif de dé plafonnement lors du premier renouvellement. En revanche si ils sont payés par l'acquéreur, ils constituent un motif de dé plafonnement lors du deuxième renouvellement.

Lorsqu'on parle d'une modification des obligations des parties, on entend par exemple un changement dans la répartition des charges. Cependant pour considérer ce critère comme notable, il faut que ce changement perturbe l'équilibre initial du bail. Nous pouvons citer le changement opéré par la loi Pinel concernant l'article 606 du code civil. Le bailleur ne peut plus transférer les grosses réparations sur la « tête » du locataire. Ce motif pourra être invoqué par le bailleur pour les baux conclus avant 2014 car l'équilibre du contrat a été touché.

La modification des facteurs locaux de commercialité est l'argument « préféré » des bailleurs. Cette modification doit entraîner une augmentation d'au moins 10 % de la valeur locative. Il est délicat pour l'expert de quantifier l'impact de chaque changement. De plus, il doit être notable et profiter au commerce considéré.

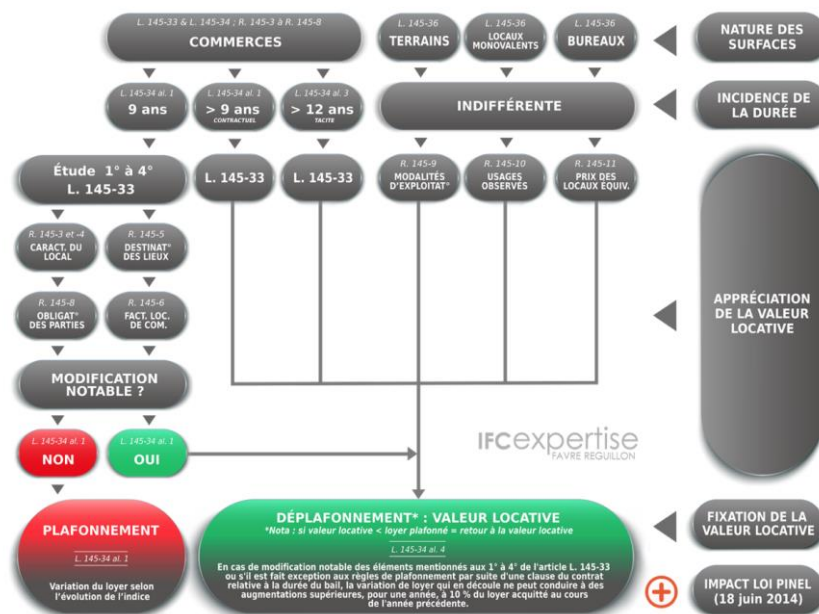
Nous citons des exemples de modifications notables reprises par les juridictions :

- l'édification de nouvelles constructions qui permettent l'augmentation de la clientèle ;
- des modifications urbanistiques : l'aménagement d'une place ou d'une rue ;

- la création de places de stationnement ou de nouveaux modes de transport comme le tramway ;
- l'implantation d'une enseigne attractive attirant un flux de personnes important ;
- le type d'activités exercés dans le secteur.

Pour mesurer l'intérêt de la modification au commerce considéré, il convient de prendre en compte l'évolution du chiffre d'affaires du locataire. Cette position a d'ailleurs été retenue par de nombreuses juridictions.

Nous pouvons résumer la partie « déplafonnement » par le logigramme suivant réalisé par M. Favre-Reguillon :



1.3. Gare aux confusions !

1.3.1. Le droit d'entrée

Le droit d'entrée appelé couramment « pas de porte » est la somme d'argent versé par le locataire au propriétaire avant l'entrée dans les lieux. C'est un versement en capital payé en une seule fois par le locataire. Si il ne verse pas le « pas de porte », il ne pourra pas accéder au bail et, par conséquent, à ses clauses plus ou moins avantageuses et au statut des baux commerciaux. Le propriétaire est libre d'instaurer la mise en place d'un droit d'entrée lors d'une location nouvelle. C'est une pratique courante pour les locaux situés dans les beaux emplacements.

Juridiquement, le droit d'entrée est considéré :

- soit comme un supplément de loyer ;
- soit comme une indemnité correspondant à la propriété commerciale conférée au locataire

Dans le premier cas, le bailleur souhaite se prémunir contre les hausses de loyer qui ne suivent pas la hausse de la valeur locative réelle des locaux. Il sera réintégré dans la détermination de la valeur locative de marché. C'est le cas du bail dit « à l'américaine » qui intègre le droit d'entrée dans le loyer et permet un paiement fractionné de celui-ci sur la durée du bail.

Pour permettre la prise en compte du droit d'entrée dans la détermination de la valeur locative de marché, deux conditions cumulatives doivent être respectées :

- il doit s'agir d'un supplément de loyer payé d'avance et cette appellation doit être expressément qualifiée comme tel au bail ;
- le loyer périodique fixé entre les parties doit être inférieur aux loyers de marché

L'application de cette pratique entraîne des distorsions de valeurs lors de la fixation d'un loyer de renouvellement que l'on appellera valeur locative judiciaire. En effet, lorsque les bailleurs instaurent un droit d'entrée lors d'une location nouvelle, le loyer périodique est minoré du montant du droit d'entrée décapitalisé pendant la durée du bail, ce qui entraîne un loyer effectif inférieur à la valeur locative de marché.

Dans le second cas, le « pas de porte » est considéré comme une compensation financière de la perte de valeur de l'immeuble, en raison du droit au renouvellement du locataire et de l'indemnité d'éviction qu'il devra verser pour récupérer le local.

Par conséquent, lorsqu'un commerçant souhaite acquérir un local commercial pour y exercer son activité, il peut être amené, selon les circonstances, à verser :

- un droit d'entrée au propriétaire des murs lors de la conclusion du bail.
Il s'agit dans ce cas d'une clause du bail.
- un droit au bail au locataire sortant, en cas de reprise d'un bail existant.
Il s'agit cette fois d'une clause du contrat de cession de bail.

Ces deux notions ne doivent pas être confondues. Elles correspondent à deux situations différentes et, en aucun cas, une personne ne pourra être amené à verser à la fois un droit d'entrée et un droit au bail.

1.3.2. Le fonds de commerce

Le fonds de commerce est un bien immobilier incorporel pouvant faire l'objet d'un nantissement. En fait, c'est une universalité de droits composé d'éléments incorporels et corporels.

Les éléments incorporels d'un fonds de commerce sont :

- la clientèle : c'est la base de l'existence d'un fonds de commerce. En outre, sans clientèle, l'exploitant ne peut pas générer de chiffre d'affaires. La localisation du fonds aura un impact déterminant sur sa clientèle future et son potentiel de chiffre d'affaires et de marge d'exploitation.
- Le droit au bail : il compose le fonds de commerce. Lors d'une cession de fonds, le droit au bail est inclus. Cependant, dans ce dernier cas, l'exploitant vend son activité. Et pour exercer celle-ci, il a besoin d'un local et, par conséquent, du droit au bail de l'exploitant. Il est essentiel de ne pas confondre cession de droit au bail et cession de fonds de commerce. Dans le premier, le locataire vend son bail alors que dans le second il vend son activité.
- L'enseigne : elle permet, lorsqu'elle est connue, d'attirer et de fidéliser une clientèle.
- Les licences

De manière synthétique, les éléments corporels d'un fonds sont :

- La valeur La valeur du droit au bail la valeur es aménagements du local : ils concernent les revêtements de sol, la vitrine, les équipements techniques et les rangements.
- le mobilier ;
- le stock ;
- l'outillage.

1.3.3. L'indemnité d'éviction

L'indemnité d'éviction a été instaurée par le décret de 1953 qui a prévu qu'en cas de non renouvellement du bail, le propriétaire, sauf motif grave et légitime ou dénégalation du droit au renouvellement, est tenu de payer une indemnité d'éviction.

Selon l'article L 145-14 du code de commerce « *le bailleur peut refuser le renouvellement du bail. Toutefois, le bailleur doit, sauf exceptions prévues aux articles L. 145-17 et suivants, payer au locataire évincé une indemnité dite d'éviction égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement.*

Cette indemnité comprend notamment la valeur marchande du fonds de commerce, déterminée suivant les usages de la profession, augmentée éventuellement des frais normaux de déménagement et de réinstallation, ainsi que des frais et droits de mutation à payer pour un fonds de même valeur, sauf dans le cas où le propriétaire fait la preuve que le préjudice est moindre. »

L'indemnité d'éviction est une somme d'argent versée par le propriétaire du local au locataire évincé en raison du non renouvellement de son bail. En effet, la perte du local par l'exploitant entraîne pour conséquence une impossibilité pour ce dernier d'exercer son activité. Le bailleur devra alors réparer l'entier préjudice causé au locataire.

Des confusions avec le droit au bail peuvent naître lorsque la valeur du fonds de commerce est égale à la valeur du droit au bail. Lors de la fixation d'une indemnité d'éviction, l'expert peut rencontrer cette situation dans la détermination de l'indemnité principale. Elle peut correspondre :

- soit à une indemnité de remplacement lorsque le fonds de commerce disparaît. C'est le cas où l'entreprise perd sa clientèle en raison d'un changement de localisation. La valeur de l'indemnité aura pour base la valeur du fonds de commerce. C'est le cas le plus rencontré en pratique en sachant que ce sera au bailleur de prouver que le fonds peut être déplacé, c'est à dire que la clientèle peut être transférée.
- soit à une indemnité de déplacement lorsque le fonds peut être transféré à une autre localisation. Contrairement à la situation précédente, l'exploitant du fonds conservera sa clientèle malgré la délocalisation forcée de l'entreprise. La valeur de l'indemnité sera constituée de la perte du droit au bail constituant alors le préjudice principal pour l'exploitant.

C'est lors de la fixation d'une indemnité de remplacement que la confusion peut apparaître. En effet, si le fonds de commerce a une valeur inférieure à la valeur du droit au bail, la valeur plancher à retenir par l'expert immobilier est la valeur du droit au bail. Ce qui signifie que la valeur du fonds de commerce est égale à la valeur du droit au bail. Cependant, un fonds de commerce n'est pas un droit au bail mais il constitue un élément incorporel de ce dernier.

1.3.4. L'indemnité de déspecialisation

L'indemnité de déspecialisation est défini par l'article L 145-50 du code de commerce « *Le changement d'activité peut motiver le paiement, à la charge du locataire, d'une indemnité égale au montant du préjudice dont le bailleur établirait l'existence.*

Ce dernier peut en outre, en contrepartie de l'avantage procuré, demander au moment de la transformation, la modification du prix du bail sans qu'il y ait lieu d'appliquer les dispositions des articles L. 145-37 à L. 145-39.

Les droits des créanciers inscrits s'exercent avec leur rang antérieur, sur le fonds transformé. »

L'indemnité de déspecialisation est la somme d'argent versé par le locataire au bailleur pour pouvoir changer d'activité. Elle a vocation à élargir les activités permises par le bail et faciliter, indirectement, la vente du droit au bail du locataire sortant. La déspecialisation a un double intérêt :

- A l'issue de la déspecialisation, le bailleur pourra revaloriser le loyer du local et percevoir une indemnité de déspecialisation s'il établit l'existence d'un préjudice.
- Le locataire peut vendre son droit au bail à plus d'acquéreurs potentiels, ce qui aura pour effet d'accroître la valeur du droit au bail.

Dans chaque bail commercial, le bailleur détermine la destination future de son local à l'aide de la « clause de destination » inséré dans le contrat bail. Elle peut être de deux natures :

- Soit le bail est spécialisé alors le locataire ne pourra exercer que l'activité mentionnée au contrat de bail. En pratique, on peut les appeler des baux investisseurs très usités dans les galeries marchandes des centres commerciaux. En effet, un investisseur cherche à obtenir des flux de trésorerie positifs et ce dernier voit d'un « mauvais œil » la possibilité offerte au commerçant de vendre son bail sans passer par lui. Spécialisé un bail permet à l'investisseur d'obtenir éventuellement une indemnité de déspecialisation prenant la forme soit d'une somme en capital ou d'une

augmentation de loyer. Ainsi, pour augmenter ses chances d'obtenir un flux lors de la vente d'un droit au bail, les investisseurs spécialisent strictement leur bail commercial.

- Soit le bail est tous commerces alors le locataire pourra exercer, pendant la durée du bail, tous types d'activités au sein dudit local sans avoir à demander une déspecialisation au bailleur. En outre, si le locataire souhaite revendre son bail, il sera plus aisé pour lui de trouver un repreneur même si ce dernier souhaite exercer une autre activité que le locataire sortant. Le bail étant tous commerces, le repreneur pourra réaliser l'activité de son choix et le locataire sortant n'aura pas à obtenir l'accord du propriétaire et le versement d'une indemnité de déspecialisation pour élargir la destination du bail et permettre, ainsi, la vente du droit au bail. Cependant, rares sont les baux tous commerces.

La déspecialisation peut prendre deux formes, soit :

- une déspecialisation partielle ;
- une déspecialisation totale.

1.3.4.1. La déspecialisation partielle

La déspecialisation partielle concerne les demandes effectués par le locataire pour ajouter des activités connexes ou complémentaires à l'activité principale déjà exercé. Selon la Cour d'appel de Paris est connexe à une activité « celle qui a un rapport étroit avec elle ». Elle ne doit pas être confondu avec une activité accessoire qui ne nécessite aucune autorisation du bailleur car déjà autorisé par le bail. Est accessoire, par exemple, l'activité de pharmacie et parapharmacie.

Cette déspecialisation ne peut pas être refusé par le bailleur, sauf si ce dernier conteste le caractère connexe ou complémentaire de l'activité demandée. De plus, s'agissant d'une disposition d'ordre public, le bailleur ne pourra pas priver le locataire par une clause du bail d'adjoindre une activité connexe ou complémentaire.

Pour ce faire, le locataire doit, avant tout changement d'activité, notifier son nouveau projet au bailleur par acte d'huissier ou par lettre recommandée avec avis de réception. Cette formalité vaut mise en demeure au propriétaire de faire connaître dans un délai de 2 mois s'il conteste le caractère connexe ou complémentaire de ces activités. L'absence de réponse du bailleur vaut acceptation tacite.

En acceptant une déspecialisation partielle, le bailleur permet au locataire de générer un chiffre d'affaires plus important. Le corolaire de cette augmentation sera la possibilité offerte au bailleur d'augmenter le loyer lors de la prochaine révision triennale.

1.3.4.2. Déspecialisation totale

La déspecialisation totale s'applique lorsque le locataire demande au bailleur de changer d'activité par rapport à l'activité initiale. Le locataire doit motiver sa demande contrairement à la déspecialisation partielle. Il peut obtenir la déspecialisation plénière à condition de :

- Justifier d'une nécessité économique de changer d'activité, c'est-à-dire que sans ce changement d'activité, l'exploitant fera faillite en raison d'une exploitation non rentable.
- Mettre en place une activité compatible avec la destination, les caractéristiques et la situation de l'immeuble.

Pour être compatible avec la destination de l'immeuble, le locataire devra analyser notamment le règlement de copropriété afin d'obtenir la destination de l'immeuble et en déduire les activités autorisées. La clause « modalités de jouissance » dans le règlement de copropriété permet aux copropriétaires de prendre connaissance des modalités de jouissance du local.

Si par exemple, dans un immeuble en copropriété, le locataire exerce une activité de boucherie et souhaite changer d'activité pour y faire un restaurant, il devra regarder dans le règlement de copropriété, outre la destination de l'immeuble, si les activités générant des odeurs sont autorisées. Si elles sont interdites, le changement d'activité n'est pas compatible avec le règlement de copropriété et, par conséquent, la déspecialisation plénière ne pourra pas être exercée.

- D'apporter au consommateur un service ou un commerce inexistant ou insuffisamment représenté dans le voisinage. Par exemple, la transformation d'un magasin de chaussures en agence immobilière a été refusé en raison du nombre déjà élevé d'agences immobilières.

Concernant le formalisme de la demande, le locataire doit demander, par lettre recommandée avec avis de réception ou par acte extrajudiciaire, à son bailleur et aux créanciers inscrits sur le

fonds de commerce, l'autorisation d'exercer une activité différente de celle prévue dans le bail commercial.

Le bailleur a 3 mois pour répondre et l'absence de réponse vaut acceptation tacite.

Suite à l'acceptation de la déspecialisation plénière, le bailleur pourra augmenter le loyer à tous moments.

La confusion avec le droit au bail peut, notamment, avoir lieu lorsque l'indemnité de déspecialisation intervient au moment de la vente du droit au bail. Le locataire sortant, vendant son droit au bail à un repreneur exploitant un fonds de commerce non compatible avec la destination du bail, devra verser une partie du droit au bail au propriétaire afin d'obtenir la déspecialisation du bail.

Ainsi, l'indemnité de déspecialisation ne doit pas être confondue avec le droit au bail. Dans le premier, la somme d'argent est perçue par le bailleur alors que dans le second, elle est perçue par le locataire sortant.

Nous pouvons résumer la partie « gare aux confusions » par le schéma suivant :

1.4. Les facteurs de la valeur

Les facteurs de la valeur sont différents selon la classe d'actifs à évaluer. Le droit au bail étant un droit immobilier complexe à appréhender, l'expert immobilier doit analyser scrupuleusement les facteurs influençant la formation des prix de cession des droits au bail.

La valeur du droit au bail dépend de facteurs immobiliers, juridiques, réglementaires et financiers.

1.4.1. Les facteurs immobiliers

1.4.1.1. La localisation

La localisation du local commercial est sans doute le facteur de la valeur le plus important pour la raison qu'il est impossible de déplacer un immeuble. Un local avec un bel emplacement mais en mauvais état sera toujours plus apprécié par la demande qu'un local très mal localisé en très bon état. D'où le célèbre adage : l'emplacement, l'emplacement et toujours l'emplacement.

Le marché de l'immobilier est de plus en plus segmenté et en fonction de la localisation, le bien est situé :

- Soit sur un axe n°1 top ou prime qui constitue le meilleur emplacement, le plus souvent en hyper centre-ville. Nous citons à titre d'exemple le cours de l'intendance ou encore la rue sainte Catherine à Bordeaux.
- Soit sur un axe n°1 bis. Ce sont les emplacements situés dans les rues perpendiculaires aux axes n°1 top.
- Soit sur un axe n°2 ;
- Soit sur un axe n°3.

De plus, nous observons que le marché locatif commercial est à deux vitesses :

- les bons emplacements dans lesquels les entreprises sont prêtes à payer un loyer et un droit au bail élevé compte tenu de l'emplacement et même si la reprise du bail existant ne constitue pas d'avantages significatifs. Certains qualifient d'ailleurs ces valeurs de « loyers marketing » en raison de stratégies marketing inhérente à chaque entreprise.
- Les mauvais emplacements dans lesquels on constate des valeurs de droit au bail faibles voire inexistantes. Le taux de vacance locative s'accroît et les valeurs locatives diminuent.

La localisation revêt un caractère primordial, il convient de l'étudier à plusieurs échelles :

- au niveau de la ville ;
- au niveau du quartier ;
- au niveau de la rue ;
- au niveau de l'immeuble.

Nous rappelons que la valeur du droit au bail est extrêmement volatile et sensible à l'emplacement, les variations de valeur pouvant être brutales même sur de faibles distances.

1.4.1.2. La commercialité

La commercialité d'un commerce dépend de trois grands facteurs :

- la visibilité du commerce. Elle est mesurée par le linéaire de vitrine, la largeur des façades, une zone d'angle. Certaines entreprises qui souhaitent se « mettre en scène »

chercheront les emplacements n°1 top afin d'obtenir un effet vitrine et dans certains cas constitué la boutique « porte drapeau »⁶ de la marque.

- L'accessibilité. D'où l'adage « no parking no business ». Ce sont l'ensemble des modes de transport pour accéder au commerce, à savoir le bus, tramway, métro, places de stationnement, etc.
- La chalandise. C'est l'un des facteurs les plus importants car elle permet à l'entreprise de déterminer l'origine géographique de sa clientèle et d'analyser l'attractivité d'une zone. Elle l'est lorsque l'emplacement permet d'attirer un flux de personnes important.

1.4.1.3. La consistance des locaux

La consistance des locaux permet d'apprécier la qualité du bâti et du local commercial. Pour appréhender la consistance d'un local, l'expert analyse les paramètres suivants :

- État et qualité du bâti et du local ;
- La configuration du local, à savoir, sa forme, le linéaire de vitrine et les agencements ;
- Nombre d'annexes et leur qualité ;
- La taille : pour le commerce, on utilise la surface utile et la surface utile pondérée.

1.4.2. Les facteurs juridiques

Les facteurs juridiques sont liés aux différentes clauses insérées dans le bail commercial qui participe à la valeur du droit au bail. Les principaux points à étudier sont :

- La destination du bail. Nous avons vu (*cf supra*) qu'un bail pouvait être soit spécialisé restrictivement, soit « tous commerces ». Dans le dernier cas, cette clause constitue un élément de valorisation de la valeur locative pouvant aller jusqu'à 20%⁷. En pratique, l'expert retiendra le plus souvent une majoration de 10%.
- Les facilités de gestion, à savoir, la faculté de céder son droit au bail, de sous-louer ou de mise en location-gérance.
- Les conditions financières du bail, à savoir, le montant du loyer et l'indice d'indexation.
- La répartition des charges : les charges d'entretien, les charges de copropriété, les grosses réparations, les taxes et les impôts.

⁶ Appelé également « Flagship », ce terme anglais signifie vaisseau amiral.

⁷ Versailles, 22 novembre 2016, n°15/06233

- Les clauses acquisitives
- Les droits de déspecialisation

L'analyse du bail est donc primordial pour quantifier les avantages de reprendre le bail existant.

1.4.3. Les facteurs légaux

La loi du 18 juin 2014 dite loi Pinel constitue la plus profonde réforme du statut des baux commerciaux depuis le décret de 1972. L'objectif de la loi est d'améliorer les relations entre bailleurs et preneurs d'un bail commercial. Cette loi introduit deux nouvelles règles de répartition des charges et un dispositif de lissage des loyers appelé aussi « le plafonnement du déplafonnement ». L'esprit de la loi est d'une part, maîtriser les coûts locatifs accessoires au loyer et, d'autre part, rendre plus tolérable pour le locataire le retour du loyer à la valeur locative au sens de l'article L. 145-33 du code de commerce.

Depuis le 1^{er} septembre 2014, le bailleur ne peut plus refacturer au locataire les grosses réparations relevant de l'article 606 du Code civil et les honoraires techniques associés, la contribution économique territoriale et les honoraires de gestion. Le transfert des grosses réparations à la charge du bailleur aura pour corolaire une augmentation de la valeur locative de marché. En effet, le bailleur, devant supporter une charge importante, la répercutera sur le montant du loyer fixé librement entre les parties lors d'une location nouvelle. En outre, le bailleur pourra, lors du renouvellement du bail, invoquer une modification notable des obligations respectives des parties étant donné le coût de grosses réparations. Nous nous posons alors la question si l'amélioration des relations entre bailleurs et locataires sera respecté étant donné que le loyer initial des baux antérieurs au 1 septembre 2014 avait été négocié avec une répartition des charges différentes.

De plus, la loi instaure le plafonnement du déplafonnement. Ce plafonnement consiste à rendre plus tolérable pour le locataire le retour à la valeur locative. L'augmentation du loyer est limité à 10% par an du loyer acquitté l'année précédant le renouvellement. Le dispositif introduit un facteur de valorisation des droits au bail qui ne tient pas compte de l'évolution du marché mais de la loi. Il faut désormais capitalisé et actualisé la différence entre le loyer de renouvellement ou valeur locative judiciaire et le loyer effectif qui constitue une économie de loyer supplémentaire pour le locataire.

Pour mesurer l'impact de la loi sur la valeur d'un droit au bail, nous avons réalisé la modélisation financière suivante selon les hypothèses suivantes :

HYPOTHÈSES DE TRAVAIL				
LR/an/HT-HC				40 000 €
LE/an/HT-HC				20 000 €
Taux de variation				10%
Taux d'actualisation				6%

Année	LR	LE	EL	EL actualisée
0	- €	20 000 €	- €	- €
1	40 000 €	22 000 €	18 000 €	16 981 €
2	40 000 €	24 200 €	15 800 €	14 062 €
3	40 000 €	26 620 €	13 380 €	11 234 €
4	40 000 €	29 282 €	10 718 €	8 490 €
5	40 000 €	32 210 €	7 790 €	5 821 €
6	40 000 €	35 431 €	4 569 €	3 221 €
7	40 000 €	38 974 €	1 026 €	682 €
8	40 000 €	40 000 €	- €	- €
9	- €	40 000 €	- €	- €

TOTAL				60 491 €
--------------	--	--	--	-----------------

Ainsi, on ajoutera à la valeur du droit au bail l'économie totale de loyer actualisée généré par le principe du plafonnement du déplafonnement.

1.4.4. Les facteurs financiers

Dans un contexte financier de taux historiquement bas, les modalités de financement avantageuses favorisent une augmentation de la valeur des droits au bail. Cependant, malgré les facilités de financement, le droit au bail reste un actif complexe à se faire financer notamment en raison d'un manque de liquidité et d'un risque accru pour le banquier en cas de défaut de paiement. L'emprunteur doit alors se procurer des fonds propres et il est d'usage que la banque exige une part de fonds propres majoritaire **et un taux d'intérêt élevé**

1.5. Les méthodes d'évaluations (déjà réalisé dans mes articles, aller vite)

1.5.1. Méthode par le multiplicateur de loyer

1.5.2. Méthode du différentiel de la valeur vénale et occupée

1.5.3. Méthode par réduction unitaire ou par comparaison

1.5.4. Méthode du coefficient Méthode de l'Argus de l'enseigne, c'est un cas particulier du coefficient de commercialité fixé à 10 de commercialité

1.5.5. Méthode de l'économie de loyer actualisé

1.5.6. Méthode financière par actualisation des gains de loyers *pl*

