



Les enjeux des baux commerciaux

Compte-rendu de la manifestation de l'association AvEC (Avocats-Experts-Comptables) du 16 novembre au Novotel de Saint-Laurent du Var.

Les annonces publiées, notamment dans les pages de Tribune-Bulletin Côte d'Azur, telles que «cession de droit au bail», «vend bail», «pas de porte» ou encore «bail tous commerces» (et autres appellations) démontrent, sans difficulté la réalité d'un marché des baux commerciaux.

Qui dit marché dit offre et demande, et bien évidemment vente.

Qui dit vente dit «accord sur la chose et le prix».

C'est dans cet esprit, peut-être un peu simpliste, que nous avons décidé de présenter ce que peuvent être les enjeux des baux commerciaux, avec une vision juridique mais également comptable, puisque là est notre motivation : l'interprofessionnalité entre Avocat et Expert-Comptable.

Il est regrettable de constater, aujourd'hui encore, que de nombreux baux ne relèvent que d'un accord, voire d'une adhésion, sur un local et un montant de loyer, et que le support n'est autre qu'un document pré-imprimé, au mieux avec une clause particulière... Pourtant, le bail commercial constitue un actif, et un actif négociable.

Il nous est donc apparu nécessaire de démontrer l'importance d'un écrit, et donc le cadre dans lequel doivent s'instaurer les pourparlers, comme de s'interroger sur la manière dont le droit et le chiffre appréhendent et interprètent l'évolution de cet acte, de sa signature à sa cession.

Nous avons fait ici le choix de ne pas présenter le bail commercial de manière académique, mais de manière pratique et économique.



Me Sylvie Trastour, avocat au Barreau de Grasse, et Thomas Cartosio, expert-comptable et commissaire aux comptes.

I/ Des pourparlers à la signature

➔ En fonction de l'activité exercée, la recherche d'un local d'exploitation n'est pas une chose anodine, bien au contraire. Le type de local, son emplacement, mais également les travaux nécessaires à l'exploitation envisagée doivent être étudiés avec minutie.

L'intervention d'un intermédiaire doit être réfléchie, car elle a un coût, que ce soit pour le bailleur ou pour le locataire.

En effet, la commission versée sera comptabilisée en charges déductibles chez le locataire.

Les informations dont vous pouvez disposer vous permettront de faire un premier tri, que vous soyez bailleur ou preneur.

Mais le bail est un contrat si important que toute information doit être

vérifiée et vérifiable.

En effet, le bailleur immobilise son bien pour des années du fait du principe de renouvellement, et le preneur va constituer un actif nécessaire à son exploitation. L'enjeu est donc de taille.

Le bail reste en toute hypothèse, un contrat de louage de chose...

A/ La chose

En préambule il est nécessaire de rappeler que le bail commercial doit porter sur un local, c'est-à-dire un bâtiment ou une portion de bâtiment, voire un immeuble aménagé, clos ou couvert. La notion est assez extensive, car il est retenu le plus souvent :

- une construction de caractère permanent, délimitée,

- disposant d'une clientèle personnelle et régulière,

- avec une indépendance dans la gestion.

Dès lors, le statut n'a pas été reconnu à une cabine transposable préfabriquée, même si un commerce y était exercé. En revanche, il a été retenu comme bail commercial la location d'une cabine mobile située sous la voûte d'un immeuble, branchée sur la canalisation électrique dudit immeuble.

Ce local doit en toute hypothèse être parfaitement appréhendé et désigné.

1°) Les lieux : désignation

Il n'est pas envisageable de proposer à la location un local sans savoir dans quel état il se trouve, s'il peut être destiné à toute exploitation commerciale ou professionnelle... Et de vérifier son titre de propriété !

Comme il n'est pas envisageable de prendre en location un local que l'on a visité sans une attention consacrée.

En effet, la désignation des lieux relève d'un véritable constat de l'état et de la réalité du local loué, tant sur le titre (acte de propriété) que dans les faits.

Il est impérieux de connaître l'étendue de ses droits en tant que locataire (nature de l'occupation) comme l'étendue de ses obligations en qualité de bailleur (obligation de délivrance).

De même qu'il est nécessaire d'évoquer, lors de la visite, le devenir de l'existant (ex : la climatisation installée par le précédent occupant, qui a été laissée dans les lieux et dont le bailleur ne sait rien... CF annexe environnementale Décret du 30.12.2011).

Rencontres Chiffres & Droit

Plusieurs situations peuvent exister :

- le local brut,
- le local neuf mais déjà livré,
- le local ancien,
- le local quasiment vétuste,
- le local qui ne correspond pas à l'exploitation envisagée, mais avec une localisation marchande.

On profitera ici de rappeler que les terrains nus échappent au plafonnement et donc au statut protecteur sur ce point.

En fonction de ces situations, on peut se poser diverses questions fiscales et comptables :

2°) Etat des lieux et premiers travaux

La nature des travaux va déterminer celle des parties qui en a la charge, bien que la liberté contractuelle prédomine sur ce point.

Les dépenses effectuées en vue de l'acquisition ou la conservation d'un revenu sont déductibles sans limitation, sauf les dépenses de reconstruction.

Sont comprises les charges qui ont pour objet de maintenir ou remettre en état l'immeuble.

Dès lors, les dépenses prises en charge par le bailleur en lieu et place du locataire ne sont pas déductibles... sauf :

- les dépenses qui sont engagées avant l'installation d'un locataire, mais dans ce cas la déduction est subordonnée à la condition que la location puisse être considérée comme normale, compte-tenu notamment des rapports personnels familiaux ou d'intérêt,
- les dépenses sont rendues nécessaires par la vétusté ou la force majeure,
- elles sont occasionnées par un vice de construction ou une malfaçon.

Les frais d'études et de diagnostics préalables sont également déductibles.

L'indemnité d'éviction est également déductible.

En revanche, ne sont pas déductibles les travaux de changement d'affectation.

Toujours s'agissant du bailleur, on doit s'interroger sur l'option TVA ou pas... L'intérêt relève de la déduction de la TVA sur les dépenses. Il n'y a pas d'assujettissement à la taxe sur les salaires. Le reversement de la TVA se fait selon la règle de 20ème.

Sont imposables les locations dites aménagées, à savoir avec un usage professionnel, munies de mobilier, matériel ou installation. Ne peut concerner les locaux à usage d'habitation.

Sont exonérés les terrains ou locaux nus, sauf les parkings, mais à la condition que leurs locations soient liées à la location d'un local dans un même immeuble et pour un même locataire.

De même, sur option, TVA pour les locaux nus réputés commerciaux, ou si le bailleur poursuit l'exploitation d'un actif commercial ou si participation aux résultats (cf centres commerciaux).

Si les locaux sont situés dans une copropriété (ou un lotissement), il est alors nécessaire d'appréhender le règlement de copropriété, pour savoir si une autorisation est nécessaire ou pas, et bien sûr si le commerce projeté y est possible (cf clause d'immeuble bourgeois).

Les parties peuvent convenir que certains travaux seront à la charge du locataire, alors qu'ils devraient être assumés par le bailleur, ce dernier concédant alors une franchise de loyer.

Dans cette hypothèse, le locataire doit amener un étalement du bénéfice de la franchise (retraitement fiscal).

Le principe pour le bailleur est l'imposition du loyer théorique, en fonction de la nature des travaux.

Le loyer étant un point crucial et réglementé dans le cadre des baux commerciaux, la clause relative à ce type d'accord devra être négociée et rédigée attentivement, outre qu'elle peut poser une difficulté comptable.

Mais surtout les travaux préconisés et souhaités devront être expressément autorisés par le bailleur...

Il ne suffit donc pas d'avoir une autorisation orale, ou générale.

Les premiers travaux (ici il n'est pas question des travaux réalisés en cours de bail) doivent clairement être étudiés et évoqués lors des pourparlers, car ils peuvent être source de conflit.

De même, l'attention est portée sur le fait que le bailleur doit assurer la jouissance paisible du locataire, pour l'activité qu'il va autoriser...

Cf article 1719 du CC : Le bailleur doit effectuer toute réparation nécessaire pour maintenir les lieux en l'état de servir à l'usage pour lequel ils ont été loués, à défaut de quoi l'immeuble serait impropre à sa destination contractuelle... Un exemple criant : le bailleur va autoriser une activité de restauration, laquelle nécessite l'installation d'un conduit de fumée... nécessaire du fait de la réglementation en matière d'hygiène et sécurité, mais qu'il n'est pas possible d'installer.

Dans le même esprit, et sauf clause contraire, le bailleur est concerné par la conformité administrative en matière d'hygiène et de sécurité, et ce toujours selon le principe de conformité à la destination contractuelle.

Et de rappeler qu'une clause qui prévoit à la charge du preneur de souffrir tous les travaux imposés par le bailleur ne s'applique pas en cas d'impossibilité totale d'utiliser les lieux (Civ 03 nov 1994 - N°92-11.308).

B/ La contrepartie de l'occupation

1°) Le loyer

C'est bien évidemment le point crucial, mais également la protection de principe instaurée par le statut. Contrairement à ce que certains peuvent avancer, le loyer initial est fixé librement entre les parties.

Si l'intérêt du bailleur est de potentialiser et de rentabiliser la location, il n'est pas anodin de vérifier tout de même quels sont les loyers qui sont pratiqués dans le voisinage.

Le prix marché (c'est-à-dire un des éléments de ce que l'on définit comme la valeur locative) doit être appréhendé, comme le devenir du quartier et/ou les projets de travaux dans l'environnement.

Même recherche pour le locataire.

Car si le loyer initial relève de la volonté des parties, son évolution est, elle, réglementée.

S'agissant du locataire, il est nécessaire de réfléchir sur le poids du loyer et de son évolution. Lors du prévisionnel, il est impératif d'anticiper avec une vraie valeur locative.

2°) Les charges

Là encore, il doit être porté une attention particulière sur les charges qui vont peser sur le locataire.

Il n'y a pas, comme en matière de bail d'habitation, de réglementation sur les charges que le bailleur peut récupérer. Une certaine liberté contractuelle est permise. Dans le cadre des pourparlers il est essentiel de déterminer minutieusement quelles sont les charges qui seront réclamées au preneur.

Le plus souvent, le bailleur sollicite un loyer «net de toutes charges» ce qui signifie que la totalité des charges devront être assumées par le locataire... mais pas toujours !

La jurisprudence est assez restrictive en termes d'obligation. Si la charge n'est pas prévue au contrat, elle ne doit pas être supportée, sauf à faire démonstration qu'il s'agit d'une prestation dont le locataire profite.

Pour exemple, la jurisprudence a retenu que les frais de gestion d'honoraires de syndic n'étaient pas liés à l'exploitation de l'immeuble, et que même en présence d'une clause mettant à la charge du preneur l'ensemble des charges, ils n'étaient pas dus par ce dernier (Civ 3ème 09.11.2004 N°03-16-233).

Ceci étant, si des charges non locatives sont mises à la charge du preneur, elles sont considérées comme un supplément de loyer. Parmi les charges figurent, notamment :

- impôt foncier,
- taxes sur les bureaux en Ile-de-France,
- assurance de l'immeuble,
- remboursement des surprimes éventuelles d'assurances.

On rappellera au besoin que les charges sont prises en considération dans le cadre de l'évaluation du loyer du renouvellement (cf valeur locative).

On parle également de clause «taxes» qui concerne les taxes locatives (TEOM, balayage, déversement des égouts...).

3°) Le dépôt de garantie

Si là encore la liberté contractuelle prédomine, il convient de faire très attention aux dispositions de l'article L 145-40 du Code de Commerce, qui sont d'ordre public et disposent : «les loyers payés d'avance sous quelque forme que ce soit, et même à titre de garantie, portent intérêts au profit du locataire aux taux pratiqués par la BdF pour les avances sur titres sur les sommes excédant celles qui correspondent au prix du loyer de plus deux termes.»

Dès lors, soit le dépôt de garantie devra être de deux mois, ou de six mois si paiement trimestriel à terme échu, ou alors il convient de prévoir une «rémunération» de ce dépôt de garantie.

Il est possible, par une rédaction habile, de contourner l'application de cette clause : le dépôt de garantie ne sera pas constitutif d'un garantie de loyer, mais en réalité sera une clause pénale susceptible d'être modifiée après le juge. Le dépôt de garantie ne constitue ni un produit, ni une charge. Il figure dans les immobilisations incorporelles et

suite en p.3

Rencontres Chiffres & Droit

fait l'objet d'une revalorisation en fonction de la révision.

5°) Le pas de porte

C'est un sujet qui fait toujours débat quant à sa nature : indemnité ou supplément de loyer ?

Certains auteurs prennent en considération que le fait même de signer un bail commercial entraîne pour le bailleur l'obligation de verser une indemnité d'éviction, et qu'en contrepartie de cet avantage, comme d'autres relatifs au statut, le bailleur serait fondé à recevoir une indemnisation préalable qui compenserait la perte de jouissance des locaux.

La Cour de Cassation a donc accepté ce type de clause.

D'autres décisions considèrent que le pas de porte consiste en un supplément de loyer capitalisé, dont il convient de tenir compte pour le calcul du loyer révisé et de l'indemnité d'éviction.

Depuis une réponse ministérielle, le positionnement relève des juges du fond et de l'interprétation de l'intention des parties, notamment du fait du montant du loyer fixé. Bien entendu, le pas de porte ne concerne que les locaux vacants.

S'il est considéré comme une indemnité, elle est traitée comme la compensation pécuniaire d'éléments de natures diverses, notamment un avantage commercial fourni par le bailleur et sans rapport avec le loyer, ou d'une dépréciation de la valeur vénale des locaux.

C'est la rédaction de la clause qui va déterminer sa fonction et donc l'application ou pas de la TVA.

De même, en fonction de la rédaction de la clause, on interprétera si ce pas de porte est imposé par le bailleur, ce qui constitue alors une charge pour le locataire, donc déductible. Dans le cas contraire, il ne sera pas déductible. Là encore, on s'interroge sur le caractère normal ou pas de l'opération.

C) La destination

Une fois encore, il n'est pas anodin, lors des pourparlers, d'évoquer très sérieusement l'activité autorisée et celle voulue pour l'exploitation.

Il doit être porté attention sur la nature de l'activité projetée, comme cela a déjà été avancé ci-avant.

Le preneur doit négocier une destination la plus large possible, alors que le bailleur aura tendance à restreindre l'activité autorisée.

Et de ne pas croire que toute activité, connexe ou accessoire, est comprise dans celle qui est autorisée !

La notion de dé-spécialisation relève soit d'une activité connexe ou complémentaire, soit d'un changement total d'activité.

Avec la précision qu'on entend par activité connexe ou complémentaire : une activité qui ne relève pas d'un changement mineur.

Exemple : ont été considérés comme activités mineures ne nécessitant pas de procédure de dé-spécialisation :

- activité de blanchisserie avec une laverie,
- parfumerie, institut de beauté et parapharmacie,
- plomberie et chauffage,
- restauration froide et réchauffage de plats,
- snack bar et petite brasserie.

Attention, n'est pas admise dans la restauration la vente à emporter de sandwiches, couscous, brochettes...

D/ Les mentions environnementales

Ces mentions ont fait l'objet de réglementations évolutives.

Maintenant, il n'y a plus de doute, puisque la loi dite Grenelle II du 12.07.2010 a créé l'article L 125-9 du Code de l'environnement, et a instauré l'annexe environnementale pour les baux et leur renouvellement, avec le Décret N°2011-2058 du 30.12.2011 qui est venu préciser ce point.

Article R 136-1 du CCH : vise la liste des caractéristiques énergétiques des équipements existant dans le bâtiment relatifs au traitement des déchets, au chauffage, au refroidissement, à la ventilation, à l'éclairage, mais également la consommation annuelle énergétique relative aux équipements d'exploitation...

L'article R 136-2 du CCH : obligation de mentions

également pour le preneur, sur les équipements qu'il a mis en place dans les locaux loués.

Enfin, les dispositions de l'article R 136-3 : fixer une période pour un bilan de l'évolution de la performance énergétique.

De même, on n'oubliera donc pas tous les diagnostics :

- risques naturels et technologiques,
- diagnostics techniques (termites, amiante, saturnisme, légionellose via climatisation...)
- attention aux établissements classés : un exemple avec la loi bruit R 1336-6 du Code de la Santé publique, réglementation en matière de débits de boissons et établissements diffusant de la musique,
- certificat d'urbanisme, (cf alignement...)
- droit de préemptions des Communes.

Compte tenu de ce qui précède, nul doute qu'il convient de rédiger un acte précis lorsque l'on conclut un bail commercial.

El/ La reprise des engagements

Une fois l'acte signé, il est important de veiller à la validité de la signature, surtout lorsque l'activité va être créée.

Nombreuses sont les situations où une personne physique intervient pour le compte d'une personne morale qui n'existe pas encore...

Attention donc à reprendre l'engagement que constitue le bail commercial.

Attention surtout à la manière dont est mentionné l'intitulé sur le bail, et s'il y a ou pas une possibilité de substitution.

A défaut, la création de la société n'est pas opposable au bailleur... ni à la société dont la personnalité morale n'existait pas au jour de la signature.

Le plus simple est donc de mentionner expressément la signature du bail dans la liste des engagements à reprendre en fin de statuts. A défaut, les charges relatives ne pourront être déduites.

Maintenant que vous disposez d'un bail commercial précis, encore faut-il l'exécuter convenablement... (NB : petite précision, il est conseillé d'enregistrer l'acte au droit fixe, pour lui donner date certaine).

II/ De l'exécution à la cession

➔ Il est question ici d'évoquer les grandes lignes et points durant l'exécution du bail.

A/ La révision

1°) La révision «légale»

La révision du loyer est prévue par les dispositions de l'article L 145-37 du Code de Commerce. Elle peut jouer à la baisse comme à la hausse selon les dispositions de l'article L 145-33. Elle est d'ordre public.

Et la révision repose sur un certain formalisme et une procédure particulière, à savoir :

- demande dans le délai triennal, le délai de trois ans est d'ordre public,
- par acte extra-judiciaire,
- mention obligatoire du montant du loyer révisé (sous peine de nullité).

En effet, en l'absence de demande d'une partie ou de l'autre, la révision ne s'opère pas automatiquement. La révision s'effectue normalement sur la base de l'indice qui a été désigné dans le bail.



Depuis la loi MURCEF, de nouveaux indices ont été mis en œuvre.

Tel l'ILC, l'indice des loyers commerciaux, ou l'ILAT (Indice des activités tertiaires - cf Décret 2011-2028 du 29 décembre 2011).

A défaut de modification matérielle des facteurs locaux de commercialité ayant entraîné par elle-même une variation de plus de 10% de la valeur

locative, le loyer consécutif à une révision ne peut excéder la variation de l'indice trimestriel du coût de la construction.

2°) La clause d'indexation la révision conventionnelle

Compte tenu de la lourdeur de cette procédure, les clauses d'indexation sont insérées dans les baux : indexation annuelle prévue dans une clause - cf L 145-39 du Code de Commerce.

Définition : «...sont celles par lesquelles les parties décident que le loyer sera

lié aux variations d'un indice convenu. L'élément essentiel de ces stipulations est la relation établie entre le montant du loyer et l'indice, de telles sorte que la volonté des parties ou celle d'un tiers n'ait pas à intervenir au moment de leur application» (cf R Martin, Maus, Lafarge et B Martin).

Caractère périodique et automatique du réajustement du loyer.

suite en p.4

Rencontres Chiffres & Droit

Et de débattre sur leur validité/ choix de l'indice et les dispositions de l'article L 112-1 du Code Monétaire et financier : «...est réputée non écrite toute clause d'un contrat à exécution successive et notamment des baux et locations de toute nature, prévoyant la prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision...»

Cf Position de la Cour d'appel de Paris : jurisprudence sur les clauses d'indexation avec un indice de base fixe, interprétation stricte, clause jugée non écrite, puis évolution dans les arrêts de 2011.

«Une clause comportant un indice de base fixe est valable dès lors que son application n'a pas pour effet de faire subir au locataire une variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision».

Attention également, car une nouvelle charge qui serait acceptée par le preneur pourrait constituer une infraction au principe du plafonnement.

Mais du fait de cette clause, le délai triennal de révision peut être écarté. L 145-39 du Code de Commerce : «en outre et par dérogation à l'article L 145-38...» si le loyer se trouve augmenté ou diminué de plus d'un quart, le dépassement d'un plafond de 25% peut donc entraîner la révision du loyer à la valeur locative.

Une autre situation peut venir impacter le loyer...

B/ La dés-spécialisation

Comme énoncé ci-avant, la destination du bail et donc les activités autorisées sont un point important à négocier, car tout n'est pas permis...

En outre, toute activité supplémentaire va entraîner une augmentation du CA du preneur, donc une commercialité plus importante du local, ce qui autorise le bailleur à obtenir une augmentation du loyer.

1°) La dés-spécialisation partielle

Notions :

● activité connexe : qui a un rapport intime avec les activités autorisées du bail,

● activité complémentaire : qui sans avoir un rapport est un complément, soit un raisonnable prolongement et permet un meilleur exercice de l'activité principale.

Mais pas de définition précise. On devra prendre en considération les besoins de la clientèle et l'évolution des usages commerciaux.

Cela relève d'une appréciation de la jurisprudence. Dès lors, la décision relevant de l'évolution de son activité n'est pas une chose anodine.

Pour exemple, une charcuterie ne peut faire traiteur, une boucherie ne peut vendre des produits régionaux et de la charcuterie, un bar de nuit-dancing ne peut devenir un café-restaurant, une agence immobilière ne peut devenir une agence d'assurance, une boulangerie ne peut devenir également une pâtisserie, un débit de boissons ne peut faire de plat de jour sans autorisation du bailleur ou procédure de dés-spécialisation.

La procédure est assez contraignante : intention de dés-spécialisation par acte extra-judiciaire, réponse du bailleur dans un délai de deux mois, à peine de déchéance pour contester la nature connexe ou complémentaire.

En cas de contestation : le Tribunal de grande Instance est compétent.

Attention, si le preneur adjoint l'activité projetée après refus du bailleur et avant d'avoir saisi le tribunal, sa demande est irrecevable (civ 3ème 09.01.1985).

L'effet de la dés-spécialisation, la révision du loyer: par dérogation aux règles générales de l'article L 145-38 du Code de Commerce, lors de la révision triennale, suivant la notification du locataire, il sera tenu compte pour la fixation du loyer des activités adjointes, si celles-ci ont entraîné par elles-mêmes une modification de la valeur locative des lieux loués, ce qui n'est pas le cas lorsque le CA est

resté sensiblement le même.

2°) La dés-spécialisation plénière

Activités différentes, conditionnées par la conjoncture économique, et aux nécessités de l'organisation rationnelle de la distribution lorsque ces activités sont compatibles avec la destination, les caractéristiques et la situation de l'immeuble ou de l'ensemble immobilier. On est ici dans une véritable demande d'autorisation, et non dans la notification d'une intention de faire.

Conditions cumulatives de conjoncture économique et d'organisation rationnelle. Attention, il y a de la jurisprudence sur le refus d'une dés-spécialisation totale, quand il est démontré que le locataire, dans le cadre d'une cession, n'avait jamais eu l'intention d'exercer l'activité autorisée, mais souhaité faire totalement autre chose !

De même si l'activité exercée est rentable, il n'y a pas de condition à faire une autre activité, non liée.

Procédure toujours très lourde : acte extra-judiciaire de la demande d'autorisation délivrée au bailleur mais également aux créanciers inscrits. Délai de trois mois pour répondre. Ici, à la différence de la dés-spécialisation partielle (intention), il est question d'une demande d'autorisation.

C'est toujours le TGI qui est compétent. Attention si le refus du bailleur est seulement motivé sur le montant du «nouveau» loyer : c'est le juge des loyers commerciaux qui est compétent.

Article L 145-50 : demande possible par le bailleur à la fois d'une indemnité égale au montant du préjudice dont il pourrait établir l'existence du fait de l'adjonction d'activité, et modification du loyer: immédiat (on n'attend pas le délai de trois ans).

3°) La dés-spécialisation de l'article L 145-51 du Code de Commerce

Il s'agit là de la dés-spécialisation lorsque le preneur a demandé à bénéficier du droit de départ à la retraite ou d'une pension d'invalidité. Cette possibilité se cumule avec un droit de priorité de rachat pour le bailleur.

Le locataire notifie son intention au bailleur (y compris les modalités de cession) et aux créanciers inscrits. Le bailleur a deux mois pour réagir et, à défaut, l'accord est acquis s'il ne saisit pas le tribunal dans le délai de deux mois.

4°) Les débits de boissons

Le bailleur ne peut pas s'opposer à un commerçant de débit de boissons de 3ème et 4ème catégories à changer d'activité à la condition que ce changement n'entraîne pas d'inconvénients supérieurs (Code de la Santé Publique L 3331-6).

Interprétation stricte : boissons à consommer sur place et uniquement cette activité (restaurant et débit de boissons par exemple).

Ce changement n'entraîne pas de majoration de la valeur locative.

5°) Les agences de voyage

Cf directive «Services» de l'Union européenne, Loi du 22 juillet 2009, licence de voyage.

C/ La cession

1°) La cession du droit au bail

● Différents cas qui nécessitent ou pas l'accord du bailleur...

Principe : la liberté de céder les droits, sauf stipulation autre dans le bail.

a) Inclue dans le cadre de la vente de fonds de commerce : L 145-16 du Code de Commerce, le bailleur ne peut s'y opposer. Mais attention, notion de successeur de l'activité (exemple : refus en cas de fonds fermé depuis plusieurs mois et d'une cession qui ne concerne en réalité que le matériel).

b) Non incluse dans la vente d'un fonds et clause d'interdiction : il convient de respecter scrupuleusement les termes de la clause.

c) Le bail «tous commerces» : attention vis-à-vis de la règle de L 145-16 toujours du fait de la notion de successeur. Opération en deux temps : cession du fonds, puis changement d'activité.

Attention encore, le cessionnaire en cas de changement d'activité doit, avant de changer d'activité, veiller à rester dans le délai de trois ans avant l'expiration du bail, faute de quoi il perdrait son droit au renouvellement.

Mais également en cas de liquidation du régime matrimonial lors d'un divorce : considéré comme une cession.

L'absence de respect de la clause restrictive de cession peut entraîner la résiliation du bail ou l'absence de renouvellement (motif grave).

● Le droit de préemption des communes :

Vérifier s'il existe un périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat.

Voir nouvelle jurisprudence en matière de cession d'un immeuble à rapprocher : le fait que la commune ne rachète pas in fine ne fait pas revivre le compromis.

● La notification au bailleur : l'opposabilité.

Il convient de faire délivrer un acte d'huissier. A défaut, c'est le locataire cédant qui est tenu et non le cessionnaire, outre sanction de résiliation encourue.

2°) La valorisation du droit au bail

Il n'y a pas de modalités précises ni de valorisation «modèle».

Plusieurs méthodes :

Par comparaison :

- la valeur d'autres fonds voisins, et similaires,
- le type d'activités,
- la taille du local et son état général,
- les règles d'exploitation ou de limitation,
- selon l'évaluation des bénéficiaires,
- économies liées à la reprise du bail,
- objet du bail (tous commerces),
- méthode d'actualisation financière.

Autre méthode à prendre avec précaution pour l'expert Michel Marx, «l'observation du marché des cessions de droit au bail conduit actuellement aux coefficients» suivants : "0 dans les mauvaises situations ; 3 à 5 dans les emplacements n°3, c'est-à-dire dans les petites situations ; 6 à 7 dans les emplacements n°2 (bonnes situations) ; 7 à 8 dans les emplacements n°1bis (très bonnes situations) ; 8 à 10 dans les emplacements n°1 (à Paris rue de Rennes, quartier Haussmann - grands magasins, rue de Rivoli, Saint-Germain-des-Prés) ; 12 dans les emplacements n°1 "top" (à Paris Champs-Élysées)".

3°) Le régime fiscal de la cession du droit au bail

L'objectif n'est pas de valider l'ensemble de la fiscalité liée à la plus-value, d'autant qu'il est difficile, dans le contexte actuel, de connaître la fiscalité de demain (ni celle d'hier puisque de plus en plus, la loi fiscale permet la rétroactivité !).

Indépendamment de cette évolution fiscale, on doit retenir :

● comment déterminer la plus-value : prix de vente - prix d'achat.

On se doit de tenir compte de la nature de la cession : contenue dans la cession globale d'un fonds de commerce ou indépendante.

● Imposition dans la catégorie des BIC de la seule cession du droit au bail.

Mais si la cession entre dans le cadre d'une poursuite d'activité, l'exonération est envisageable.

Reste qu'il existe une autre façon de mettre fin au bail : il s'agit de la reprise des lieux par le bailleur... Mais c'est une autre histoire.