

LE DROIT AU BAIL
EN MATIERE COMMERCIALE
Catherine SECCHI

1/ BREFS RAPPELS SUR LA DEFINITION DU DROIT AU BAIL

Le droit au bail est une émanation un peu abstraite du droit français, dans la mesure où, ne possédant aucune définition juridique précise, il est la conséquence de la législation.

En matière commerciale, il est issu du décret du 30/09/1953, aujourd'hui codifié aux articles L 145-1 et suivants du Code de commerce, ledit décret définissant le statut des baux commerciaux et la propriété commerciale qui en découlent.

La loi a organisé une « protection spéciale » en faveur des commerçants et artisans qui est cette fameuse PROPRIETE COMMERCIALE

Quand un commerçant exploite un fonds dans un immeuble où il n'en est que le locataire, le statut des baux commerciaux lui confère un droit de jouissance particulier : en fin de bail,

- le preneur a droit au renouvellement de son bail pour une durée de 9 ans au moins, avec un montant de loyer plafonné sauf motifs fondés et expressément prévus par le législateur (Cf infra.)
- en cas de refus de renouvellement, le preneur a droit au paiement d'une indemnité dite d'éviction, ladite indemnité étant destinée à compenser le préjudice subi du fait du défaut de renouvellement du bail.

COMPOSANTE ESSENTIELLE DU FONDS DE COMMERCE

Le droit au bail est également souvent défini comme une des composantes essentielles du fonds de commerce, représentant un élément incorporel de la valeur du fonds.

Cette relation est d'autant plus vraie qu'il existe peu de baux où le droit au bail est librement cessible, càd indépendamment du fonds, puisque la majorité des baux interdisent la cession du seul droit au bail, si ce n'est au successeur dans le fonds de commerce.

2/ LES FACTEURS DE LA VALEUR DU DROIT AU BAIL

La valeur du droit au bail dépend de trois principaux paramètres : les 2 premiers sont de nature immobilière, le 3^e est de nature juridique.

➤ **1^{ER} PARAMETRE : LA SITUATION**

La qualité d'emplacement constitue l'élément essentiel, le phénomène étant surtout observable dans **les grands centres commerciaux** ou dans les **meilleurs secteurs des grandes villes** ou le droit au bail peut être très élevé même si les conditions du bail ne sont pas particulièrement avantageuses.

Etant précisé qu'il convient de **connaître parfaitement la commercialité du secteur** considéré qui peut être variable dans une même rue.

Il convient également **d'être attentif à la pérennité de la commercialité** qui peut subir des modifications inopinées

➤ **2^E PARAMETRE : LA CONSISTANCE DES LOCAUX**

- Aspect général et consistance de l'immeuble
- Configuration des locaux, notamment linéaire de vitrine
- Surface utile et surface pondérée
- Facilité d'exploitation : livraison, locaux annexes, etc.
- Etat d'entretien et équipements

➤ **3^E PARAMETRE :LES CONDITIONS JURIDIQUES ET FINANCIERES DU BAIL**

- La **destination des locaux** : le bail tous commerces constituant un élément de forte valorisation, même si la déspecialisation peut toujours être sollicitée moyennant le paiement d'une indemnité au profit du bailleur
- Les **facilités de gestion** : faculté de sous location, faculté de mise en location gérance, et bien sûr faculté de cession
- L'inclusion de **locaux accessoires** : en particulier l'existence d'un logement, ou d'éventuelles possibilités de stationnement
- Les **conditions financières** : - montant du loyer et modalités de révision,
 - possibilités de déplafonnement
 - charges et conditions : impôts et axes, grosses réparations, charges de copropriété

3/ METHODES D'EVALUATION DU DROIT AU BAIL

Nous rappellerons tout d'abord que le matériel et le mobilier ne sont pas inclus dans le droit au bail qui se limite au droit de reprendre un bail commercial en cours : droit à l'occupation des lieux et au renouvellement.

Nous rappellerons également que pour une jurisprudence constante, dans le cadre de la détermination d'une indemnité d'éviction, la valeur du fonds ne peut être inférieure à celle du droit au bail. Ce dernier représentant, dans tous les cas, le poste principal de l'indemnité quand il s'agit de déterminer une indemnité de transfert ou de déplacement.

Dans la pratique contemporaine, il est rare de rencontrer des baux où le droit au bail est librement cessible pour tous commerces. En effet, la majorité des baux prévoit :

- une **destination exclusive**, ou très restrictive : donc en cas de cession de bail, ce sera pour l'activité contractuellement prévue,
- en outre, la **majorité des baux interdit la cession du seul droit au bail**, donc faire attention à certains baux « vicieux » qui accordent une destination « tous commerces » mais qui interdisent la cession du seul droit au bail, indépendamment du fonds de commerce.

Evaluation

Le nombre de paramètres influant sur la valeur du droit au bail ne permet pas de recourir à une formulation mathématique unique.

L'approche de la valeur du droit au bail a donc fait l'objet de nombreuses études et a évolué dans le temps.

Nous aborderons donc les deux méthodes les plus utilisées :

- la 1^{ère} méthode : **capitalisation de l'économie de loyer ou différentiel de loyer** par application d'un coefficient de situation
- la 2^e méthode parfois recoupée avec la 1^{ère}: **méthode par comparaison directe**, limitée aux locaux bénéficiant d'une très forte valeur d'emplacement

Nous n'aborderons pas certaines méthodes plus anciennes (telles que la méthode du différentiel de valeur) qui ne sont plus utilisées ou qui le sont par certaines jurisdictions de l'expropriation. Nous n'aborderons pas non plus les méthodes financières qui sont complexes et peu utilisées telles que l'actualisation de l'économie de loyer.

3.1/ CAPITALISATION DE L'ECONOMIE DE LOYER

➤ PRESENTATION DE LA METHODE

Dans cette approche, la valeur du droit au bail est analysée comme le préjudice que le locataire peut subir du fait de la perte résultant de l'économie éventuelle de loyer.

La valeur du droit au bail repose sur l'économie que fait le preneur en restant en place avec un loyer révisé ou plafonné par rapport au loyer du même local, loué sans pas de porte, à la valeur locative de marché, ou par rapport au loyer qu'il serait susceptible de devoir payer pour se réinstaller.

Valeur du droit au bail = capitalisation de la différence entre la valeur locative de marché et le loyer effectivement payé

Valeur locative de marché :

valeur locative annuelle réelle appelée « loyer pur » ou dite loyer « à l'américaine », c'est-à-dire loyer libre sans pas de porte ou droit d'entrée (somme versée au bailleur) et sans droit au bail (somme versée au locataire cédant)

Loyer effectivement payé

Loyer annuel qui doit être normalement acquitté par le locataire, actualisé en fonction de l'ICC le cas échéant

Capitalisation de l'économie de loyer

Dans la pratique contemporaine, il est d'usage de capitaliser ce différentiel par un coefficient de situation, habituellement compris entre 3 et 10 :

- 0 dans les mauvaises situations, où la commercialité est inexistante
- 3 à 5 dans les emplacements dits n°3, c'est-à-dire dans les petites situations où la commercialité est faible à moyenne, ou pour les locaux artisanaux ou industriels
- 6 à 7 dans les emplacements dits n°2 correspondant à de bonnes situations
- 7 à 8 dans les emplacements n°1bis, très bonnes situations
- 8 à 10 dans les emplacements n°1, excellentes situations
- 11 à 12 dans les emplacements n°1 "top", situation exceptionnelle, (à Paris Champs-Élysées)

➤ LIMITES DE LA METHODE

Première limite :

Il faut tout d'abord avoir une connaissance affinée des valeurs locatives de marché qui sont pratiquées, notamment sur le paiement d'un éventuel droit d'entrée

Deuxième limite :

Il **faut que le loyer exigible soit inférieur à la valeur locative de marché**, et dans l'affirmative, il faut bien **vérifier si au moment du renouvellement ce sera bien la règle du plafonnement qui va s'appliquer**, à savoir un loyer révisé en tenant compte de la seule variation de l'indice du coût de la construction publié par l'INSEE,

Or il existe plusieurs motifs de déplafonnement :

- cas de **déplafonnement automatique** : locaux monovalents, locaux à usage exclusif de bureaux, baux prévoyant une durée contractuelle est supérieure à 9 ans (souvent dans les centres commerciaux), durée effective supérieure à 12 ans

- cas de déplafonnement qui ne sont pas automatiques mais qui vont intervenir s'il est démontré une modification notable d'un des éléments d'appréciation de la valeur locative (articles R 145-3 à R 145-6 et R 145-8) et notamment le cas le plus fréquent, la modification des facteurs locaux de commercialité.

Sachant que si le droit au bail est cédé au début de la période contractuelle, rien ne dit que des éléments nouveaux ne vont pas apparaître au cours du bail et entraîner le déplafonnement du loyer à l'échéance du bail, notamment dans l'hypothèse d'un environnement économique plus ou moins stable.

⇒ en cas de déplafonnement, certains experts et magistrats considèrent que la valeur du droit au bail par le différentiel de loyer conserve un intérêt en raison de l'écart entre les prix de marché et les prix fixés judiciairement.

C'est là l'objet d'un autre débat que nous ne développerons pas.

⇒ en cas de déplafonnement, la valeur du droit au bail par le différentiel de loyer est, théoriquement limitée en fonction de la durée restante à courir avant l'échéance du bail.

Dans le cadre de la détermination du montant de l'indemnité d'éviction, la jurisprudence admet que, même en matière de bureaux, où les loyers sont déplafonnés, la valeur du droit au bail doit être indemnisée, notamment par la méthode du différentiel de loyer (CA Paris 16^e Ch A 10/03/92) considérant que les bureaux peuvent avoir une qualité d'emplacement avec un marché qui évolue plus vite que les indices (CA Paris 16^e Ch A 22/09/92)

Troisième limite :

La méthode du différentiel de loyer est également limitée dans les cas particulier des **loyers indexés sur le chiffre d'affaires**.

D'autant plus que le pourcentage varie, souvent en fonction de l'activité exercée, donc dans le cas d'une destination tous commerces ou pluri activités, si l'activité est modifiée, le pourcentage doit être théoriquement modifié pour être adapté à la nouvelle activité.

Quatrième et dernière limite :

même si dans la méthode par le différentiel de loyer, on a vu que l'élément déterminant demeurait la **qualité d'emplacement**, il est des cas où un commerçant peut avoir intérêt particulier à acheter un droit au bail indépendamment de toute **économie de loyer**, car le principal facteur est l'emplacement.

Ces commerçants achètent donc une localisation, une présence, une part de marché, mais pas une économie de loyer.

⇒ Ce qui nous amène à notre 2^e méthode basée principalement sur la valeur d'emplacement

3.2/ METHODE PAR COMPARAISON DIRECTE

➤ **PRESENTATION DE LA METHODE**

La notion de droit au bail est souvent attachée à la qualité commerciale d'un emplacement puisqu'elle, entre autres, la contrepartie de l'achalandage que cet emplacement procure.

Sont, bien entendu, principalement concernées les très bonnes situations telles que :

- les **grands centres commerciaux**
- l'**hyper centre ville** : Marseille : rue Saint Ferréol, rue Paradis,
Certains noyaux villageois particulièrement dynamiques
Aix : cours Mirabeau, Allées provençales
- en **fonction l'activité exercée** : grandes enseignes, marché de la téléphonie mobile, établissements bancaires qui veulent un emplacement bien précis

La méthode par comparaison est établie à partir des **données du marché**.

Il convient de rechercher des références de cession, si possible dans le **même secteur**, idéalement dans la même rue ou dans un quartier où la commercialité est similaire, avec des **conditions locatives similaires**.

Il ressort une fourchette de prix au m² pondérés avec un prix moyen que l'on applique à la surface utile pondérée de notre local, après corrections éventuelles pour tenir compte des différences constatées :

- des caractéristiques propres du local
- des conditions locatives : clauses du bail avantageuses ou non, charges, etc.
- niveau du loyer par rapport au marché
- durée du bail restant à courir
- possibilité de déplafonnement

➤ LIMITES DE LA METHODE

Première limite :

La méthode n'est véritablement applicable que pour des locaux d'une très forte valeur d'emplacement

Deuxième limite :

La recherche des éléments de référence : informations sont rares, incomplètes, peu exploitable et très rarement publiées

Il faudrait avoir une parfaite connaissance des caractéristiques des locaux et des conditions de locations.

Troisième limite :

Pour les meilleurs emplacements : projets spéculatifs où le locataire veut avant tout un emplacement, quel que soit son coût, considérant qu'en toute hypothèse le capital investi ne pourra que se réévaluer.

Le droit au bail payé n'est alors considéré que comme le moyen d'accroître le chiffre d'affaires à venir, c'est donc un titre de placement qui n'est parfois même pas amorti, car considéré comme un titre cessible le moment venu.

EN CONCLUSION

L'appréciation du droit au bail est largement empirique et ne peut être réduite à une simple équation mathématique basée sur l'économie de loyer.

Cet aspect reste prépondérant dans bien des cas, mais pas pour les emplacements les plus convoités, où l'on assiste à la reconstitution d'un droit au bail alors que le loyer a atteint la valeur locative de marché.

Note complémentaire : METHODE DITE « ARGUS DE L'ENSEIGNE »

L'évaluation du droit au bail par la méthode utilisée par certains transactionnaires que l'on retrouve notamment dans la revue intitulée l'ARGUS DE L'ENSEIGNE

Calcul de la superficie pondérée du local

Pondération selon les critères suivants :

- largeur de la façade x longueur de 0 à 10 m : coeff 1,00
- largeur de la façade x profondeur 10 à 20 m coeff 0,50
- largeur de la façade x solde coeff 0,30
- réserves y compris caves aménagées : coeff 0,10

Valeur locative décapitalisée

On recherche des références de loyers pratiqués mais décapitalisés

Le prix moyen ressortant de cette analyse est appliqué à la surface pondérée du local

⇒ on obtient une valeur locative décapitalisée

Valeur du droit au bail

On recherche le loyer réel, à savoir la valeur locative pure du local

On fait la différence entre la valeur locative décapitalisée déterminée et le loyer réel

On multiplie le résultat par 10

Catherine SECCHI

IFEI Méditerranée · 21 janvier 2011