



PRÉJUDICE OU VALEUR MARCHANDE ?

REGARDS CROISÉS SUR LES PARADOXES DU STATUT DES BAUX COMMERCIAUX
EN MATIÈRE D'ESTIMATION DE L'INDEMNITÉ D'ÉVICTION

Estimation de la valeur économique du droit au bail en l'absence de marché – Quelle appréhension faire de la valeur « marchande » d'une rente de situation en matière d'éviction ? – Approche comparée des méthodologies expertales, en fonction de la nature des locaux
par Mathieu Herberg 404

Refus de renouvellement du bail commercial : les paradoxes du chiffrage de l'indemnité d'éviction
par Françoise Maigné-Gaborit..... 409

Le statut des baux commerciaux s'applique à une large typologie de locaux (boutiques, bureaux, entrepôts, locaux d'activités, etc.).

L'estimation de l'indemnité d'éviction de locaux soumis au statut des baux commerciaux, bien que fondée sur les mêmes textes, diffère nettement, en termes de méthodologie, en fonction de la nature des locaux objets de l'éviction.

S'il est tentant de plaquer un modèle (par exemple celui des boutiques) sur d'autres typologies de locaux, ce raisonnement par analogie peut se révéler périlleux et en pratique fréquemment erroné.

Il n'est pas inutile de clarifier les méthodologies propres à chaque nature de locaux et de mettre en exergue les paradoxes du chiffrage de l'indemnité d'éviction, notamment en ce qui concerne les locaux d'activités.

ESTIMATION DE LA VALEUR ÉCONOMIQUE DU DROIT AU BAIL EN L'ABSENCE DE MARCHÉ

Quelle appréhension faire de la valeur « marchande »

d'une rente de situation en matière d'éviction ?

Approche comparée des méthodologies expertales, en fonction de la nature des locaux

par **Mathieu Hercberg**

Chartered Surveyor MRICS, expert près la cour d'appel de Versailles et les cours administratives d'appel de Paris et de Versailles

Les dispositions législatives¹ prévoient la possibilité pour un bailleur de ne pas renouveler un bail commercial, à condition d'indemniser les conséquences de ce refus pour le locataire.

Ce sont les juridictions qui estiment pécuniairement les conséquences d'un refus de renouvellement, fréquemment en ayant recours à un expert judiciaire.

Cette appréciation dépend en grande partie de la nature des locaux objets de l'éviction.

En matière de boutiques, l'approche méthodologique est relativement bien balisée, notamment avec la dichotomie entre droit au bail et valeur du fonds de commerce.

Concernant les locaux tertiaires à usage exclusif de bureaux, l'approche est également bien établie avec une estimation majoritairement fondée sur le principe d'une indemnité de transfert, généralement sans calcul d'une valeur du droit au bail.

Le bail commercial trouve cependant à s'appliquer à d'autres types de locaux, notamment les locaux d'activités, qui empruntent des caractéristiques aux deux catégories précédemment évoquées.

En effet, pour ce type de locaux, si l'éviction n'entraîne pas nécessairement l'anéantissement du fonds de commerce (à l'instar des locaux à usage de bureaux), cependant, leur soumission au principe législatif du plafonnement (comme les boutiques) peut générer, à défaut de droit au bail, une situation de rente, liée à la différence entre valeur locative et loyer contractuel. L'approche méthodologique propre à ce type de locaux est l'objet d'une littérature nettement moins abondante et mérite qu'on s'y intéresse pour en préciser les concours.

Nous envisagerons ainsi la nature du préjudice et proposerons une grille d'évaluation pour ce type de locaux, fondée en partie sur l'étude de la jurisprudence rendue en la matière.

■ L'indemnité d'éviction en matière de boutiques

L'appréciation de l'indemnité d'éviction en matière de boutiques est intimement liée à l'emplacement de cette dernière.

Ce lien intrinsèque entre emplacement et évaluation de l'indemnité d'éviction (qu'il soit appréhendé dans l'estimation du fonds de commerce ou du droit au bail, comme nous l'évoquerons plus loin) va dicter la méthodologie d'appréciation du préjudice subi par le locataire évicé.

L'article L. 145-14 du code de commerce instaure une présomption de perte du fonds de commerce exploité dans les locaux en cas d'éviction.

L'expert confronté à l'estimation de l'indemnité d'éviction doit donc s'interroger sur la valeur du fonds de commerce exploité dans les locaux objets de l'éviction.

Rapports entre droit au bail et fonds de commerce

Si la notion de « fonds de commerce » est omniprésente en matière de droit commercial, sa définition n'en est pas moins malaisée et a nourri la controverse. En l'absence de définition légale, on s'est souvent référé aux articles L.141-1 et suivants du code de commerce portant sur la vente et le nantissement du fonds de commerce, lesquels listent (de manière non exhaustive) les biens qui le composent. Il s'agit d'éléments corporels et incorporels, du matériel, des marchandises, etc. En droit français, le fonds de commerce à un « caractère non seulement composite, mais fondamentalement hétérogène »². Dans la pratique, la doctrine dominante se focalise souvent sur la clientèle pour définir l'essentiel du fonds.

Il convient de noter à ce propos que l'article L. 141-5 du code de commerce mentionne ensemble « la clientèle et l'achalandage ». Cette association entre, d'une part, la clientèle d'un établissement donné et, d'autre part, l'achalandage, composé de l'ensemble des personnes (clientes ou potentiellement clientes) captives de la localisation du fonds, souligne que la valeur du fonds de commerce est intrinsèquement liée à l'emplacement de la boutique. En effet, le volume d'affaires d'un commerce en pied d'immeuble est en partie lié au flux de chaland, à la zone de chalandise et donc à son emplacement.

(1) C. com., art. L. 145-14 ; V. également C. expr., art. L. 321-1.

(2) A. Lévi, *Droit commercial*, éd. 2021, Wolters Kluwers, p. 43.

Ainsi, en règle générale, en matière de boutiques, l'éviction entraîne souvent la perte du fonds de commerce, même si on peut relever des exceptions (présence abondante de locaux commerciaux de même configuration vacants à toute proximité, majorité des ventes réalisées sous forme de gros et demi-gros à des professionnels, restaurant étoilé dont la clientèle est plus attachée à la prestation qu'à l'emplacement, etc.)

Lorsqu'il est considéré que l'éviction n'entraînera pas la disparition du fonds de commerce, l'indemnité principale est alors appréhendée au travers du droit au bail. Ce dernier est un constituant (incorporel) du fonds de commerce, même s'il est possible qu'un fonds de commerce existe sans droit au bail. Il est également concevable (bien qu'en pratique rare) qu'il y ait confusion entre fonds de commerce et droit au bail (fonds de commerce qui exploiterait exclusivement une clientèle de passage liée à la localisation). Par ailleurs, dans certaines artères à très forte commercialité, la valeur du droit au bail est souvent supérieure à celle du fonds, dont elle est pourtant l'une des composantes... Dans ce cas, la jurisprudence³ retient la valeur du droit au bail au titre de l'indemnité principale dans le cadre d'une éviction. Le droit au bail constitue ainsi la valeur plancher d'un fonds de commerce, dans le cadre d'une éviction, et l'expert doit donc, aussi, s'interroger sur la valeur du droit au bail.

Méthode d'estimation de la valeur du droit au bail d'une boutique

Le droit au bail correspond à une rente de situation, laquelle naît de la combinaison de stipulations contractuelles (bail commercial avec un loyer défini), de dispositions légales (droit au renouvellement, plafonnement du loyer de renouvellement, définition de la valeur locative de renouvellement) et d'une situation de marché s'écartant des stipulations contractuelles (valeur locative de marché).

En pratique, son estimation consiste à appliquer un multiple à l'économie de loyer qu'aurait pu réaliser le locataire si son bail avait été renouvelé. Cette économie correspond à la différence entre la valeur locative de marché (nouvelle location) et le montant du loyer qu'aurait réglé le locataire en cas de renouvellement (en l'espèce, la valeur locative statutaire ou le loyer plafonné, selon les cas de figure). La valeur du droit au bail correspond à cette économie annuelle de loyer à laquelle on applique un coefficient multiplicateur, dit « de situation ».

Ce coefficient, fonction de la qualité de l'emplacement (meilleur l'emplacement, plus élevé est le coefficient), est généralement compris entre 4 et 10 (voire au-delà pour des emplacements exceptionnels, comme les Champs-Élysées, la place Vendôme ou l'avenue Montaigne).

(3) Civ. 3^e, 23 sept. 2021, n° 20-15.720 ; Paris, 19 fév. 2003, n° 98/01466.

(4) Droit au bail et droit d'entrée, quel coefficient appliquer ?, P. Colomer, AJDI 2010. 872.

(5) Versailles, 12^e ch., sect. 2, 13 janv. 2011, n° 09/07018, *SOGERIS c/ SIC de Paris*.

Les praticiens déduisent des pratiques de marché observées portant sur des cessions de droit au bail, les coefficients de situation à appliquer. On remarquera, à ce titre, une ingénieuse méthodologie de formalisation des coefficients de situation proposée par Patrick Colomer⁴, laquelle établit un lien « statistique » entre la valeur locative de marché et le coefficient de situation. Pour astucieuse et innovante qu'elle soit, cette étude est désormais ancienne et on pourrait s'interroger sur la validité actuelle des coefficients proposés.

En effet, le marché des transactions de droits au bail de boutiques en pied d'immeuble est nettement en berne sur la plupart des artères commerçantes. Les mouvements sociaux (gilets jaunes, grèves) en 2019, l'impact de la crise sanitaire en 2020-2021, de la guerre en Ukraine et de l'augmentation de l'énergie en 2022, couplés avec une tendance à l'augmentation de la part de marché du commerce en ligne depuis 2015, ont nettement entamé la rentabilité du commerce « physique ». De fait, le taux de vacance des boutiques a beaucoup augmenté, de sorte qu'un nouvel entrant n'est plus systématiquement contraint d'acquiescer un droit au bail pour s'installer sur une artère. Ce mécanisme est venu fortement impacter les valeurs des droits au bail.

On peut même se demander, avec le dynamisme actuel des locaux d'activités et des plateformes logistiques, si avec la baisse des coefficients de situation des boutiques, nous n'assistons pas à une certaine convergence des valeurs avec les locaux « tiers », dont nous verrons plus loin les principes d'estimation.

Valeur marchande et cessibilité du droit au bail

Rappelons que l'article L. 145-14 du code de commerce vise expressément « la valeur marchande du fonds de commerce ». On peut s'interroger donc sur la cessibilité du droit au bail.

En préambule, on peut souligner que l'article 1717 du code civil prévoit que « le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite ». Cependant, en pratique, la vaste majorité des baux commerciaux interdit expressément la cession du seul droit au bail. Il existe des exceptions : une clause expresse autorisant la cession du droit au bail, ainsi que la possibilité pour le preneur faisant valoir ses droits à la retraite de céder son droit au bail (C. com., art. L. 145-51).

Par ailleurs, l'article L. 145-16 du code de commerce dispose que le bailleur ne peut pas interdire la cession du fonds de commerce. Or, le droit au bail étant une composante du fonds de commerce, la cession de ce dernier emporte nécessairement la cession du droit au bail.

L'aspect « marchand » du droit au bail apparaît donc relativement tangible en matière de boutiques. Il existe d'ailleurs un marché des cessions des droits au bail sur les artères de forte commercialité, dont le dynamisme varie en fonction des cycles économiques. On peut cependant noter quelques jurisprudences isolées n'indemnifiant pas la valeur du droit au bail, lorsque les stipulations contractuelles prévoient que le droit au bail seul n'était pas cessible⁵.

En matière de boutiques, l'éviction entraîne souvent la perte du fonds de commerce

■ L'indemnité d'éviction en matière de bureaux

L'appréciation de l'indemnité d'éviction portant sur des locaux de bureaux, bien que fondée juridiquement sur les mêmes textes, est en pratique radicalement différente, et ce pour trois raisons.

■ Premièrement, en matière de locaux tertiaires, l'emplacement est relativement secondaire au regard de l'exploitation économique du locataire. La valeur de l'entreprise exploitée dans les locaux

n'est pas véritablement dépendante de l'emplacement. En ce qui concerne les locaux de bureaux, a fortiori en étage, la performance économique n'est pas liée au flux de passants devant les locaux. La clientèle du locataire est plus attachée à la qualité perçue du service rendu, au prix, aux conditions de paiements, à la compétence ou la renommée, etc. La localisation des bureaux ne joue que de manière secondaire dans les relations commerciales. Il s'ensuit qu'un déménagement du locataire évincé n'a pas de raisons d'entraîner nécessairement l'anéantissement du fonds de commerce, sous réserve de la disponibilité de locaux comparables.

■ Deuxièmement, l'article R. 145-11 du code de commerce dispose que le prix des locaux à usage exclusif de bureaux est fixé par référence aux prix pratiqués et exclut donc cette catégorie d'usage du bénéfice du plafonnement aux indices pour la fixation du loyer de renouvellement.

■ Enfin, il n'existe pas de marché du droit au bail pour les locaux de bureaux et la valeur locative de renouvellement n'est pas significativement différente de la valeur locative de marché.

Il s'ensuit que, dans une majorité de cas, l'indemnité d'éviction de locaux à usage exclusif de bureaux ne s'appréhende qu'au travers des indemnités accessoires habituellement retenues par la jurisprudence et non en termes de perte de fonds ou de perte du droit au bail, le premier n'étant généralement pas anéanti par l'éviction et le second ayant une valeur nulle.

On pourrait néanmoins arguer qu'il existe une exception à ce principe de la valeur nulle du « droit au bail » en matière de locaux de bureaux. En effet, l'article L. 145-9 du code de commerce prévoit que le bailleur peut donner congé à l'échéance d'une période triennale « afin de construire, de reconstruire ou de surélever l'immeuble existant, de réaffecter le local d'habitation accessoire

à cet usage, de transformer à usage principal d'habitation un immeuble existant par reconstruction, rénovation ou réhabilitation ou d'exécuter des travaux prescrits ou autorisés dans le cadre d'une opération de restauration immobilière et en cas de démolition de l'immeuble dans le

cadre d'un projet de renouvellement urbain ». Dans l'hypothèse où le loyer contractuel serait inférieur à la valeur locative de marché (ce cas de figure n'est pas théorique : le marché des surfaces de bureaux peut être assez volatile dans certains secteurs et la valeur locative peut fortement augmenter sur trois ou six ans), le preneur se trouve dans une situation de rente correspondant à la différence entre le loyer de marché et le loyer contractuel à compter de l'éviction jusqu'à l'échéance du bail, ce dont l'éviction le privera.

Généralement, l'indemnité d'éviction de locaux à usage exclusif de bureaux ne s'appréhende qu'au travers des indemnités accessoires

■ Les locaux tiers ou locaux « hybrides »

Nous avons vu que les spécificités des boutiques (marché du droit au bail, principe du plafonnement du loyer de renouvellement [ou valeur locative de renouvellement inférieure à la valeur locative de marché]) et les spécificités des locaux à usage de bureaux (absence de plafonnement et de marché du droit au bail, valeur locative de marché égale à la valeur locative de renouvellement) induisent une appréhension très différente de l'estimation de l'indemnité d'éviction.

Il existe cependant une catégorie de locaux hybrides, empruntant des caractéristiques aux deux cas précédemment évoqués.

Il s'agit de locaux à usage d'activités, de plateformes logistiques, de locaux industriels, etc. qui sont eux aussi soumis au statut des baux commerciaux.

Cette typologie de locaux est soumise au principe législatif du pla-

fonnement du loyer de renouvellement (C. com., art. L. 145.34), cependant il n'existe pas de marché du droit au bail (la valeur locative de renouvellement dé-plafonnée étant sensiblement équivalente à la valeur locative de marché) tout comme pour les bureaux. Généralement, l'activité est transférable en cas d'éviction, sous réserve de la disponibilité de locaux comparables. Ainsi, une éviction portant sur des locaux d'activités, si elle ne remet pas en cause l'existence du fonds de commerce (possibilité pour le locataire de se réinstaller dans un environnement proche sur des locaux équivalents sans perte significative de clientèle), va cependant potentiellement le priver de conditions locatives avantageuses du fait du principe législatif de plafonnement du loyer de renouvellement, lequel peut être nettement inférieur à la valeur locative de marché que l'évincé sera contraint de payer pour de nouveaux locaux. L'éviction a donc pour effet de priver le locataire d'une situation de rente.

C'est exactement le même principe que le droit au bail de boutiques pour lesquelles le loyer de renouvellement (plafonné) peut être nettement inférieur au loyer de marché. Hormis le fait qu'il n'existe aucun marché de cession des droits au bail en matière de locaux d'activités, or, l'article L. 145-14 du code de commerce évoque la « valeur marchande »...

Quelle valeur marchande en l'absence d'un marché du droit au bail ?

En ce domaine, un bailleur a soutenu devant la cour d'appel de Paris⁶ qu'en l'absence d'un marché de cession du droit au bail sur des locaux de stockage, la valeur du droit au bail était nulle. Cependant, le juge a considéré que « la société doit être indemnisée du préjudice résultant de l'éviction, lequel comprend la valeur du droit au bail, qui ne saurait être nulle », au motif de la rareté de tels locaux à proximité.

Un avantage économique lié à des conditions locatives favorables a nécessairement un impact positif sur la rentabilité d'une exploitation. Ainsi, le locataire qui souhaite céder son fonds de commerce ou son entreprise en obtiendrait (toutes choses égales par ailleurs et dans l'hypothèse où le bail aurait été renouvelé) une valorisation supérieure.

Ce raisonnement est analogue en ce qui concerne la cession du fonds de commerce d'une boutique. L'existence d'une forte valeur de droit au bail influence mécaniquement à la hausse la valeur du fonds de commerce, cette dernière étant fonction du volume d'affaires et de la rentabilité de l'affaire.

L'expert est donc conduit à s'interroger sur la valeur du « droit au bail » et donc sur le coefficient multiplicateur à retenir.

En la matière, le principal obstacle est l'absence de marché portant sur la cession du droit au bail de locaux d'activité. Dès lors, comment estimer la valeur de la situation de rente (liée au différentiel entre loyer plafonné et valeur locative de marché) d'un local d'activité ?

L'étude des décisions judiciaires apporte un premier éclairage sur cette question.

(6) Paris, 8 déc. 2021, n° 19/16338.

■ Panorama jurisprudentiel des multiples retenues en matière de locaux « tiers »

RÉFÉRENCES	COEF. RETENU	CRITÈRES D'APPRÉCIATION
Aix-en-Provence 4 juin 2020 n° 19/0020	5	Accord des parties sur le principe de l'indemnisation d'un transfert d'activité sans perte de clientèle, et évaluation de la perte du droit au bail, selon la méthode du différentiel, avec une valeur locative métrique de 100 euros et un coefficient de situation 5.
Aix-en-Provence 4 févr. 2021 n° 19/00057	5	« Excellente desserte routière et autoroutière [...] locaux bénéficiant d'un emplacement très satisfaisant. » Mais « entrepôts en état d'usage ».
Paris 8 déc. 2021 n° 19/16338	6	« Compte tenu de la rareté de ce type de locaux dans le secteur proche, le coefficient de 6 est adapté. »
Paris (Expro.) 13 janv. 2020 n° 18/08979	6	« Situation très centrale, accessibilité des locaux et leur configuration, notamment la hauteur sous verrière qui permet des installations en mezzanine. »
Paris (Expro.) 21 janv. 2021 n° 19/06141	5	Bonne desserte autoroutière (A6, A10, A86) au regard de l'activité (import-export). Coefficient retenu fonction de la valeur locative de marché unitaire.
Lyon 26 nov. 2019 n° 18/04458	5,5	« Au vu des caractéristiques du local, de sa commercialité et notamment de son emplacement, le coefficient appliqué par le premier juge est parfaitement justifié. »
Paris (Expro.) 16 juin 2022 n° 21/11761	5	« La situation du bien est bonne en ce qui concerne les transports publics, mais le quartier qui regroupe des locaux à usage d'habitation et d'activités est de très faible commercialité, aucune boutique de détail ne pouvant s'installer. »
Versailles 13 janv. 2011 n° 09/07018	0	« Le bail consenti [...] interdisait la cession du droit au bail seul, sans le fonds de commerce, de sorte que celui-ci n'a pas de valeur marchande propre, dissociée de celle du fonds de commerce. »
TGI Bobigny (Expro.) 28 nov. 2017 n° 17/00002	5	« Un coefficient de 5, correspondant à une bonne situation, selon le classement de la doctrine, est en l'espèce retenu, le fonds disposant, comme soutenu par la société défenderesse, d'une bonne situation géographique des locaux et d'un emplacement stratégique pour une entreprise de distribution. »
TGI Bobigny (Expro.) 16 janv. 2018 n° 17/00020	5	« Bon emplacement mais qui ne peut être qualifié de très bon emplacement [...] rue très passante et bruyante [qui] ne se situe pas en centre-ville. »
Paris (Expro.) 25 févr. 2021 n° 20/02848	4	« Emplacement privilégié du site et de l'état d'entretien qui est en état d'usage », exclusion de la comparaison avec des boutiques pour le choix du coefficient.
TGI Paris (Expro.) 22 mars 2018 n° 17/00037	5	« Dans l'évaluation de la valeur du droit au bail, l'usage le plus récent est d'appliquer un coefficient multiplicateur reflétant l'emplacement des locaux au regard de l'activité. Le coefficient pivot pour les locaux disposant d'une ouverture sur la voie publique est habituellement de 6. Ce coefficient ne peut être appliqué en l'état pour un local qui se situe en deuxième cour par rapport à la rue. Il ne s'agit cependant pas d'un simple entrepôt puisque les clients ont accès aux locaux, les commandes sont préparées sur place, le matériel disponible et l'accès à un parking permettent l'enlèvement des matériaux par les clients. L'application d'un coefficient bas, de 2 ou 3, relatif aux bureaux en étage ou aux simples locaux de stockage n'est pas plus adaptée. Il sera donc retenu un coefficient de 5, compte tenu de la situation très centrale, de l'accessibilité des locaux et de leur configuration, notamment la hauteur sous verrière qui permet les installations en mezzanine. »

TGI Marseille 2 avr. 2019 n° 19/02611	5,5	Emplacement.
TGI Paris 18 janv. 2018 n° 09/04558	4,5	S'agissant de locaux d'activités, l'expert retient le coefficient minimum de boutiques à Paris, soit 4, porté à 4,5 par le juge pour tenir compte de l'intérêt desdits locaux pour la société évincée, car situés à proximité de locaux d'exposition et de vente.
Versailles 7 juill. 2020 n° 19/05774	6	« Pour ce qui concerne le coefficient de situation, c'est à juste titre que le premier juge l'a fixé à 6, en tenant suffisamment compte, d'un côté, de la très bonne localisation de la parcelle, située à proximité des aéroports de Roissy et du Bourget, de centres industriels comme Garonor ou Roissy Fret et des réseaux autoroutiers, et de l'autre, de son implantation en entrée de ville et non au cœur du centre-ville et de sa zone d'activité principale. »
TGI Paris 4 juill. 2017 n° 14/14983	4	« Il sera retenu un coefficient de 4 en raison de la situation géographique de l'immeuble, de son standing, des services communs [...] et de la petite superficie rarement offerte dans cette catégorie d'ensemble immobilier. »
TGI Paris 27 déc. 2016 n° 13/17181	5	« Situation sur une voie secondaire de petite commercialité. »
TGI Paris 24 nov. 2016 n° 14/18049	4	« Il ressort de la description matérielle des locaux, objets du litige, qu'ils sont situés en étage et ne disposent d'aucune visibilité depuis la rue. » Accord des parties sur le coefficient.
TGI Paris 24 nov. 2016 n° 13/11179	0,25	« Le choix de 3 mois de valeur locative au regard de l'excellente accessibilité, de la proximité avec Paris et de la bonne adéquation des locaux avec une activité de commerce de gros, est pertinent et sera retenu. »
TGI Paris 19 avr. 2017 n° 13/04818	4	Emplacement et adéquation avec l'activité exercée.
TGI Paris 12 juill. 2016 n° 13/03588	5	Emplacement et adéquation avec l'activité exercée, desserte.

Principaux critères d'appréciation du multiple de valorisation du droit au bail par les juridictions

On observe, dans les décisions relevées, différents points de convergence :

- un éventail de valeurs relativement limité (les coefficients retenus sont majoritairement compris entre 4 et 5), contrairement aux boutiques dont la gamme de valeur est nettement plus large ;
- une prise en considération principalement en fonction de l'intérêt de l'emplacement et de son adéquation avec l'activité exercée (notamment la desserte) ;
- des considérations connexes (configuration des locaux, état d'entretien, etc.).

■ Appréciation de la nature du préjudice et grille d'évaluation du coefficient de situation

Afin d'estimer le coefficient multiplicateur à retenir pour valoriser le droit au bail des locaux tiers, notre pratique conduit à souligner les critères d'appréciation suivants.

En premier lieu, les critères soulignés dans les décisions relevées :

- qualité de l'emplacement et adaptation de celui-ci à l'activité autorisée ;
- qualité de la desserte, critère particulièrement important pour les locaux d'activités, et plus encore en matière de logistique.

D'autres critères, moins fréquemment relevés par la jurisprudence, nous apparaissent nécessaires à prendre en compte.

Il s'agit essentiellement de critères liés à l'éventuelle difficulté pour le preneur de trouver de nouveaux locaux adaptés à son activité. Il peut notamment s'agir de :

- la spécificité des locaux au regard de l'activité exercée ;
- la tension éventuelle du marché locatif (un marché tendu avec un taux de vacance très bas engendre mécaniquement des délais accrus et des difficultés pour le locataire évincé de trouver des nouveaux locaux adaptés à son exploitation, à l'inverse un marché avec un fort taux de vacance et des offres abondantes facilite les recherches du preneur) ;
- des contraintes techniques particulières liées à l'activité exercée, autorisations administratives spécifiques, etc.

Synthèse et autres pistes d'évaluation

L'expert immobilier, confronté à l'estimation de l'indemnité d'éviction d'un local d'activité, se trouve ainsi dans une situation paradoxale. Le juge fait appel à lui pour apporter un éclairage basé en partie sur ses connaissances du marché. Or, il se retrouve en définitive à devoir estimer un préjudice sans pouvoir justement constater des transactions sur un marché. Il doit donc étendre sa réflexion à des éléments de faits permettant d'apprécier l'impact de l'éviction sur la situation de rente du locataire, en intégrant une approche multifactorielle sur la base des différents critères susmentionnés.

Enfin, il reste une approche, à notre connaissance jamais soulevée devant les juridictions, et qui permettrait cependant de combiner – au moins indirectement – les impératifs de l'article L. 145-14 du code de commerce et d'estimer la réalité « mathématique » du préjudice subi par le locataire.

Cette méthode consisterait à estimer l'impact de la perte de la situation de rente sur la valeur du fonds de commerce exploité.

(7) *Earnings Before Interests, Taxes, Depreciations and Amortizations*

Il est en effet toujours possible à un exploitant de céder son entreprise ou son fonds. Un acquéreur potentiel, pour formuler son offre d'achat, prend bien sûr en compte le volume d'affaires de la société qu'il envisage d'acquérir, mais également (et surtout) sa rentabilité passée et potentielle. La méthode la plus usitée en la matière consiste à appliquer un multiple à l'EBE (excédent brut d'exploitation) ou son équivalent anglo-saxon, l'EBITDA⁷.

Or, l'éviction de locaux bénéficiant d'une rente de situation liée à un loyer contractuel inférieur à la valeur locative a un impact mécanique sur l'EBE de la société. En effet, la prise à bail de nouveaux locaux à la valeur locative de marché viendra diminuer son EBE de l'écart entre loyer de marché et loyer contractuel.

Ainsi, la perte de valeur marchande de l'entreprise est donc l'écart entre valeur locative de marché et loyer contractuel multiplié par le coefficient de valorisation de l'EBE.

Un calcul dont la structure arithmétique est très similaire à celui du droit au bail, en retenant cependant un coefficient pas uniquement lié à la situation géographique, mais également aux caractéristiques intrinsèques de la société évincée...

Il serait en définitive plus explicite – en matière de locaux d'activité – de qualifier le « droit au bail » de « rente de situation » et le coefficient de « coefficient multiplicateur de valorisation ».

Pourquoi ne pas estimer l'impact de la perte de la situation de rente sur la valeur du fonds de commerce exploité ?

REFUS DE RENOUVELLEMENT DU BAIL COMMERCIAL : LES PARADOXES DU CHIFFRAGE DE L'INDEMNITÉ D'ÉVICTION

par **Françoise Maigné-Gaborit**

Expert agréé par la Cour de cassation,

président d'honneur de la Compagnie nationale des experts judiciaires immobiliers – Frics

Le bailleur peut refuser le renouvellement du bail commercial, à charge pour lui d'allouer au locataire évincé une indemnité constituée à titre principal de la valeur du fonds de commerce.

L'article L. 145-14 du code de commerce pose ce principe et prévoit des exceptions, notamment lorsque le bailleur peut rapporter la preuve que le préjudice est moindre.

C'est le cas lorsqu'il est établi que le fonds de commerce est transférable, l'indemnité principale étant alors constituée de la valeur du seul droit au bail.

Le texte fait référence à la « valeur marchande » du fonds de commerce. S'agissant d'une matière largement économique, la juridiction saisie en l'absence d'accord des parties sur le niveau de l'indemnisation confie à un expert une mission d'estimation du fonds de commerce et du droit au bail appelés à disparaître, en termes de valeur marchande.

Si le principe est clair, sa mise en œuvre l'est moins. La référence à une valeur marchande paraît induire

que l'expert et le juge raisonnent dans une logique de marché : que vaudraient le fonds de commerce ou le droit au bail s'ils étaient offerts à la vente pour être librement négociés ?

Le droit de la propriété commerciale est très largement prétoire. Sur le socle réglementaire de l'article L. 145-14 du code de commerce sont venus sédimenter des principes judiciaires issus d'autres règles de droit.

La valeur marchande du fonds n'est plus nécessairement... celle du marché. Quelques exemples l'illustrent.

■ L'estimation d'un actif en l'absence de marché et les conflits méthodologiques

Le principe posé de très longue date par la Cour de cassation est celui de la valorisation du fonds de commerce *a minima* par le droit au bail (Civ. 3^e, 13 oct. 1993, n° 91-16.942, RTD com. 1994. 249, obs.

M. Pédamon ; 26 sept. 2001, n° 00-12.620). Un fonds, qu'il soit peu performant ou lourdement déficitaire, ne peut valoir moins que l'un des actifs substantiels qui le composent.

La valeur du droit au bail d'une boutique sera recherchée par capitalisation du différentiel mesuré entre valeur locative de marché et loyer contractuel, celui qui aurait trouvé à s'appliquer dans l'hypothèse du renouvellement du bail.

Cette approche est celle des acteurs de la transaction. Elle consiste à appliquer à une économie de loyer un coefficient multiplicateur issu de l'observation du marché (coefficient dit de situation ou de capitalisation choisi dans une large fourchette de 3 à 12, mais susceptible d'évolution en période post-covid)

La même capitalisation du différentiel de loyers sera pratiquée pour chiffrer les droits à indemnisation d'un locataire exerçant son activité au sein de locaux d'activités, d'un atelier, d'un appartement commercial alors qu'il n'existe pas de marché de cette catégorie de droits au bail, même s'ils bénéficient dans le principe de l'indexation du loyer à l'échéance du renouvellement du bail.

Faute de marché, le coefficient de capitalisation de l'économie de loyer est déterminé selon un

« barème judiciaire », le plus souvent de 2 à 5.

Le choix dans cette fourchette est diversement motivé, par exemple par la rareté de l'offre locative de produits équivalents ou les contraintes économiques ou techniques de réinstallation.

Le préjudice ainsi indemnisé n'est pas à proprement parler une valeur de droit au bail, mais une perte de rente et gagnerait à être qualifié comme telle.

On suit ainsi une logique de marché pour les boutiques et une logique financière pour les autres locaux par application du même texte.

Les bureaux dont le loyer en renouvellement de bail est fixé à la valeur locative au niveau du marché (C. com., art. R. 145-11) ne peuvent, sauf exceptions, limitées justifier de valorisation d'un droit au bail en éviction. Il en est de même des locaux dits monovalents au sens de l'article R. 145-10 du code de commerce dont le loyer en renouvellement de bail est dé plafonné à un niveau conforme aux usages de la profession.

Sur ce dernier point, l'expert, le juge et le marché se rejoignent.

■ La mise à l'écart du potentiel de réversion

Il est banal qu'un candidat acquéreur sur le marché anticipe le redressement d'une activité dégradée pour des raisons qui ne sont pas irréversibles et qu'il l'intègre dans son offre.

Dans une logique indemnitaires, la jurisprudence s'en tient aux seules performances passées.

Elle rejette la prise en compte d'offres d'achat.

Elle écarte également une valorisation prospective du fonds de commerce par la méthode dite du « *cash-flow* » ou des « flux de trésorerie actualisés ».

Cette méthode que peuvent pratiquer les acteurs du marché revient à actualiser les flux que pourrait générer l'activité dans le futur. Elle est vulnérable aux yeux du juge parce qu'aléatoire en termes d'anticipation, de choix de la durée sur laquelle sont mesurés les flux et du taux d'actualisation.

Si l'expert et le juge regardent dans le rétroviseur, tout au plus prennent-ils en compte dans le choix des coefficients ou taux appliqués aux données chiffrées de l'exploitation la dynamique de l'exploitation passée ou son déclin, pour autant que soit constatée une évolution cohérente des chiffres d'affaires et des résultats et qu'elle puisse être regardée comme pérenne.

La valeur marchande du fonds n'est plus nécessairement celle du marché !

■ La valorisation d'un actif illiquide en l'état

Certains fonds de commerce ne pourraient trouver preneur de gré à gré : activités structurellement déficitaires ou en désuétude, par exemple.

L'éviction de cette catégorie de fonds ouvre droit à indemnisation par référence à la valeur du droit au bail déterminée banalement par capitalisation de l'économie de loyer.

Toujours dans une logique indemnitaires, il n'est pas tenu compte de ce que la cession isolée du droit au bail sur le marché aurait requis l'accord du bailleur (sauf clause exceptionnelle de libre cessibilité, liquidation des droits à la retraite du locataire, procédure collective...).

Cet accord – naturellement rémunéré – est dépréciatif de la valeur du droit du bail : selon le cas, un versement en capital au profit du bailleur ampute le prix de cession ou une majoration du loyer réduit l'économie à capitaliser.

L'approche actuelle n'intègre pas complètement la profondeur du marché.

■ L'impact de dispositifs légaux particuliers

La loi du 18 juin 2014, dite loi Pinel, a introduit un mécanisme de lissage des loyers dé plafonnés.

L'article L. 145-34 du code de commerce qu'elle a modifié prévoit qu'« en cas de modification notable des éléments mentionnés aux 1° à 4° de l'article L. 145-33 ou s'il est fait exception aux règles de plafonnement par suite d'une clause du contrat relative à la durée du bail, la variation de loyer qui en découle ne peut conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédente ».

Si le dé plafonnement du loyer pouvait être acquis au profit du bailleur, le bénéfice de ce lissage aurait pu être revendiqué par le locataire dans l'hypothèse du renouvellement du bail.

Le lissage à 10 % du montant du loyer en vigueur ménage une économie de loyer supplémentaire jusqu'au retour à la valeur locative dé plafonnée.

Dès lors s'est posée la question de valoriser dans l'estimation du droit au bail l'avantage que conférerait à la locataire ce lissage.

Les experts judiciaires immobiliers ont proposé une valorisation complémentaire du droit au bail issue de l'avantage offert par la loi et sous réserve de la réponse du marché quant à son impact sur la négociation des droits aux baux (V. AJDI 2015. 420).

La valeur du droit au bail se trouve majorée de la perte de l'atout financier.

La jurisprudence a adhéré à cette approche (Paris, Pôle 5, ch. 3, 30 nov. 2022, n° 20/02478).

Cette « survalorisation » du droit au bail liée au « lissage Pinel » n'a toutefois pas produit d'effets mesurables sur le marché.

Il paraît ainsi plus pertinent de chiffrer distinctement deux postes d'indemnisation : d'une part le droit au bail et d'autre part la perte de rente dans une logique purement financière par actualisation

des économies de loyer dont aurait bénéficié le locataire jusqu'au retour à la valeur locative dé plafonnée. Si le résultat chiffré est le même, la motivation semble plus conforme à la recherche de la valeur marchande de ces actifs.

■ L'incidence de la crise liée à la pandémie

La crise inédite – sanitaire et économique – provoquée par la covid-19 a bousculé les exploitations commerciales en général et le marché locatif en particulier.

Lorsque, après une longue période de sidération, ce marché est redevenu actif, on a pu mesurer des corrections négatives des valeurs locatives de marché.

Le phénomène le plus spectaculaire est l'érosion, voire sur nombre de sites la disparition des droits au bail de boutiques.

Il est multifactoriel : incertitudes sur le retour sur investissement, réduction de l'écart entre prix de marché et loyers en vigueur, réticence des enseignes fragilisées à investir en capital et préférant une prise à bail en « loyer pur » ou privilégiant même les baux dérogatoires de courte durée, trésoreries asséchées, difficultés d'accès au crédit...

Le rapprochement des cessions de droits au bail qui subsistent encore avec le niveau des baux dits « à l'américaine » (sans versement en capital) met en évidence une correction significative à la baisse des coefficients de capitalisation de l'économie de loyer, y compris sur des artères d'active commercialité.

La fourchette statistique de 3 à 10 ou 12 a perdu, au moins ponctuellement, de son actualité.

Les effets de la pandémie conduisent à adapter le chiffrage de l'indemnité d'éviction.

La jurisprudence a déjà admis qu'il y avait lieu, pour estimer le fonds de commerce objet de l'éviction, d'écarter les données chiffrées des années malmenées en 2020 et 2021 (notamment Paris, Pôle 5, ch. 3, 30 mars 2022, n° 19/04806 et Chambéry, 1^{re} ch., 18 janv. 2022, n° 19/00426).

S'agissant du droit au bail, l'expert et le juge doivent adapter les coefficients de valorisation du droit au bail.

Comment cependant chiffrer l'indemnisation du locataire commerçant implanté dans un secteur commercialement peu favorisé lorsqu'il n'existe plus, faute de demande, de valeur marchande de son droit au bail, bien qu'il subsiste par hypothèse un différentiel de loyer à capitaliser ?

On pourrait évoluer vers une indemnisation d'un locataire de boutique en termes de perte de rente comme il en va d'autres actifs immobiliers commerciaux, en laissant de côté la référence à une valeur marchande.

Paradoxe encore.

La valeur marchande du fonds n'est plus nécessairement celle du marché !