

# Réflexions sur l'obsolescence de la notion d'«unité autonome de marché», l'arbitrage et les définitions nouvelles

LIBRES PROPOS

François ROBINE

Président de la Compagnie parisienne  
des experts en estimations de fonds de commerce  
et de valeurs locatives

Les centres commerciaux français ont été une fantastique aventure commencée il y a 40 ans, sur un schéma type comprenant un magasin locomotive (ou plusieurs), avec forte activité alimentaire, puis des boutiques groupées dans un mail, le tout entouré de parkings.

Ces centres commerciaux étaient en 2004 de l'ordre de 600 et comprennent environ 13.000.000 m<sup>2</sup> ; la plupart ont été créés entre 1970 et 1995. Depuis cette date, il a été construit à peine plus de 150.000 m<sup>2</sup>.

Ce ralentissement montre la maturité du système.

D'aventureuse, l'ouverture de magasins en centres commerciaux est devenue prévisible, rationnelle, banale.

Pendant la formidable croissance du parc, les commerçants du mail étaient pour la plupart des commerçants locaux, particulièrement dynamiques et sélectionnés par les gestionnaires pour leur qualité de développeurs.

Ces gestionnaires pariaient sur des individus pour une aventure commune qui les faisait partenaires.

Ces commerçants sont entrés sans payer de pas-de-porte et la plupart du temps, le succès est venu, permettant à certains de céder en empochant un confortable prix de cession.

Pour d'autres commerçants, la création d'un fonds dans un centre fut un tel succès qu'elle les a conduits à des créations dans de nombreux centres. Certains ont ainsi créé des chaînes avec dix, trente, cinquante points de vente en centres commerciaux et pour quelques-uns, bien davantage.

Ceux-là d'aventuriers d'origine sont devenus des institutions, parfois cotées en Bourse.

Ce succès a été possible pour une multitude de raisons, mais dont l'une tient à ce que le loyer d'origine s'est vite avéré assez facile à supporter dans le compte de résultat tant le succès était grand.

Mais à l'origine, les centres commerciaux, même s'ils avaient une architecture et une conception assez semblables au Nord et au Sud de la France, en Est comme en Ouest, avaient encore chacun une âme spécifique du fait de l'importance de ces commerçants indépendants locaux. Certains étaient des figures.

Lors des premiers renouvellements, les déplaçonnements de loyers se faisaient à la hausse parce que

tous les acteurs du marché partageaient le succès sans rechigner.

La crainte principale des gestionnaires bailleurs était à l'époque que le prix des loyers en centre commercial soit comparé à celui du centre-ville voisin réputé moins élevé.

C'est pourquoi a été imaginée par des juristes économistes, la pertinente notion d'« unité autonome de marché ».

## I. L'UNITÉ AUTONOME DE MARCHÉ

L'unité autonome de marché était fondée sur l'idée que toute comparaison entre un centre commercial et le centre-ville devait être rejetée. À l'époque c'était vrai, car il n'y avait pas de comparaison possible entre le chiffre d'affaires (CA) et le loyer d'un commerçant en centre-ville et celui réalisé en centre commercial. Tout était différent, souvent dans une proportion de 1 à 3, voire bien plus. Le rejet était donc justifié.

– L'idée que la comparaison entre deux centres commerciaux n'était pas pertinente au motif que les merchandising étaient différents, les CA/m<sup>2</sup> également et, en un mot, que les centres commerciaux étaient encore hétérogènes.

Mais au deuxième renouvellement de bail, soit après 18 ans ou 24 ans, la situation avait changé :

– les aventuriers d'origine étaient devenus des managers ou avaient vendu avec un grand sourire ;

– les gestionnaires avaient mesuré les performances des divers centres, et, petit à petit, ont recherché et privilégié les enseignes nationales qui offrent notoriété, gamme variée, services, création, etc. Le résultat premier est que les centres commerciaux fonctionnent aujourd'hui avec 3 ou 4 gestionnaires seulement, environ 50 chaînes (Pimkie, Promod, Etam, Yves Rocher, Brioche Dorée, etc.) et se ressemblent tous. Bien malin celui qui, à partir d'une photo d'un mail, peut dire de quel centre il s'agit.

Mais le résultat second est que les quelques gestionnaires renouvellent avec leurs marques locataires, en même temps, des loyers à Marseille, Nantes, Besançon, etc...

La concentration s'est faite partout et les discussions sur le renouvellement du bail se font quasi

entre égaux, donc sans trop de difficultés et à l'amiable.

Assez singulièrement dans ces discussions, les parties parlent : loyers, CA, désordre, charges, parkings, etc., mais très rarement déplafonnement ou pourcentage sur variable ou valeur locative, sauf pour admettre implicitement qu'elle est toujours supérieure au loyer payé ou à payer.

Mais de temps en temps, il y a des blocages, un vrai conflit et le dossier est soumis à l'appréciation du Tribunal qui nomme un expert.

Que fait ce dernier ? Il utilise avec diligence la notion d'« unité autonome de marché » et demande donc au gestionnaire les références les plus récentes de négociation, baux nouveaux, baux renouvelés, loyers décapitalisés normativement base 10, et à partir de trois, cinq, sept références, il donne son avis.

Tout cela se passe comme en matière d'expropriation où le commissaire du gouvernement dispose de toutes les informations mais sélectionne les références immobilières, donne son évaluation et laisse au juge le soin de trancher sur la base d'informations, finalement très unilatérales. Cette attitude a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme en divers arrêts de 2004 et 2005. Ici, c'est le gestionnaire (parfois bailleur) qui fournit pratiquement les informations et réclame un prix en conséquence.

Qu'il ait les informations est normal. Qu'il les sélectionne l'est moins ; qu'il ait conservé les informations pour lui jusqu'au procès ne l'est plus guère.

Première observation : l'information doit être produite sans rétention.

Mais quel rôle fait-on jouer à l'expert ? Celui d'établir une espèce de valeur locative pondérée à partir de cinq ou sept références en fonction de la destination de la situation géographique, etc.

Un échantillon si réduit ne permet pas une étude et une proposition apportant une vraie valeur ajoutée. C'est un rôle de complice extérieur.

Que proposer d'autres ? Comparer les centres commerciaux entre eux.

Constatant que les centres commerciaux sont finalement tous assez semblables, de conception, de composition et génèrent des CA/m<sup>2</sup> assez comparables et le plus souvent connus, il peut suffire de répartir ces centres, en centres régionaux de plus de 40.000 m<sup>2</sup>, en grands centres commerciaux, ceux de plus de 20.000 m<sup>2</sup> et 40 boutiques, etc. en respectant la typologie du Centre National des Centres Commerciaux (CNCC). Alors une comparaison raisonnée des centres est possible.

Et à partir de cette typologie, on peut examiner ceux qui ont une zone de chalandise comparable,

un CA/m<sup>2</sup> voisin, des enseignes et un positionnement voisin.

Alors la comparaison entre centres commerciaux est fiable.

Dans les négociations actuelles, chacun procède ainsi. Au MAPIC, chaînes et gestionnaires négocient sur les stands cinq ou sept baux en même temps répartis sur toute la France. Alors pourquoi la comparaison serait-elle exclue judiciairement ? Il n'y a pas de raison.

Chacun y gagnerait :

- l'échantillon serait plus vaste, plus fiable,
- les gestionnaires seraient en concurrence, ce qu'ils ne peuvent rejeter alors qu'ils prônent la concurrence et la complémentarité dans les centres,
- il y aurait plus de transparence.
- l'expert et le juge apporteraient une vraie valeur ajoutée.

Conserver le pouvoir de l'information, c'est conserver le pouvoir sur l'expert tout en lui laissant un rôle subalterne.

Donc ne conservons pas d'information et que l'expert travaille, mais complètement.

Tout le permet depuis l'obsolescence vécue même si non prononcée de la notion d'unité autonome de marché. Espérons même qu'un juge constatant le coma dépassé signera l'acte de décès. Un grand pas sera alors franchi.

## II. EXTENSION À L'ARBITRAGE

L'idée de l'arbitrage recueille pratiquement tous les suffrages pour des raisons de rapidité et d'efficacité puisqu'il faut bien constater que dans 80 % des cas, le juge entérine plus ou moins l'avis de l'expert mais après parfois plus d'un an et demi ou deux ans de procédure. Arriver à la même conclusion en six mois, en désignant cette fois l'expert en tant qu'arbitre, est donc un gain incontestable.

Là se pose alors la question de savoir qui peut être arbitre.

Si ce n'est pas un expert sur une liste d'expert près d'une cour d'appel qui est désigné, le gain serait-il le même ? Pas nécessairement.

En effet, l'arbitre est un juge qui doit absolument respecter toutes les règles du procès dont essentiellement le contradictoire. Or, qui a le plus l'habitude du contradictoire que l'expert judiciaire qui y vit en permanence ?

Ne pas respecter ces règles du procès conduit à la nullité de la sentence et engage la responsabilité. Qui d'autre ira se former à ce contradictoire pour un nombre de missions assez réduit ? Car la généralisation projetée de l'arbitrage n'augmen-

tera pas le nombre de conflits. Même généralisées dans les baux, les clauses compromissaires resteront le plus souvent des clauses de style. En effet, les vrais conflits ne sont pas si nombreux qu'il y ait lieu de former une génération d'arbitres nouvelle.

L'arbitre peut-il être une personne morale ? Cela paraît inopportun pour des raisons de responsabilité, de subdélégation, de conflit d'intérêt, de personnel très nomade dans certaines structures, etc. Comment imaginer telle agence de commercialisation devenir arbitre là où elle a travaillé récemment ou pour des mêmes mandants ou faisant travailler tel collaborateur certes excellent mais ayant travaillé antérieurement pour tel ou tel.

Le nombre d'intervenants étant très réduit (CBRE, La Salle, Cushman...), le blocage serait très rapide car l'arbitre doit être :

- compétent (ce que beaucoup de gens sont),
- indépendant (ce que tout le monde ne peut pas être),
- formé au conflit et à la rédaction du jugement (ce qui nécessite formation économique, juridique, judiciaire et pratique constante).

Le cumul des trois critères crée la rareté et renvoie aux experts judiciaires.

Aujourd'hui, les parties vont devant le juge judiciaire pour les trois raisons ci-dessus mais elles ne choisissent pas leur juge,

Est-il bon dans l'arbitrage de choisir son juge, son arbitre ?

Les tenants de l'affirmatif disent qu'ils choisissent ainsi des gens compétents. Sûrement. Mais d'autres arrière-pensées peuvent naître qui remplacent compétences par appétence et connivence (il est bien connu que celui qui est compétent est celui qui épouse son propre avis...).

Alors le pire peut survenir et condamnerait l'arbitrage irrémédiablement.

Quand on ne connaît pas son juge, on n'a pas de tentation et c'est bien ainsi.

Il y a donc lieu de sélectionner un corps d'arbitres experts et de créer une institution dont le représentant par délégation désignera le ou les arbitres adaptés au conflit soulevé.

Un ou des arbitres ?

S'il est unique, il doit être spécialiste du procès, donc en pratique expert judiciaire.

S'il y a collégialité, le président peut être un expert judiciaire et les coarbitres désignés par chacune des parties ou leurs représentants : coarbitre collègue bailleur, coarbitre collègue locataire. Pourquoi pas ?

Mais l'arbitre unique est-il plus opportun que le collègue arbitral ?

Par expérience, on sait que fixer un loyer est à la portée d'un juge unique.

Par contre, résilier un bail, ou fixer une indemnité d'éviction, fait trembler la main d'un juge non professionnel. Écrire le mot « condamne à... » n'est pas à la portée de tous bons tempéraments. C'est pourquoi la collégialité a une supériorité incontestable sur les questions cruciales.

Il reste encore deux questions actuelles mais « polluantes » :

- d'abord la liberté de l'arbitre. Vue à ce stade, elle est totale et parfaite. Mais en même temps que chacun s'exprime sur l'arbitrage, on voit apparaître dans les baux des clauses compromissaires et des définitions nouvelles de valeurs locatives, des limites diverses au choix des éléments de comparaison, une obligation à la décapitalisation impérativement sur une base 10, etc.

Que peut faire un arbitre en face de telles directives, éléments incontournables de sa mission, sinon les respecter ? Il les appliquera donc, mais sans doute à contrecœur quand il verra sa contrainte supérieure à sa liberté. Alors il ira au bout de sa mission et n'en acceptera plus une autre. Un arbitre honteux n'est guère charismatique et dira peu de bien de l'arbitrage. Continuer ainsi tuera l'arbitrage.

- Est-il dès lors bien utile d'insérer ces clauses ?

À notre sens, si ces définitions ou contraintes naissantes sont insérées dans les baux, l'arbitre doit les appliquer.

Si elles ne sont pas mentionnées, l'arbitre recouvre toute sa liberté, égale à celle du juge à ce jour.

### III. LES DÉFINITIONS NOUVELLES

Il nous paraît singulier, voire irritant, que les deux phénomènes - arbitrage et définition de la valeur locative et réglementation du mode opératoire des références - surgissent en même temps.

Comment un bail peut-il limiter valablement la durée de validité des termes de comparaison, les limiter à un centre commercial, obliger à décapitaliser et s'en remettre à une liberté finalement fictive de l'arbitre puisque en réalité sa conduite a été bridée en amont ?

Imagine-t-on par exemple qu'AXA ou AGF décident d'écrire dans leurs baux et dans leurs clauses compromissaires que seules les références de leurs propres immeubles seraient pertinentes ? Il faudrait bien accepter et le système se bloquerait. C'est pourquoi le système grippe d'ores et déjà sur ces clauses d'arbitrage. Qui trop embrasse, mal étirent.

Un préalable est donc de réputer nul ce qui limite l'arbitre par des définitions plus restrictives de la valeur locative que celles communément admises.

Dans la Charte de l'expertise à laquelle la plupart des intervenants experts adhèrent, il est écrit que « la valeur locative de marché intègre éventuellement l'incidence de toute somme ou versement en capital, ... ».

Retirer le « éventuellement » dans la définition change tout le sens et constitue une dénaturation perfide.

Un juge professionnel ne se laisserait pas faire mais un arbitre tremblerait à prendre une position de principe hostile. Il faut donc apaiser le tout.

Faisons ensemble que l'arbitre soit égal au juge. N'enfermons ni l'un ni l'autre. À défaut, l'arbitrage serait une parodie de justice et l'évaluation serait réduite à un petit calcul primaire désolant.

La question de l'arbitrage doit être traitée concomitamment à celles des tentatives de toilettage des

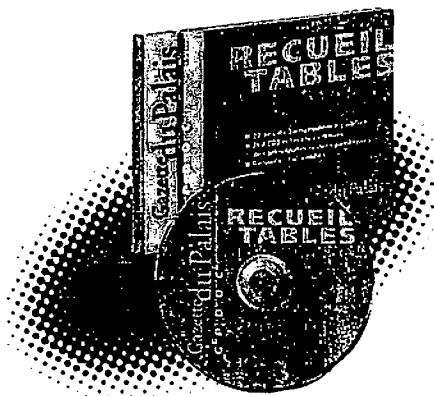
baux. Elles constituent un tout qui doit être homogène.

### CONCLUSION

Au travail. Les experts judiciaires peuvent être là pour travailler à un nouveau mode opératoire en apportant expérience et compétence à l'arbitrage. Ils veulent bien travailler mais pour servir librement et sans réticence les deux parties mais sans préférence.

**NDA : La Compagnie nationale des experts judiciaires en immobilier a décidé en son assemblée générale du 25 novembre 2005 de constituer une section particulière « Arbitrage et Médiation » destinée aux centres commerciaux et centre ville.**

## L'information



**instantanément**

- 2 versions par an
  - mise à jour bimestrielle via internet
- [www.gazette-du-palais.com](http://www.gazette-du-palais.com)

**actualisée**

➤ 150 numéros par an

**500 €\***  
par an

**Gazette du Palais**

3, BOULEVARD DU PALAIS 75180 PARIS CEDEX 04

- je souhaite souscrire à l'abonnement Multimédia : **CD-Rom Recueil-Tables + Journal**  
au prix de 500 € TTC\* [Tarifs 2005, sous réserve du paiement du droit d'entrée]
- je suis déjà abonné à la Gazette du Palais et je souhaite être contacté afin d'adapter ma formule d'abonnement

Nom \_\_\_\_\_ Prénom \_\_\_\_\_  
Fonction \_\_\_\_\_ Raison Sociale \_\_\_\_\_  
Adresse \_\_\_\_\_ Code Postal \_\_\_\_\_ Ville \_\_\_\_\_  
Tél. \_\_\_\_\_ Fax \_\_\_\_\_ E-mail \_\_\_\_\_

RENSEIGNEMENTS > TÉL : 01 44 32 01 58 / 59 / 60 ou 66 > FAX : 01 44 32 01 61 > E-mail : [diffusion@gazette-du-palais.com](mailto:diffusion@gazette-du-palais.com)