

## **LA DETERMINATION DE L'INDEMNITÉ D'ÉVICTION**

**par François ROBINE, expert près la Cour d'appel de Paris**

L'article 8 du Décret dispose en résumé que l'indemnité d'éviction doit réparer le préjudice causé par le refus de renouvellement, en fixant son montant par référence à la valeur marchande du fonds évincé et en permettant l'achat d'un fonds équivalent.

Il y a donc dans ce texte une référence au mode d'évaluation et un objectif.

### **L'objectif**

Il consiste à mettre le locataire évincé en mesure d'acheter un fonds équivalent.

Or aujourd'hui, sur le marché, lorsqu'un commerçant dit qu'il vend son fonds, il vend non seulement le fonds de commerce lui-même mais l'entreprise avec sa forme sociale, son actif, son passif, sa trésorerie, ses contrats, etc...

Pourquoi vend-il en réalité l'entreprise ? Simplement parce que fiscalement, il est plus avantageux de céder une entreprise qu'un fonds, tant au niveau des droits de mutation que des plus values.

Par contre, lorsque l'éviction est traitée judiciairement, la mission de l'expert ne porte que sur le fonds de commerce lui-même et sur ce seul élément qui constitue une simple partie de l'actif de l'entreprise.

A la suite du déroulement de l'expertise, le fonds se trouve donc valorisé. Locataire et propriétaire sont plus ou moins convaincus de la valeur attribuée à ce fonds et très fréquemment chacun accepte la pertinence de l'évaluation de l'expert, même si le montant est critiqué à la marge.

Le locataire croit alors être rempli de ses droits et il a tout à fait tort car une fois que l'opération aura été fiscalement retraitée, le locataire évincé va s'apercevoir que la somme qui va lui rester sera très inférieure à celle proposée par l'expert et fixée par le juge.

La fiscalité actuelle de l'indemnité d'éviction est très lourde et peut atteindre près de 40 % de la somme fixée par le juge.

Dès lors, il ne peut plus acheter un fonds équivalent.

Ainsi lorsqu'un commerçant vend à l'amiable, la fiscalité existe certes mais vendant l'entreprise, le prélèvement est plus léger.

Par contre, cédant le fonds seul du fait de la voie judiciaire, la ponction fiscale est aggravée puisqu'elle ne se place pas au même niveau.

Cette différence de traitement est choquante, et conduit à constater que le traitement judiciaire est plus pénalisant pour l'évincé que la vente sur le marché. On arrive au paradoxe navrant que le traitement judiciaire fait supporter à la victime ce que la sagacité banale des Conseils conduit à éviter aux cédants volontaires. Il faut donc réfléchir aux moyens de corriger un tel errement qui jette le doute sur l'institution judiciaire qui en l'état n'y peut rien.

Par exemple en matière d'expropriation, lorsqu'un locataire est évincé, il y a franchise de plus value s'il y a emploi dans les 6 mois. Pourquoi n'en serait-il pas de même en matière d'éviction ?

Dans le temps, la Cour de Cassation avait déclaré que la fiscalité de l'indemnité d'éviction était un préjudice indirect non indemnisable. Or avec l'aggravation de la fiscalité sur les plus values de cession depuis 1997, ce préjudice ne semble pas indirect. Amputer quelqu'un de 40 % de son patrimoine ne peut être considéré comme mineur alors que par exemple, il est possible d'échapper à la plus value par la simple voie de donation.

La fiscalisation de l'indemnité d'éviction est donc un sujet brûlant, méritant une réflexion nouvelle. Ne pas l'entreprendre, c'est tolérer par abandon que l'objectif fixé par la Loi de l'achat d'un fonds équivalent ne soit jamais atteint. Cela ne semble pas acceptable.

Pourquoi cette question est celle remise sur le métier ? Simplement parce que la fiscalité a été considérablement accrue il y a 2 ans et qu'elle change la nature de l'indemnité reçue.

## **Les modes de fixation**

La Loi dispose qu'il faut se référer à la valeur marchande du fonds. Chacun sait que, par une jurisprudence constante, il est affirmé que la valeur d'un fonds ne peut être inférieure à celle du droit au bail.

Jean Pierre MIGNOT, expert, a rappelé brillamment et récemment à la GAZETTE du PALAIS que valeur de fonds et valeur de droit au bail étaient deux valeurs inscrites au bilan. Ce sont deux actifs incorporels non amortissables, donc intangibles en comptabilité et il en tirait quelques observations pertinentes auxquelles je me réfère.

Sur le marché, ces valeurs évoluent chaque instant en fonction des modifications dans la distribution en général, dans les localisations, les variations de taux d'intérêt et des valeurs locatives, et surtout en fonction des comptes de résultat pour les fonds de commerce.

Mais dans l'immense majorité des cas la part essentielle de la valeur est constituée du droit au bail.

**- Le droit au bail** est le capital correspondant à l'intérêt de se trouver à un moment donné, à un emplacement donné, à des conditions financières données.

Dans la pratique, la valorisation du droit au bail se réalise par la méthode du différentiel, c'est-à-dire par la capitalisation de la différence entre la valeur locative libre sans pas

de porte et le loyer dû.

Cette méthode est pratique, pas universelle et perfectible.

Elle est pratique car elle est applicable à 70 % ou 80 % des cas.

Par contre, elle n'est pas universelle pour diverses raisons :

Par exemple un commerçant peut avoir intérêt à acheter un droit au bail indépendamment de toute économie de loyer. C'est le cas du marché actuel de la téléphonie mobile. Les boutiques SFR, BOUYGUES TELECOM, PHONE HOUSE, fleurissent partout. Ils achètent une localisation, une présence, une part de marché mais pas une économie de loyer. La valorisation sur une économie de loyer n'est pertinente que sur une destination devenue classique. Sur le marché des produits nouveaux, le droit au bail est un capital de nature commerciale et non le financement d'une économie future de loyer.

Autre exemple, encore le cas des locaux recevant du public. Dans de tels locaux, l'ouverture n'est possible que si le local répond aux normes de sécurité les plus récentes. Par contre pour les établissements anciens, ce sont les anciennes normes qui restent applicables, même si les installations sont défectueuses.

Dès lors, à l'occasion d'un redressement judiciaire par exemple, il ne faut surtout pas fermer l'établissement car alors ce seraient les nouvelles normes de sécurité qui deviendraient applicables. Il faut céder au plus vite le droit au bail dont le montant est alors largement inspiré de l'économie de travaux à réaliser. Ce droit au bail là n'a aucun rapport avec une économie de loyer.

Troisième exemple. Un droit au bail peut être égal au gain de temps à éviter un passage en CDEC. Là encore le loyer est étranger.

Enfin, nous constatons tous que les vendeurs de droits aux baux sont des particuliers et que les acheteurs sont des chaînes. Celles-ci ont des concepts à dupliquer, certaines sur 30 m<sup>2</sup>, d'autres 70 m<sup>2</sup>, d'autres 300 m<sup>2</sup>, etc... C'est l'application stricte du concept qui génère pour elles le meilleur rendement F/m<sup>2</sup>.

Pour développer ces concepts, une chaîne peut donc être amenée à payer un droit au bail très élevé pour le local contigu afin d'appliquer son concept. Ce droit au bail là n'est pas non plus une économie de loyer, c'est encore un capital commercial.

Ces quelques exemples montrent qu'il est souvent inopportun d'amortir des droits aux baux sur des loyers car les loyers relèvent des comptes de résultat alors que les droits aux baux sont des comptes de bilan et que l'on ne peut passer impunément de l'un à l'autre sans risque de confusion.

D'ailleurs, les enseignes ne s'y trompent pas.

Elles exigent que leurs exploitations soient très rapidement équilibrées en compte de résultat même si le temps d'un lancement, les comptes de bilan ne le sont pas aussi vite. Le droit au bail payé n'est considéré que comme le moyen d'accroître le chiffre d'affaires de demain. C'est un titre de placement, lui-même compte de bilan.

Enfin la méthode du différentiel est perfectible

En effet, elle a été décriée car un moment dévoyée de façon insidieuse par une pratique retenant une valeur locative sans pas de porte, en fait « tout commerce » donc par nature maximale dans son quantum, pour la comparer au loyer dû dans le cadre d'une destination donnée, souvent contraignante ou limitée. Il était donc rapproché des éléments non comparables, ce qui a conduit à survaloriser très artificiellement des droits aux baux.

En réalité, la méthode du différentiel n'est applicable que s'il est tenu compte de la destination et des capacités contributives d'une destination au paiement du loyer.

Cela pose difficulté. En effet définir la valeur locative d'un local rue de la Paix ou Place Vendôme à PARIS pour une destination incongrue telle un marchand de journaux est une aventure ou une déclaration de principe sans justification possible. C'est une fréquente difficulté rencontrée par l'expert mais aussi la justification de son intervention.

Enfin demeure la question du coefficient applicable à ce différentiel. Judiciairement, il y a une conjonction vers des coefficients de 3 à 8 pour les boutiques, fonction de la qualité de l'emplacement, l'essentiel se trouvant dans une fourchette très réduite de 4 à 6.

Or sur le marché, on s'aperçoit qu'il y a des rues où il n'y a plus de droits aux baux, donc que le coefficient est 0 et qu'il y a des localisations où les coefficients peuvent dépasser 10 et parfois bien plus notamment lorsqu'il s'agit de créer un « flagship », c'est-à-dire la boutique phare représentative de la marque. La notion de coefficients n'a alors plus de sens et c'est ce que nous voyons aujourd'hui aux Champs Élysées. Tout le monde veut y être et cela quelqu'en soit le prix.

Certaines enseignes amortissent leurs droits aux baux sur 3 à 5 ans, d'autres sur 10, d'autres n'amortissent rien car elles considèrent que l'acquisition d'un droit au bail équivaut à l'acquisition d'un titre de placement cessible le moment venu comme une participation.

Ceux-là ne voient pas de justification à l'amortissement.

De ce fait, on constate que le marché est plus polymorphe que le traitement judiciaire et que les experts ne le présentent en général.

**- Le fonds de commerce** est lui aussi polymorphe. Rappelons qu'il n'existe pas de définition légale du fonds de commerce et rappelons que dans la pratique les composants du fonds peuvent être très variés.

Prenons un exemple, celui de l'éviction du FIGARO, Avenue Matignon à PARIS. Le bail était consenti à la Sté Holding SOCPRES et permettait l'hébergement des filiales. Or pour éditer le quotidien, tous les jours, plus les suppléments hebdomadaires et les magazines, il y avait une pluralité de sociétés intervenantes.

Certaines pour l'édition, d'autres la publicité, d'autres les abonnements, etc .....

La question était donc de savoir où se trouvait le fonds de commerce. Il était clair que c'était le concours constant de toutes ces filiales qui constituait le fonds de commerce du FIGARO.

Nous en sommes donc venus à considérer que le fonds est composé de tout ce qui concourt à l'objet ou à la relation avec la clientèle, (indépendamment des comptes de bilan) et quelque soit les distinctions juridiques entre les personnes qui y participent.

En d'autres termes, le fonds peut être unique et néanmoins commun aux sociétés qui y participent. Naturellement cette conception extensive du fonds de commerce pose difficultés aux juristes pour lesquels chaque personne a son propre patrimoine rattaché. Mais les juristes et les comptables se sont bien familiarisés avec la notion de groupe, alors sans doute peut-il en être de même de la notion de fonds de commerce.

D'ailleurs étendre la notion de fonds de commerce à des sociétés différentes permet d'éteindre ipso facto la polémique récente sur la propriété du fonds de commerce entre franchiseur et franchisé, le tout étant considéré comme réuni.

Aujourd'hui économiquement la conception du fonds de commerce semble devoir être étendue pour répondre aux modalités contemporaines d'exercice des commerçants.

Devant cette complexité croissante des fonds, se pose la question de la pertinence d'une valorisation par les usages dits de la profession.

La Loi requiert de recourir à ces usages, mais force est de constater que la plupart ont disparu. Les chambres syndicales n'osent même plus en fournir. Il paraît encore des barèmes, mais selon nos propres statistiques plus de la moitié des fonds sont vendus hors des fourchettes de ces barèmes. Ils ont donc cessé d'être de vrais indicateurs. D'ailleurs ces barèmes se réfèrent parfois à des décisions judiciaires qui, elles-mêmes, se réfèrent aux barèmes. En réalité ne subsiste encore et que partiellement un certain usage judiciaire.

En outre on remarque que les usages dits de la profession ne subsistent réellement que dans des activités qui n'ont pas subi la concurrence de la grande distribution (café, hôtel, assurance). Pour la plupart des autres fonds ceux qui survivent et affrontent cette grande concurrence des grandes surfaces, la seule méthode de valorisation est celle de la rentabilité du compte de résultat passé, présent et futur.

La valeur d'un fonds s'appréhende au niveau de ce compte de résultat et généralement du résultat retraité en fonction des amortissements, des salaires des dirigeants, de la conjoncture, et du droit au bail considéré comme élément du fonds de commerce.

Les multiples de valorisation sont étendus, mais sont à distinguer les fonds de capitaux avec multiple élevé et les fonds de travail à multiple faible.

Saluons enfin la réduction des droits de mutation sur les fonds de commerce et les droits aux baux car enfin sont alignés les fonds en nom personnel et les sociétés.

Les frais de remploi cesseront donc d'être une recette quelque peu indue s'ajoutant à une valeur de fonds juste mais destinée à être amputée par la fiscalité pour en réalité gommer la ponction fiscale.

La Loi vient de restituer l'équité de traitement entre les différents évincés et cela est bien. Reste à savoir s'il incombe au bailleur évincé d'assurer les conséquences fiscales des choix de son locataire évincé.