

De l'opacité des références dans les valeurs locatives

IL FAUT SAUVER L'EXPERTISE EN CENTRE COMMERCIAL

L'invention de l'unité économique de marché avait créé un cadre commode pour les foncières : elles maîtrisaient à la fois les valeurs locatives et les références dont ont besoin les experts lorsque les renouvellements tournent au vinaigre. La conjoncture ne permet plus ce genre de luxe. Tout le monde est au centime près, tout le monde veut savoir ce que vaut pour de bon un local de commerce – fut-il en centre commercial, ce qui après tout n'est pas une tare. Mais pas un privilège non plus qu'offriraient les bailleurs à leurs locataires. Les tribunaux qui jusque-là s'étaient parfois laissés faire, reviennent leur copie. Les récentes décisions sont désormais toutes en faveur de la transparence en matière de communication. Un combat de tranchées s'annonce ! Le soldat expertise finira-t-il par être sauté ?

Par M^{es} Gilles Hittinger-Roux et Corinne de Prémare, avocats-associés (H.B. & Associés)

Avec brio, les foncières ont réussi, au cours des trente dernières années, à créer un droit autonome dans les centres commerciaux : leur propre droit !

- Leurs baux « institutionnels » préédigés ne sont pas des contrats d'adhésion. C'est tellement vrai que, dans le préambule du contrat, le preneur le reconnaît et le proclame !

- La clause « d'enseigne » qui est un frein aux cessions, aux restructurations, aux apports, ... est bien évidemment contraire à l'article L. 145-15 du Code de commerce et à la jurisprudence de 1999 – arrêt Comod. Pourtant, cette clause reste insérée dans tous les nouveaux contrats.

- La cession de fonds de commerce, la cession des parts sociales, les apports... sont libres au regard de la loi, notamment celle de 1996 : il n'empêche que le bailleur de centre commercial, selon son bon-vouloir, contrôle, refuse ces opérations afin de garder en permanence la main sur la commercialité, mais plus encore sur les loyers. A titre d'exemple, il s'autorise à augmenter les loyers lors de la cession de 10 % à 15 %, toujours selon son bon-vouloir, et ce conformément aux clauses du bail, qui ont été acceptées par le preneur.

- La Cour de cassation, au regard du droit européen, a rappelé que le commerçant, s'il pouvait « librement » adhérer, pouvait tout autant « librement » sortir. Mais c'est oublier que le locataire est redevable d'une indemnité égale au montant de la cotisation. En d'autres termes, il n'y a aucun intérêt financier pour un preneur d'aller challenger cette clause.

- La loi Pinel est intervenue notamment aux fins d'obtenir la transparence en matière de charges. Il n'en est rien, les contentieux demeurent. De plus, un malin lobbyiste a réussi à dévoyer le principe des grosses réparations à la charge du bailleur. Un décret a créé une nouvelle notion juridique, à savoir l'embellissement, notion tellement floue qu'elle permet de faire supporter, de nouveau, ce type de travaux.

- Le bailleur du centre commercial reste totalement exonéré de toute responsabilité dans l'hypothèse où le centre ne fonctionne pas. Les excellents conseils des bailleurs font valoir devant les juridictions que le bailleur, comme le locataire, ont fait un pari commercial. De ce fait, il n'y a pas lieu à indemniser le locataire, lequel, en sa qualité de profession-

nel, a apprécié par lui-même la commercialité du site.

En tout état de cause, le locataire avait déclaré, dès la signature du bail, qu'il renoncerait à tout contentieux à l'égard de son propriétaire. Ce principe et ce raisonnement sont particulièrement aberrants : si un locataire accepte de payer des loyers et des charges trois fois plus élevés qu'en pied d'immeuble, c'est bien qu'il espère en contrepartie obtenir du flux. Cette exonération de responsabilité est contraire au principe même de la philosophie du droit : une personne décide que si est elle-même responsable.

Il n'en est rien pour les propriétaires de centres ou de galeries marchandes, le principe de l'exonération demeure. La stratégie du quotidien est donc assurée par un bail particulièrement bien ficelé et par la bienveillance des décisions judiciaires au profit des foncières.

Cependant, lors du renouvellement, le sujet est tout autre. Dans le passé, ces foncières n'ont pas été capables de convaincre les juridictions, et même les experts. Les foncières ont conservé un goût amer de la jurisprudence du 10 mars 1993 dite « Théâtre Saint Georges » sur le loyer binaire. Dans la mesure où elles n'ont pas été entendues, elles ont essayé de cantonner le rôle des magistrats et des experts, qui sont leurs yeux et leurs oreilles.

1. Les limites de l'intervention de l'expert quant au domaine

Afin de cantonner l'intervention de l'expert, les foncières ont eu recours à une formule simple, mais qui résonne bien. En effet, parfois, le simple scandement des mois permet d'obtenir une adhésion de tous, ce que les publicitaires connaissent bien. Ainsi, à l'occasion d'une procédure, il y a bientôt vingt ans, la Cour d'appel de Rennes a retenu l'expression : unité autonome de marché. Cette expression permet de déterminer les références auxquelles il convient de s'attacher, à savoir : le centre commercial, rien que le centre commercial, puisqu'il s'agit d'un marché pouvant être qualifié de marché fermé.

Cette expression, qui tout autant sonne bien (chaque fois 3 pieds par syllabe), nécessite de nombreuses réserves car si la notion d'unité

ne présente pas d'observation, comme celle d'autonome d'aileurs, il n'en est pas de même quant à la notion de « marché ». En effet, le marché est la rencontre d'offres et de demandes.

En présence de demandes plurielles, celles des locataires, l'offre est unique, celle du propriétaire. Cette offre est donc monopolistique et le demandeur doit s'y résoudre ; à défaut, il ne peut accéder au centre commercial. C'est donc un marché exclusif défini par la foncière. Ce marché peut être comparé au circuit fermé que connaissent les républiques soviétiques, c'est-à-dire un marché artificiel dont l'avenir était connu d'avance. Aussi, l'expert se doit d'envisager sa mission uniquement au regard d'un marché préétabli par la foncière. Le sort est en jeté, les cartes sont connues d'avance.

Toutefois, pour être exhaustif, il faut noter une part de liberté pour l'expert : si l'activité et la surface pour le local devant faire l'objet de l'expertise ne trouvent pas de situation comparable dans le centre, il a la possibilité de trouver des points similaires sur d'autres centres. Après tout, ce cantonnement demeure assez logique, malgré les réserves émises sur la notion de marché qui est purement artificielle.

2. Les limites de l'expert quant à sa mission
Les foncières ont pris soin, lors de la prise à bail, d'écartier ce qui pouvait être gênant lors du renouvellement. Ainsi, la clause de renouvellement prévoit le plus souvent : « En cas de renouvellement du bail, celui-ci interviendra pour une durée de dix années et ce, de convention expresse entre les parties par dérogation aux dispositions de l'article L. 145-12 du Code de commerce. »

Il en sera de même pour les renouvellements successifs.
Il est stipulé qu'en cas de renouvellement éventuel dans les termes et conditions découlant des présentes, le loyer de base du bail renouvelé sera fixé à la plus forte des deux valeurs suivantes :
- la valeur locative de marché, telle que définie ci-après ;
- le montant du loyer initial visé à l'article 4.1 du Titre I actualisé et indexé dans les conditions du bail ».

Toutes les autres clauses et conditions du bail

en ce y compris le loyer variable additionnel, seront maintenues et appliquées dans le cadre du bail renouvelé.

Il en sera de même pour les renouvellements successifs.

Les parties reconnaissent que les dispositions de l'article L. 145-34 du Code de commerce ne trouvent pas à s'appliquer et en tout état de cause y renoncent expressément.

La méthode de détermination du loyer de renouvellement est pour le bailleur un élément essentiel du bail, qui participe de l'économie générale du bail.

Détermination de la valeur locative de marché :

Les parties décident d'organiser librement entre elles la détermination de la valeur locative de marché en application des dispositions de l'article 1103 du Code civil et entendent se soumettre aux dispositions expresses suivantes :

- La valeur locative sera déterminée par référence aux prix pratiqués, pour les autres locaux du centre, lequel constitue un marché autonome de références de valeurs locatives et ce, de préférence en référence à des surfaces équivalentes à celle du local, et dans le même secteur d'activité sauf à les corriger si des références venaient à manquer, par des références dans d'autres surfaces et/ou secteurs ;
- La valeur locative de marché sera, dans tous les cas, déterminée en prenant pour éléments de référence exclusivement les loyers de l'ensemble immobilier, c'est-à-dire les prix librement débattus entre bailleur et locataire, soit lors de la prise à bail des nouveaux locaux, soit à l'occasion de modifications locatives, soit encore à l'occasion de renouvellements amiables de baux ;

- Les loyers en capital constitués des droits d'entrée et des prix de cession de droit au bail devront être, en sus, pris en compte pour la détermination de la valeur locative.

Lesdits loyers périodiques augmentés des loyers en capital seront ceux consentis contractuellement, au titre des trois années précédant la date d'effet du renouvellement du bail, outre ceux de l'année en cours.

Il est expressément convenu entre les parties que :

Suite page 18

Il faut sauver l'expertise en centre commercial

Suite de la page 17

- Les prix unitaires des locaux seront retenus pour leur surface contractuelle, sans qu'aucune pondération ne soit effectuée, sauf pour les mezzanines affectées à usage de réserve ;

- aucun abatement ne sera appliqué à la valeur locative de marché pour fixer le loyer de base du bail renouvelé notamment lié à l'existence d'un loyer variable additionnel.

La détermination de cette valeur s'imposera à tout arbitre et/ou à toute instance judiciaire et/ou à tout expert devant rendre un avis sur le loyer de base du bail renouvelé et/ou sur l'indemnité d'occupation et ce, de convention expresse entre les parties».

Cette lecture est édifiante !

Enfinement, le bailleur demande des renonciations des articles du Code civil, du Code de commerce et des jurisprudences qui peuvent être qualifiées de traditionnelles. Certains cabinets bien évidemment s'opposent à ce type de clause. Jehan-Denis Barbier a toujours considéré que la notion de loyer de marché était une hérésie, tant d'un point de vue juridique, que d'un point de vue économique.

Ces clauses continuent à être signées, mais il est certain que, lors du renouvellement, l'expert désigné se trouve cantonné à enregistrer les valeurs et les opérations effectuées par le bailleur. Lors de la mise en place de ce dispositif certains experts ont refusé de cautionner ce type de clause. Il est pour le moins choquant que l'une des parties dicte au tribunal la méthodologie pour fixer le renouvellement du bail alors que le législateur a pris le soin de définir la méthode, notamment par les articles L. 145-33 et suivants du Code de commerce.

3. Les limites de l'expert quant aux productions

Les foncières ont une nouvelle fois manœuvré intelligemment à l'égard de ces professionnels de l'immobilier. Tout d'abord en proposant, en termes de production des valeurs de référence pour le renouvellement, une simple liste. Cette liste était un simple feuillet, signé par le directeur juridique, lequel indiquait : l'activité, la surface, l'emplacement et le loyer.

De la même manière, «la référence à deux établissements de restauration, sans production de documents probants à l'appui de données chiffrées ; la simple production d'une planquette et d'un plan du centre ne peut constituer un élément de comparaison utile sur lequel une demande de fixation du loyer sera fondée» (Jugement Tgi de Meaux 30/11/2017).

Ces méthodologies ont donc très vite été contestées et des décisions ont considéré que ce mode de communication ne pouvait être jugé suffisant.

Une deuxième étape a consisté à ce que l'expert se déplace au siège social du bailleur pour consulter les baux. Des situations abracadabrantes ont pu être relevées :

- l'expert se devait de remplir sa mission, non pas dans un bureau mis à sa disposition dans les locaux de la foncière, mais dans une buvette réservée à la pause-café,

- l'expert et l'avocat du preneur se devaient de signer, au préalable à toute communication, une lettre de confidentialité au regard des éléments produits.

Une troisième étape consistait par la mise en place d'une «data room». L'expert n'a plus à se déplacer mais il reçoit les données sur CD-Rom dont le contenu est bien évidemment réduit à la bonne volonté du bailleur. Le locataire et son avocat n'avaient pas accès à toutes ces informations. Ils découvriraient simplement, lors d'une «réunion d'étape», ce que l'expert a bien voulu retenir pour fixer la valeur locative.

Tout aussi cocasse, la situation où l'expert n'a pas accès aux baux, et plus généralement aux valeurs locatives, antérieurement à la réunion en son cabinet. Ainsi, il se doit d'analyser les loyers, les franchises de loyers, les travaux financés par le bailleur, et plus généralement toutes les modalités d'accompagnement effectuées par la foncière, séance tenante !

Comment est-il possible d'analyser serinement et de fixer une valeur locative, un droit au bail, ou même une indemnité d'éviction, en présence des avocats de chacune des parties et un représentant de la foncière, et le locataire lui-même ? En fait, l'expert aura, peu ou prou, dix minutes par dossier pour effectuer une telle analyse, sachant qu'au terme de la réunion, aucune copie ne lui sera remise ; le bailleur reprenant ses dossiers.

De tels comportements de la part des foncières paraissent plutôt dédaigneux à l'égard de ces grands professionnels. Finalement, la volonté des foncières est simplement de les transformer en des courtisans.

Heureusement, certains experts s'opposent à ce type de comportement (Tgi d'Evry 15/02/2019) : «Elle (la foncière) lui (Expert) fait grief d'avoir pris parti en sa défaveur et d'avoir déposé un rapport en l'état suite au litige qui s'est élevé lorsqu'elle a refusé de lui communiquer des documents qui lui semblaient inutiles, que celui-ci a refusé de limiter son examen des baux de référence à une consultation à son siège social et qu'un incident s'est produit entre l'expert venu faire des constatations seul sur place et les services de sécurité du magasin.»

«...»

«L'expert sollicitant la communication de ces baux, celle-ci (la foncière) a proposé de les consulter à son siège social, ce qu'il (l'expert) a estimé insuffisant ; saisi de la difficulté, le juge du contrôle des expertises, par courrier du 2 juin 2016, a rappelé qu'il appartenait à la demanderesse de fournir tous les éléments de preuve au soutien de ses prétentions, qu'il convenait de tirer toute conséquence de son refus de communiquer les éléments réclamés et à inviter l'expert à déposer son rapport en l'état (et non un pré-rapport en l'état comme elle le prétend), en donnant une estimation de la valeur du bail si les éléments en sa possession le permettaient».

Les récentes décisions sont toutes en faveur d'une transparence en matière de communication.

Parfois, les foncières, pour s'exonérer de la production des baux, entendent faire valoir le secret des affaires, ce que les magistrats refusent. Une décision rendue par le Tribunal de grande instance de Toulouse le 5 juillet 2019 rappelle : «La bailleuse ne peut valablement opposer le secret de ses relations avec les autres locataires pour s'opposer à la communication des baux de comparaison, cette opposition équivalant à priver l'expert d'éléments essentiels à la fixation du loyer de renouvellement.

Il est donc primordial, que dans le cadre d'un procès équitable, l'expert ait de façon exhaustive connaissance des informations détenues par la bailleuse.

Cette connaissance ne peut résulter de l'établissement par la bailleuse elle-même, d'un tableau synthétique ne comportant que quelques données qui ne permettent pas d'avoir une vision intégrale de l'économie des baux de comparaison.

Il en est de même de la proposition formulée par la bailleuse d'une consultation dans ses locaux et sans prise de copie des baux de comparaison, compte tenu du volume d'informations qu'ils contiennent.

Dès lors, seule la production de la copie des baux sollicités par l'expert, qui devra les annexer à son rapport comme toute pièce communiquée par les parties, est à même d'assurer l'équité du procès.»

La toute dernière loi de 2018 portant sur le secret des affaires ne concerne pas le bail commercial, lequel est nécessairement repris dans le cadre des actifs apparaissant au bilan des entreprises, que ce soit pour les locataires, que ce soit pour les foncières. Le libre arbitre de l'expert doit pouvoir s'opérer. Il en va du principe même de la preuve, mais tout autant de la loyauté des débats.

Les foncières n'ont jamais aimé qu'un tiers puisse interférer dans la relation bailleur/locataire. Il en est pour preuve que, lors de la mise en place des dispositions en matière d'arbitrage, les foncières avaient voulu écarter la présence des experts dans les collèges d'arbitrage. Ce n'est grâce qu'au déterminisme des fédérations de commerce et de leurs conseils qu'il a été imposé la présence et la présidence des experts dans le cadre des arbitrages.

Il paraît donc indispensable de veiller au comportement de chacun afin de maintenir le contradictoire, principe indiscutable à tout procès.

■