

INDEMNITE D'EVICITION : « GAIN PINEL »

MYTHE OU REALITE

Nul n'ignore aujourd'hui que l'article L 145-34 du Code de commerce, dans sa rédaction postérieure à la loi du 18 juin 2014, dite « *loi Pinel* » a institué une mesure de plafonnement du déplaçonnement.

L'article L 145-34 alinéa 4 du Code de commerce est à cet égard ainsi rédigé :

« 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. »

La doctrine s'est livrée à un véritable casse-tête intellectuel pour essayer d'interpréter la loi et tenter de déterminer la méthode la plus appropriée permettant de déterminer le loyer de renouvellement en cas de déplaçonnement, tant la rédaction du texte est confuse (Philippe-Hubert Brault, *Loyers & Copropriété* n° 9, septembre 2014, dr n° 7 ; Jehan-Denis Barbier, *Gaz. Pal.* 23/25 novembre 2014, p. 12 ; André Jacquin, *Gaz. Pal.*, 20/21 novembre 2013, n° 324 à 325, p. 5 ; Frédéric Planckeele : « *Bail à paliers et lissage du déplaçonnement* » *Loyers & Copropriété* n° 3, mars 2015, étude 3 ; Jean-Pierre Dumur, expert : « *Loi Pinel et plafonnement du déplaçonnement, quadrature du cercle et casse-tête chinois* », *AJPI* juin 2014 p. 405 & suiv.).

La difficulté n'est pas sans conséquence car la fixation du loyer à un instant donné (lors de la date du renouvellement du bail) va conditionner la valeur du droit au bail en cas de refus de renouvellement à la fin du bail.

Or, il est fréquent qu'en cas de fixation d'indemnité d'éviction en conformité des dispositions de l'article L 145-14 du Code de commerce, l'indemnité principale corresponde à la valeur du droit au bail.

Cette valeur du droit au bail est le plus souvent déterminée selon la méthode dite de l'économie de loyer capitalisée.

En effet, un droit au bail se caractérise par l'économie réalisée dans le temps par le preneur entre le loyer de marché d'une part et le loyer contractuel d'autre part.

A cette économie de loyer, est affecté un coefficient de situation, voire par certains experts comme Monsieur Colomer, un coefficient variant en fonction du prix unitaire de marché, ce qui revient au même, étant entendu que meilleure est la commercialité, plus le prix unitaire de marché est élevé.

Dans le cadre de l'application de cette méthode, et au moins d'un point de vue intellectuel, l'application du mécanisme de lissage institué par l'article L 145-34 dans sa rédaction du 16 juin 2014, va avoir pour conséquence immédiate, qu'en cas de déplafonnement du loyer théorique de renouvellement, la valeur locative déplafonnée selon les critères de l'article L 145-33 du Code de commerce ne sera pas atteinte immédiatement.

Il se peut même que la valeur locative de l'article L 145-33, dite « *valeur locative judiciaire* » ne sera pas atteinte pendant tout le cours du bail renouvelé ;

Dès lors, la différence entre le loyer contractuel lissé et la valeur locative de l'article L 145-33, laquelle diminuera chaque année par l'effet du lissage, pourrait être convertie en capital pour constituer ce qu'on appelle le « *gain Pinel* ».

Prenons un exemple concret :

Dans l'hypothèse d'un loyer payé par le preneur de 50.000 € lors de l'année du bail précédant le renouvellement, le loyer de renouvellement théorique déplafonné hors indexation serait déterminé comme suit :

- A 1 : 50.000 € + 5.000 € = 55.000 €
- A 2 : 55.000 € + 10 % = 60.500 €
- A 3 : 60.500 € + 10 % = 66.550 €
- A 4 : 66.550 € + 10 % = 73.205 €
- A 5 : 73.205 € + 10 % = 80.525 €

Si on suppose que la valeur locative de l'article L 145-33 du Code de commerce s'élève à 75.000 €, celle-ci est atteinte en année 5 suivant le renouvellement du bail.

Bien entendu, plus on se rapproche de la cinquième année suivant le renouvellement du bail, moins le différentiel, et donc le « *gain Pinel* » est important.

Dans la mesure où l'indemnité doit être fixée à la date la plus proche de l'éviction et si la procédure de fixation de l'indemnité d'éviction dure cinq ans, ce qui n'est pas anormal, il n'y aura plus de « *gain Pinel* ».

En revanche, si à la date de la fixation de l'indemnité d'éviction, la valeur locative de l'article L 145-33 n'est pas atteinte, le différentiel de loyer au seul bénéfice du preneur pourrait être converti en capital pour déterminer le « *gain Pinel* ».

Encore convient-il de s'interroger :

1°) sur les modalités selon lesquelles s'opère cette conversion

2°) et surtout, sur le fait de savoir si cette conversion est conforme à l'observation du marché

Mais il convient tout d'abord de s'interroger sur les hypothèses où le « *gain Pinel* » ne trouve pas à s'appliquer.

I – CAS D'EXCLUSION DU « GAIN PINEL »

Dans tous les cas, le « *gain Pinel* » ne s'applique pas dans les hypothèses suivantes :

1. Hypothèse du bail se poursuivant par tacite prolongation au-delà de 12 ans

Le législateur n'a pas prévu de mécanisme de lissage dans l'hypothèse où le déplafonnement résulterait de la poursuite du bail par tacite prolongation au-delà de 12 ans.

En effet, l'article L 145-34 dans sa rédaction résultant de la loi du 18 juin 2014 n'envisage pas de mécanisme de lissage dans cette hypothèse.

Oubli ou volonté du législateur ? Personne ne peut le dire.

Toujours est-il que dans cette hypothèse, le « *gain Pinel* » est totalement exclu.

2. Hypothèse où la valeur locative de l'article L 145-33 du Code de commerce est atteinte avant la fixation de l'indemnité d'éviction par les juges de première instance ou d'appel

Les procédures de fixation d'indemnité d'éviction sont relativement longues et les hypothèses où la valeur locative de l'article L 145-33 sera atteinte avant la fixation de l'indemnité d'éviction seront relativement fréquentes dans un contexte de loyer à tendance baissière.

Dans l'exemple cité ci-dessus, la valeur locative de l'article L 145-33 du Code de commerce était atteinte la cinquième année, de sorte que compte tenu des durées habituelles de procédure, le « *gain Pinel* » est epsilonesque pour ne pas dire nul.

Il en va bien entendu du même lorsque, à fortiori, le loyer contractuel de la dernière année est égal ou supérieur à la valeur locative de l'article L 145-33 du Code de commerce

Cette hypothèse n'est évidemment pas théorique dans un contexte de baisse généralisée des valeurs de marché, sauf pour les emplacements exceptionnels.

3. La renonciation contractuelle des parties à la mesure de lissage prévue par l'article L 145-34 du Code de commerce

L'article L 145-34 n'étant pas d'ordre public, les parties ont la possibilité d'y déroger selon une jurisprudence constante de la Cour de Cassation.

En conséquence, les parties ont la possibilité de renoncer contractuellement au dispositif de lissage de l'article L 145-34 du Code de commerce.

Dans cette hypothèse, les parties excluent par essence le « *gain Pinel* ».

Cela devrait être néanmoins totalement marginal car seuls sont concernés les baux conclus ou renouvelés postérieurement au 1^{er} septembre 2014.

4. La déspecialisation

L'article L 145-16 du Code de commerce prohibe la volonté pour les parties d'interdire la libre cession du fonds de commerce.

Or, dans certains cas, le commerce exploité dans les locaux concernés ne correspond plus à l'activité dominante de l'artère concernée.

Il en résulte que la cession de fonds sera impossible dans ces hypothèses et le preneur devra nécessairement céder son droit au bail.

Il en sera de même dans tous les cas de cession de droit au bail impliquant la nécessité d'une déspecialisation dans la mesure où le cessionnaire souhaite exercer dans les locaux une activité non prévue au bail.

Cette cession de droit au bail, sous réserve de l'existence de clauses libérales de cession dans le bail, passera nécessairement par une autorisation du bailleur pour un changement d'activité.

Il est certain qu'en contrepartie de cette demande de déspecialisation, le bailleur va demander soit une somme en capital, soit une augmentation de loyer.

L'intervention du bailleur dans le processus de cession va entraîner l'élimination de tout « *gain Pinel* ».

II – LES METHODES DE CALCUL DU « GAIN PINEL »

Les experts et la Compagnie Parisienne des Experts se sont penchés sur cette importante question à la suite de la publication de la loi du 18 juin 2014.

1. Dans une première approche, Michel Cornaton proposait à l'occasion d'une intervention devant la Commission des Baux Commerciaux du Barreau de Paris, de traduire le « *gain Pinel* » par une augmentation des coefficients de situation, sans toutefois préciser sur quelles bases.

2. Puis la Compagnie des Experts Immobiliers, dans une chronique au titre évocateur parue dans l'AJDI (septembre 2014, p. 590 & suiv.) intitulée : « *O Pinel : un texte à double tranchant* » prenait position.

Tout d'abord, la Compagnie des Experts constatait que « *le différentiel de loyer n'est plus linéaire mais progressif, ce qui impose de prendre en considération l'introduction du facteur temps dans l'estimation du droit au bail* ».

Mais comment introduire ce facteur temps ?

La Compagnie proposait de procéder par actualisation du gain année par année :

- par la prise en compte de l'OAT à 10 ans
- par la prise en compte d'une prise de risque qui intègre la nature de l'activité et la pérennité des modes de distribution
- par la liquidité commerciale du droit au bail au regard de la capacité d'absorption du marché

Cette chronique concluait finalement à juste titre : « *si l'on peut faire la démonstration technique d'une création de valeur, seul le marché permettra d'ajuster l'impact de la loi Pinel* ».

3. Aux termes d'une deuxième étude parue dans l'AJDI (juin 2015, p. 420) intitulée « *Loi Pinel, impact sur la valeur du droit au bail du lissage du déplafonnement* » d'une complexité mathématique hors de portée d'un avocat, même spécialiste, la Compagnie des Experts propose de déterminer dans un premier temps, une valeur de droit au bail hors Pinel pour lui ajouter dans un second temps un complément correspondant à l'économie de loyer actualisé en raison de la loi Pinel, ce que nous avons appelé aux termes de cette étude « *gain Pinel* ».

Ce complément est calculé en fonction de la durée de retour à la valeur locative déplafonnée pleine sans tenir compte des indexations.

La Compagnie concluait : « *la modélisation proposée reste évidemment théorique dans l'attente d'une réponse des acteurs du marché* ».

4. Enfin, dans une méthode qui lui est propre, et telle qu'exposée à la Sous-commission des baux commerciaux du Barreau de Paris le 18 juin 2015, Patrick Colomer, tout en modérant le propos en constatant « *que la plupart des dossiers actuels sont des baisses de loyer* », propose de procéder en trois étapes :

« - *déterminer la durée pour rattraper la valeur locative du Code de commerce,*

« - *calculer le loyer moyen sur la durée de rattrapage,*

« - *appliquer un coefficient sur cette différence* ».

Si les deux premières étapes ne posent pas de problème, l'expert relève que la problématique « *résulte dans le choix du coefficient de l'étape 3* ».

Pour cet expert, il existerait deux approches :

« *Une approche financière qui serait de retenir une OAT majorée ou pour illiquidité et risques d'exploitation et une approche plus économique qui suppose d'intégrer le marché.* »

Cette deuxième approche imposerait de convertir le coefficient de commercialité en taux selon le tableau suivant :

Prix unitaire (m ² pondérés)	Coefficient
Inférieur à 250 €	2
251 à 300 €	3
301 à 350 €	4
351 à 400 €	5
401 à 500 €	5,5
501 à 600 €	6
601 à 700 €	6,5
701 à 800 €	7
801 à 999 €	7,5
1.000 à 1.399 €	8
1.400 à 1.899 €	8,5
1.900 à 2.499 €	9
2.500 à 3.499 €	9,5
3.500 à 4.499 €	10
4.500 à 5.499 €	11
Supérieur à 5.500 €	12

L'expert conclut : « On constate qu'au-delà de 1.899 €, le taux est proche de 0 et que plus les coefficients sont élevés, plus les taux sont bas et inversement lorsque la valeur locative est inférieure à 500 €, le droit au bail est relativement rare. A partir du coefficient 9, le taux est proche de 0.

« Cela s'explique par le potentiel de chiffre d'affaires et de marge brute d'exploitation dans les emplacements très recherchés commercialement mais aussi par le fait que les boutiques dans les emplacements très recherchés commercialement constituent également des outils de valorisation des marques.

« Pour ces motifs, il n'y plus d'illiquidité et de risque d'exploitation dans ce type d'emplacement, ainsi que le démontre la conversion des coefficients en taux. »

Cette méthode devrait elle aussi être confrontée à la réalité du marché, ce qui n'est pas le cas à ce jour.

Force est de constater à ce stade que la diversité des méthodes proposées laisse perplexe, tant il est vrai que le manque de recul dans lequel nous sommes deux ans après l'entrée en vigueur de la loi Pinel rend en l'état ces méthodes parfaitement théoriques.

En définitive, seule l'observation du marché permettra de déterminer si ce « gain Pinel » existe réellement et s'il ne constitue pas une pure construction intellectuelle.

III – EN DEFINITIVE, QUE PENSER DU « GAIN PINEL » ?

La modification de l'article L 145-34 du Code de commerce avait pour objet d'introduire un mécanisme de lissage dans le seul but de rééquilibrer « *les relations entre bailleurs et locataires* » à l'effet de sauver le petit commerce de centre ville.

Or, non seulement le résultat n'est pas au rendez-vous dans un contexte de crise qui perdure depuis 2008, mais de surcroît, cette mesure a créé une nouvelle insécurité juridique par la création d'un nouveau type d'indemnité d'éviction non prévu par le législateur lors de la rédaction de la loi du 18 juin 2014, susceptible de constituer pour les preneurs une nouvelle rente de situation.

En effet, du fait du lissage, plus le loyer contractuel de la dernière année précédant le renouvellement du bail est faible et moins le dé plafonnement aura un impact sur la valeur des droits au bail.

Ainsi, le bailleur aura, pendant toute la durée du bail, perçu un loyer très inférieur à la valeur locative des locaux, valeur d'autant plus faible que le loyer aura bénéficié de la règle du plafonnement lors de deux, voire trois renouvellements successifs.

Mais bien plus, lors du refus de renouvellement, l'indemnité sera d'autant plus importante que le loyer est faible.

Le dispositif de lissage Pinel peut avoir pour conséquence de créer une indemnité se cumulant à la valeur du droit au bail par la capitalisation de l'insuffisance de loyer payé dans le temps jusqu'à ce que soit atteinte la valeur locative de l'article L 145-33 du Code de commerce après application de la règle du lissage.

Tout cela semble d'autant plus inéquitable que ce « *gain Pinel* » semble à ce déconnecté de la réalité économique.

Il est donc vivement recommandé en l'état, compte tenu des impacts financiers extrêmement importants qui pourraient en résulter, que les experts raisonnent à partir d'éléments de comparaison directs et non à partir de calculs théoriques, aussi savants soient-ils.

De surcroît, qu'il y ait déspecialisation ou non, l'analyse du marché permet de constater qu'aujourd'hui, à l'exception des commerces de proximité, il n'y a quasiment plus de cession de fonds de commerce, mais exclusivement des cessions de droit au bail, notamment dans les emplacements de bonne, voire de très bonne commercialité.

De ce fait, la très grande majorité de ces transactions s'opère avec l'intervention du bailleur, le plus souvent à la demande du cessionnaire qui souhaite, après cession, bénéficier d'un bail neuf lui permettant de réaliser dans les locaux des travaux importants pour y installer son concept et ainsi bénéficier d'une pérennité d'exploitation sur une longue durée.

Or, dans ces hypothèses, le « *gain Pinel* » est-il encore autre chose qu'une réalité purement virtuelle ?

André JACQUIN