

BOUTIQUES LOUÉES SANS VERSEMENT D'UN DROIT D'ENTRÉE

DOIT-ON RETENIR LES DROITS D'ENTRÉE ET LES « DROIT AU BAIL » LORS DU RENOUVELLEMENT ?

par Patrick Colomer

Chartered Surveyor MRICS, expert près la cour d'appel de Paris, coauteur de *Droit et pratique des baux commerciaux*, Dalloz Action 2010/2011

Le principe de la décapitalisation des « droit au bail » et droits d'entrée ne pose pas de difficulté en matière d'évictions, mais peuvent-ils être réintégrés dans le calcul de la valeur locative lors d'un renouvellement de bail ? Tout dépend des modalités de fixation du loyer à la prise d'effet du bail, la réponse semble positive uniquement pour le renouvellement des locations consenties sans versement d'un droit d'entrée.

Le loyer est devenu un instrument financier pour valoriser un immeuble, les foncières propriétaires cherchent à le revaloriser au maximum pour dégager une plus-value lors de la revente des murs. Toutefois, il ne faut pas oublier qu'il résulte de l'activité économique des hommes.

Sur le marché, le prix locatif est le montant constaté de l'échange après le jeu de l'offre et de la demande. Le commerçant raisonne par rapport à un potentiel de chiffre d'affaires et de marge brute d'exploitation. Le prix résulte d'une triple logique : économique, financière et humaine.

Que dit le code de commerce ?

L'article L. 145-33 du code de commerce pose les critères de la valeur locative en cas de déplafonnement :

« 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 :

« 1 - Les caractéristiques du local considéré ;

« 2 - La destination des lieux ;

« 3 - Les obligations respectives des parties ;

« 4 - Les facteurs locaux de commercialité ;

« 5 - Les prix couramment pratiqués dans le voisinage ».

Ces critères sont détaillés aux articles R. 145-2 à R. 145-8 du code de commerce.

La loi ne définit pas la valeur locative, mais ses critères.

Le marché ne définit pas la valeur locative, mais elle en résulte.

A l'exception des fixations judiciaires qui sont la conséquence d'un désaccord entre les parties, les loyers sont négociés entre bailleurs et locataires.

■ Calcul de la valeur locative : des prix, une valeur !

L'expert analyse le marché à partir des prix, ce qui implique de les étudier à leur date de formation. Puis il recherche la valeur locative du local.

L'article R. 145-7 vise les prix, ce sont les références. Elles doivent concerner des locaux équivalents et, dans le cas contraire, être citées à titre indicatif ou corrigées en considération des différences constatées entre le local loué et les locaux de référence.

L'article R. 145-8 concerne le local dont le bail est en renouvellement : c'est la valeur locative. Il prévoit des facteurs de diminution, mais aussi de majoration.

Le code de commerce prévoit que la valeur locative est recherchée par comparaison avec « les prix couramment pratiqués dans le voisinage ».

Il existe différents niveaux de prix :

- à la prise d'effet du bail : les locations nouvelles avec ou sans droits d'entrée ;

- en cours de bail : les modifications de prix résultent d'un accord entre les parties ou de l'application de la loi. En cas de cession du droit au bail, le prix locatif varie en fonction de la valeur du fonds, celui-ci pouvant être cédé sans l'intervention du bailleur ;

- en fin de bail : le principe érigé par le code de commerce lors des renouvellements est l'application de l'indice Insee. Il faut un motif pour dépasser le plafond en résultant. Le prix négocié entre le bailleur et le locataire n'est pas uniforme : il varie en fonction de l'incertitude du motif de déplafonnement. Par contre, il n'existe pas de condition de recevabilité pour diminuer le loyer s'il excède la valeur locative.

Ainsi, la valeur est calculée à partir de prix hétérogènes.

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, mais à l'application de l'article R. 145-7. La prise en compte des différents niveaux de prix conduit mécaniquement à une diminution par rapport au marché. C'est pourquoi les loyers fixés judiciairement sont inférieurs à la valeur locative de marché.

La pratique du droit d'entrée creuse l'écart avec le marché : on constate que plus les prix sont élevés, plus l'écart des valeurs avec le marché est important lors des renouvellements de baux.

Les prix pratiqués dans le voisinage

Les locations nouvelles avec et sans droit d'entrée: la dichotomie se crée du fait des bailleurs. Le droit d'entrée entraîne une minoration du loyer pratiqué périodiquement.

Les loyers déplafonnés lors de renouvellements de baux: ils ne sont pas uniformes essentiellement pour deux raisons.

- L'existence d'un préalable pour obtenir la valeur locative: le déplafonnement. En effet, le principe est le plafonnement lors des renouvellements de baux, c'est-à-dire l'application de l'indice Insee. Plus le motif de déplafonnement est sérieux, moins la marge de négociation du locataire avec le bailleur est élevée, et inversement. Le préalable de la recevabilité de l'action en déplafonnement fait que les loyers négociés en cas de déplafonnement ne sont pas uniformes.

- L'existence de facteurs de minoration ou de majoration résultant de la liberté à l'origine des baux. Ceux-ci peuvent être quantifiés afin de rétablir un équilibre entre les éléments de comparaison. Mais l'accession différée des travaux entraîne une minoration du loyer de renouvellement qui est très difficilement quantifiable, les baux étant rarement explicites sur l'abattement retenu.

Les loyers plafonnés: ils sont écartés, ne résultant pas d'un accord entre les parties. Mais ils peuvent créer une forte valeur de « droit au bail » dans les activités autorisées par le bail.

Les loyers négociés lors de cessions de droit au bail: le bailleur peut obtenir une augmentation du loyer en contrepartie de la modification de la destination contractuelle. Toutefois, il ne pourra pas obtenir la valeur locative du marché. En effet, si le loyer augmente trop, le locataire cédera son fonds de commerce dans l'activité autorisée par le bail, et dans ce cas le bailleur ne pourra pas l'augmenter. Pour que le locataire ait intérêt à céder son droit au bail pour une autre activité, il faut que sa valeur soit supérieure à celle du fonds de commerce, ce qui implique une augmentation de loyer en proportion. Les loyers négociés sont disparates, la marge de négociation dépendant de la valeur du fonds de commerce.

Les loyers fixés judiciairement.

■ Peut-on reconstituer un prix de marché en réintégrant le droit d'entrée ou le droit au bail au loyer pratiqué ?

Lorsque le bailleur qualifie le droit d'entrée de contrepartie de la propriété commerciale, il convient de vérifier si cette qualification n'est pas uniquement fiscale, ce qui implique de comparer la valeur locative de marché au loyer reconstitué. La seule qualification de la nature du droit d'entrée figurant dans le bail n'est pas suffisante pour permettre d'affirmer qu'il ne s'agit pas de loyer.

Si le « droit d'entrée » ou « droit au bail » est un loyer en capital, il est indifférent qu'il ait été perçu par le bailleur ou le locataire. Les bénéficiaires ne sont pas les mêmes, mais il s'agit d'une forme de paiement du loyer dans les deux cas.

Mais ce loyer est versé en une fois, il ne s'agit pas d'un loyer pratiqué périodiquement.

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

Le mécanisme de reconstitution est le suivant :

- Loyer de marché : 1 000 €/m², absence de droit d'entrée

La valeur locative de marché étant connue, elle permet de déterminer avec précision le coefficient à appliquer aux cessions pour la reconstituer : 8 (V. tableau supra)

1^{er} cas :

■ Loyer : 600 €/m², avec un droit d'entrée de 3 200 €/m²

$$\begin{array}{r} \text{Loyer en capital : } \frac{3\,200 \text{ €}}{8} = 400 \text{ €} \\ \text{Loyer pratiqué : } \quad \quad \quad + 600 \text{ €} \\ \hline \text{Loyer reconstitué : } \quad \quad \quad 1\,000 \text{ €} \end{array}$$

2^e cas :

■ Loyer : 300 €/m², avec un droit d'entrée de 5 600 €/m²

$$\begin{array}{r} \text{Loyer en capital : } \frac{5\,600 \text{ €}}{8} = 700 \text{ €} \\ \text{Loyer pratiqué : } \quad \quad \quad + 300 \text{ €} \\ \hline \text{Loyer reconstitué : } \quad \quad \quad 1\,000 \text{ €} \end{array}$$

On constate que la pratique du droit d'entrée minore les loyers pratiqués périodiquement.

Comment déterminer le coefficient pour reconstituer la valeur locative de marché ?

Le coefficient de capitalisation, ou plutôt de reconstitution, doit être rigoureusement identique au coefficient de décapitalisation des loyers de comparaison. Il s'agit d'un coefficient de commercialité lié aux seuls prix de marché, et non à la durée du bail restant à courir.

Ce n'est pas un coefficient financier ; en effet, le commerçant n'acquiert pas un produit financier, mais plus précisément un emplacement commercial représentant un potentiel de chiffre d'affaires et de marge brute d'exploitation, qui constituera son outil de travail.

Ce coefficient varie en fonction du prix au mètre carré pondéré. L'analyse des droits d'entrée et des « droit au bail » montre constamment que plus le prix monte plus le coefficient est élevé, et inversement. On ne peut pas retrouver les valeurs locatives de marché sans versement d'un droit d'entrée dans des rues ou des villes différentes en retenant un coefficient uniforme.

L'incompréhension du mécanisme de reconstitution est due à l'application d'un coefficient identique dans des voies de commercialité différente. Cela a conduit une partie de la doctrine à le rejeter.

Il existe pour les boutiques des locations nouvelles sans versement d'un droit d'entrée et un véritable marché des « droit au bail », avec de nombreuses cessions. L'analyse des cessions permet de trouver les coefficients qui permettent de reconstituer la valeur locative de marché.

L'observation du marché des cessions de droit au bail conduit actuellement aux coefficients suivants pour les boutiques :

Coefficients de commercialité des boutiques

Prix unitaire (m ² B)	Coefficient
< à 250 euros	2
251 à 300 euros	3
301 à 350 euros	4
351 à 400 euros	5
401 à 500 euros	5,50
501 à 600 euros	6
601 à 700 euros	6,50
701 à 800 euros	7
801 à 999 euros	7,50
1000 à 1399 euros	8
1400 à 1899 euros	8,50
1900 à 2499 euros	9
2500 à 3499 euros	9,50
3500 à 4499 euros	10
4 500 à 5499 euros	11
> à 5 500 euros	12

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

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.

■ Faut-il prendre en compte les loyers reconstitués lors des renouvellements de baux ?

L'article R. 145-7 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 ».

Il existe trois difficultés :

- la nature de « loyer » des droits d'entrée ou droit au bail est contestée par une partie de la doctrine,
- les coefficients de décapitalisation varient en fonction des experts,
- dans l'hypothèse où les droits d'entrée ou droits 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 (Loyers et copr. 2010, n° 1695 ; à popros de cet arrêt, V. aussi Brault, Loyers et copr. 2010, Étude 7) 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*.

■ La prise en compte des modalités de fixation du loyer lors des renouvellements de baux

Peut-on appliquer la même valeur pour les locations consenties avec ou sans versement d'un droit d'entrée ?

L'article R. 145-7 n'est pas d'ordre public, il est possible d'y déroger. Il n'y a pas de difficulté si le bail prévoit que seuls les prix de marché seront retenus.

Dans le cas contraire, la prise en compte des différents niveaux de prix pratiqués entraînera mécaniquement et systématiquement une baisse du loyer.

On trouve différents niveaux de prix liés à un contexte, aux parties, à leur rapport au temps...

A titre d'exemple, on peut relever, rue de la Tête d'Or à Metz : quatre loyers reconstitués en réintégrant le droit au bail au loyer :

- **894 €/m²B** au 01/10/2008 pour 71,60 m²B (prêt-à-porter féminin)
loyer : 13 980 €
droit au bail : 350 000 €
réintégré au coefficient 7,0
- **959 €/m²B** au 01/09/2006 pour 47,25 m²B (bagagerie)
loyer : 24 000 €
droit au bail : 160 000 €
réintégré au coefficient 7,50
- **968 €/m²B** au 01/02/2008 pour 68,18 m²B (lingerie)
loyer : 30 000 €
droit au bail : 270 000 €
réintégré au coefficient 7,50
- **1 085 €/m²B** au 01/06/2010 pour 55,75 m²B (lingerie)
loyer : 33 000 €
droit au bail : 220 000 €
réintégré au coefficient 8,0

quatre loyers pratiqués pour lesquels il a été versé un droit au bail : (loyers reconstitués cités supra) :

- **195 €/m²B** au 01/10/2008 pour 71,60m²B (prêt-à-porter féminin)
loyer : 13 980 €
- **440 €/m²B** au 01/02/2008 pour 68,18 m²B (lingerie)
loyer : 30 000 €
- **508 €/m²B** au 01/09/2006 pour 47,25 m²B (bagagerie)
loyer : 24 000 €
- **592 €/m²B** au 01/06/2010 pour 55,75m²B (lingerie)
loyer : 33 000 €

On constate que le marché est uniforme, alors que les prix pratiqués sont disparates. Cela s'explique par le contexte lié à leur formation : la relativité de la validité du motif de revalorisation en fin de bail (déplafonnement), et en cours de bail le niveau de la valeur du fonds par rapport à celle du droit au bail.

Les prix sont parfois subjectifs, la valeur doit être objective.

Les critères des prix de comparaison sont déterminés par l'article R. 145-7 du code de commerce. Cet article prévoit en outre deux types de corrections, afin de tenir compte de la différence entre :

- le local loué et les locaux de référence ;
 - les dates des fixations des prix et les modalités de cette fixation.
- Son dernier alinéa indique que les références « *sont corrigées à raison des différences qui peuvent exister entre les dates de fixation des prix et les modalités de cette fixation* ».

Or, le versement d'un droit d'entrée est une modalité de fixation du prix.

L'article R. 145-8 pose les critères de la valeur locative du local expertisé, laquelle est déterminée à partir des prix. Le dernier alinéa pose un principe important : « *Il est aussi tenu compte des modalités selon lesquelles le prix antérieurement applicable a été originellement fixé* ».

En conséquence, il ne peut pas être retenu la même valeur pour le renouvellement des locations nouvelles consenties avec et sans versement d'un droit d'entrée.

Prenons un exemple de valorisation afin de proposer une solution. *La valeur locative de marché*, à partir des loyers sans versement d'un droit d'entrée et reconstitués en réintégrant les droits d'entrée ou droit au bail aux loyers pratiqués, est de 1 000 €/m².

Si le bail ne déroge pas à l'article R. 145-7, il ne peut pas être retenu uniquement les prix pratiqués pour les locations nouvelles. *La valeur locative dans le cadre d'un renouvellement de bail*, par application de l'article R. 145-7 est estimée à 600 €/m² en raison de la prise en compte des différents niveaux de prix pratiqués dans le voisinage :

- les locations nouvelles sans droit d'entrée,
- les loyers pratiqués pour lesquels il a été versé un droit d'entrée ou un droit au bail,
- les loyers de renouvellement dé plafonnés, ceux renégociés lors de déspecialisation,
- les fixations judiciaires.

Cette valeur locative représente 60 % du marché. Elle s'applique pour le renouvellement des locations consenties *avec* un droit d'entrée.

Pour le renouvellement des locations consenties *sans* droit d'entrée, l'article R. 145-7 s'applique si le bail n'y déroge pas.

On constate que de nombreux renouvellements amiables de locations consenties sans versement d'un droit d'entrée se négocient à une valeur supérieure.

Le code de commerce a institué un plafond mais pas de plancher : le loyer peut être ramené à la valeur locative de l'article R. 145-7 sans condition de recevabilité lors du renouvellement. En effet, il ne peut pas excéder la valeur locative de l'article L. 145-33. Toutefois, la baisse est souvent limitée, le locataire pouvant être amené à négocier un loyer de renouvellement supérieur à la valeur locative de l'article R. 145-7, les critères d'arbitrage étant les suivants :

- risque d'éviction par le bailleur, avec notamment une fiscalité subie par le locataire qui n'est pas prise en compte par les tribunaux,
- qualité du bailleur : particulier ou institutionnel, les rapports étant récurrents dans le second cas,
- travaux à réaliser dans les locaux nécessitant l'autorisation du bailleur,
- emplacement de qualité difficile à retrouver,
- modalité de fixation du loyer à la prise d'effet du bail : absence de versement d'un droit d'entrée, ce qui implique par application de l'article R. 145-8 de se rapprocher de la valeur locative de marché.

Pour le renouvellement des locations consenties sans versement d'un droit d'entrée, il convient de se rapprocher de la valeur locative de marché par application de l'article R. 145-8 s'agissant d'une modalité de fixation du loyer.

Il n'est pas possible d'effectuer la moyenne des prix de comparaison, s'agissant d'un panel qui n'est pas exhaustif, mais aussi en raison de la commercialité des rues qui n'est pas uniforme, et des dates de prise d'effet qui sont différentes.

Par contre, il est possible d'effectuer la moyenne entre la valeur locative de marché et celle de l'article R. 145-7, soit dans notre exemple :

$$\frac{1\ 000\ € + 600\ €}{2} = 800\ €/m^2$$

Cette valeur locative représente 80 % du prix du marché, au lieu de 60 % si l'on retient uniquement le panel de l'article R. 145-7.

Par cette approche, il est tenu compte des modalités de fixation du loyer, tant au niveau des prix de comparaison que de la valeur retenue, conformément au code de commerce.