



Notre ami, **Gérard Leroux**, membre associé, vient d'être élevé au rang de **Chevalier de la Légion d'honneur** lors de la promotion de Pâques, par le ministre de l'emploi, M. Jean-Louis Borloo.

Sommaire

Expertise	
Arbitrage et médiation	1
Juridique	
La réforme du droit des sûretés ..	5
Technique	
Diagnosics techniques :	
bientôt le dossier unique	6
Traduction des normes	7
Association	
Section Grand Sud-Ouest	6
Qui sommes-nous ?	7
Section Méditerranée	7
Section	
Rhône-Alpes-Bourgogne	8

Dans les prochains jours, la nouvelle Charte de l'expertise en évaluation immobilière verra le jour. Cette 3^{ème} édition concrétise un travail de haute qualité et de référence pour chacun. L'IFEI s'y est montré à la fois moteur et fédérateur. J'en profite pour remercier tous ceux qui y ont participé.

D'autre part, l'arbitrage et la médiation ouvrent des perspectives intéressantes pour certains d'entre nous, spécialistes de l'immobilier commercial. De même que la réforme du droit des sûretés, qui renforce le rôle de l'expert, notamment pour le prêt viager hypothécaire.

Le rayonnement international de l'IFEI est dopé par l'élection de Jean-Claude Aznavour à la présidence de TEGOVA France. À l'échelle de l'hexagone, nos sections régionales sont dynamiques et organisent de nombreuses réunions de formation. Continuons ensemble sur cette belle lancée.

Hervé Demanche, Président de l'IFEI

EXPERTISE • Arbitrage et médiation

Ou les enjeux de la clause d'arbitrage dans le bail commercial.

Le colloque organisé par la CNEJI⁽¹⁾ et la Compagnie des experts en estimations de fonds de commerce – Indemnités d'éviction – Loyers commerciaux près la Cour d'appel de Paris, s'est tenu à Paris le 24 mars 2006 sur le thème : *L'indispensable recours aux experts.*

Parmi les sujets abordés, celui du rôle des experts dans l'arbitrage et la médiation a donné lieu à une riche réflexion, concernant notamment la clause compromissoire d'arbitrage inscrite dans les nouveaux baux commerciaux d'un des principaux bailleurs de centres commerciaux.

(1) Compagnie Nationale des Experts Judiciaires en Estimations Immobilières, Loyers, Fonds de Commerce et Copropriété.

En préambule, rappelons brièvement la définition et les principes de l'arbitrage et de la médiation.

L'arbitrage

L'arbitrage consiste à soumettre, par voie contractuelle, un litige né ou à naître entre une ou plusieurs personnes physiques ou morales à la juridiction d'un tiers, indépendant et impartial, à charge pour ce dernier de trancher ledit litige.

Les parties peuvent y avoir recours :

- soit par une clause dite compromissoire inscrite au bail,
- soit par un compromis d'arbitrage lors du litige,

qui détaillent très précisément les modalités de désignation des arbitres, les limites de leur intervention, les délais... sans qu'il soit possible d'y déroger.

.../... (suite p.2)

.../... (suite de l'article p.1)

L'arbitrage peut être organisé spontanément (arbitrage ad hoc) ou par une institution dont la Chambre arbitrale de Paris. Les arbitres sont tenus par la clause (ou compromis) d'arbitrage et par le bail. La décision dite *sentence* n'offre pas de possibilité d'appel (sauf convention expresse) et a valeur de jugement.

L'arbitrage offre, par rapport au procès judiciaire, trois principaux avantages :

- la rapidité (la décision arbitrale doit être rendue en principe dans un délai de 6 mois, sous peine de nullité),
- la confidentialité (la sentence n'est pas publiée sauf décision contraire des parties),
- un coût financier plus faible.

La médiation

La médiation se distingue de l'arbitrage en ce qu'elle a pour objet de parvenir à un accord amiable entre les parties, grâce à l'intervention d'un tiers, et non de trancher leur litige par une sentence qui s'impose à elles.

La médiation peut être :

- *conventionnelle*, par l'intermédiaire d'un tiers qui doit aider les parties à rechercher, dans la loyauté et le souci du respect de leurs intérêts, une solution de conciliation au litige qui les sépare ;
- ou bien *judiciaire*. La médiation est alors mise en œuvre à l'initiative du juge⁽²⁾ ou sur demande d'une partie.

Le juge ne peut procéder à la désignation d'un médiateur qu'après avoir obtenu l'accord de toutes les parties. Il ne peut en aucun cas leur imposer cette mesure.

Malgré leurs atouts, l'arbitrage et la médiation sont des moyens de règlement des litiges peu employés en matière commerciale (fixation du loyer en renouvellement, indemnité d'éviction, indemnité d'occupation).

Le Tribunal de grande instance de Paris homologue en matière commerciale seulement une demi-douzaine d'accords chaque année⁽³⁾ résultant de la médiation.

(2) La médiation Judiciaire peut être décidée par : le juge du fond, le juge des référés, le juge de la mise en état;

(3) Dixit. Madame Marianne Lassner, vice-Président du TGI Paris - 18ème Chambre - 2ème section.

La défiance à l'égard de l'arbitre qui n'est pas un juge et la difficulté pour les parties à admettre une sentence dressée par un ou des arbitres qu'elles n'ont pas elles-mêmes désignés, et notamment lorsque la sentence s'avère défavorable, freinent le recours à l'arbitrage.

Néanmoins, dans un marché immobilier marqué par une financiarisation croissante où rapidité et rendements financiers sont devenus les maîtres mots, la médiation et l'arbitrage constituent une alternative à la lenteur de la justice et un moyen de sécuriser des investissements notamment dans le cadre d'opérations de restructuration de centres commerciaux entravées par des procédures d'éviction de commerçants.

Le CNCC (Conseil National des Centres Commerciaux), à l'occasion de la dernière mise à jour de sa charte (élaborée de manière paritaire entre bailleurs et locataires), a recommandé à ses adhérents de favoriser le recours à la médiation et l'arbitrage pour régler les litiges éventuels en matière commerciale.

1. Arbitrage et médiation : les nouveaux outils dans la gestion locative des centres commerciaux

Suite aux préconisations du CNCC, l'un des principaux propriétaires bailleurs de centres commerciaux français a pris l'initiative d'insérer en janvier 2005 dans ses nouveaux contrats de bail, une clause compromissoire d'arbitrage pour régler trois causes de litiges : le loyer de base de renouvellement, l'indemnité d'éviction et l'indemnité d'occupation.

Les conditions stipulées aux nouveaux contrats ont ainsi évolué.

- Les parties conviendraient expressément que tout litige relatif à la fixation du loyer de base en renouvellement et aux indemnités d'éviction et d'occupation serait tranché par voie arbitrale.

Le recours préalable à la médiation serait proposé.

La procédure d'arbitrage n'affecterait pas la faculté pour le bailleur d'exercer son droit de repentir et pour les parties de former appel de la sentence arbitrale.

- La sentence arbitrale serait dressée par un collège arbitral, constitué nécessairement de spécialistes dans l'estimation immobilière commerciale, désignés parmi :

- les experts judiciaires en estimations immobilières et inscrits près la Cour d'appel,
- les fédérations ou organismes professionnels, spécialisés dans le développement du commerce auxquels l'une des parties adhérerait (PROCOS, CNCC, etc.),
- les instances arbitrales reconnues compétentes en estimations immobilières commerciales.

- Le ou les arbitres seraient tenus de rendre leur sentence sur la base des seuls éléments mentionnés au bail et notamment selon la clause de fixation du loyer de base du bail renouvelé.

Ce loyer de base de renouvellement serait fixé :

- à la **valeur locative dite de marché** tenant compte des seules références locatives de locaux situés dans le même centre commercial, de préférence dans le même secteur d'activité, consenties contractuellement au cours des trois années précédant la date d'effet du renouvellement du bail ;
- et complétée des droits d'entrée et des prix de cession de droit au bail payés, décapitalisés suivant un coefficient prédéfini.

Dans certains cas, il serait proposé l'insertion dans les baux nouveaux d'une clause compromissoire d'arbitrage limitée seulement à la fixation de l'indemnité d'éviction et de l'indemnité d'occupation dans le cadre unique et très précis de la restructuration du centre commercial.

Dans cette hypothèse également, la procédure d'arbitrage n'affecterait pas la faculté pour le bailleur d'exercer son droit de repentir et pour les parties de former appel de la sentence arbitrale.

Les effets sur les rapports locatifs entre bailleurs et locataires

Nul doute que cette clause compromissoire d'arbitrage retiendra l'attention des propriétaires et gestionnaires de centres commerciaux. En effet, elle constitue un outil supplémentaire permettant d'améliorer la gestion loca-

tive et la performance d'un centre commercial et par voie de conséquence, la valeur du capital.

Le litige n'est plus tranché par le juge (sauf appel) mais par des arbitres professionnels spécialistes du commerce, qui sont tenus par la clause (ou compromis) d'arbitrage et par le bail, ce dernier fixant le loyer en renouvellement au regard de critères fixés par les parties et en pratique, le plus souvent, par le bailleur. Le pouvoir d'appréciation de l'arbitre est donc plus que limité.

Il est probable que les sociétés et foncières cotées en bourse seront les premières à introduire ce type de clause dans leurs baux pour répondre à la pression de leurs actionnaires et à une logique de résultat.

En ce sens déjà, on a vu par le passé, dans le cadre de baux comportant des loyers binaires, que les propriétaires de centres commerciaux avaient été parmi les premiers à instaurer des clauses de fixation du loyer en renouvellement à la valeur locative pour faire échec à la jurisprudence dite du *Théâtre Saint Georges* (Cass 3ème civ 10 mars 1993, Société Théâtre Saint-Georges c. société Compagnie foncière St-Dominique)⁽⁴⁾.

Du point de vue des commerçants, seules les grandes enseignes (et/ou celles présentes dans les fédérations professionnelles) seront réellement en mesure de pouvoir négocier. À défaut, elles pourraient alors s'installer ailleurs en périphérie ou dans des *Retail Park*, leur notoriété étant suffisante pour drainer leur propre clientèle.

Les autres, et notamment les petites chaînes et les indépendants, seront contraints d'accepter ou de disparaître sous la menace d'une procédure en éviction.

Les effets sur la formation des arbitres

Aux termes de la clause compromissoire d'arbitrage, les arbitres seront uniquement des spécialistes dans l'estimation immobilière commerciale.

(4) Cette Jurisprudence considère que la clause recette fait échec à toute possibilité de déplaçonnement du loyer lors du renouvellement du bail (avec donc pour conséquence le plafonnement de la partie fixe du loyer et le maintien du pourcentage de loyer variable), sauf clause particulière.

Cette exigence pose la question de la formation des arbitres et notamment de leur qualification juridique. En effet, l'arbitre n'est pas nécessairement un professionnel du droit.

Or, celui-ci est amené à :

- rédiger des sentences,
- respecter les règles de procédure civile et notamment celle du principe du contradictoire,
- détecter les clauses du bail qui pourraient être annulées ou rendues inapplicables car contraires aux dispositions d'ordre public du décret du 30 septembre 1953.

La formation juridique des arbitres constitue donc un préalable indispensable pour le bon accomplissement de leur mission et la qualité de la sentence.

On comprend d'ailleurs pourquoi, les experts judiciaires en estimations immobilières inscrits près la cour d'appel ont été intégrés à la liste des arbitres possibles.

En ce sens, la Compagnie Nationale des Experts Judiciaires a mis en place suite à l'Assemblée du 24 novembre 2005, des sessions de formation arbitrale et à la médiation pour ses membres.

2. Conséquences en matière d'évaluation

Ainsi, la clause compromissoire d'arbitrage remet en cause des pratiques expertales sacralisées par les tribunaux :

- sur le mode de détermination du loyer de base,
- et sur l'approche de la valeur du droit au bail, élément substantiel de l'indemnité d'éviction due au locataire du fait du non renouvellement du bail.

Détermination du loyer de base en renouvellement

Le loyer de base en renouvellement serait donc fixé au regard de la seule valeur locative dite de marché, et exclurait toute référence :

- à la valeur locative statutaire, que l'on appelle aussi la valeur locative judiciaire (déterminée au regard de l'article L 145. 33 du Code de commerce) dans le cadre de procédure judiciaire de fixation de loyer lors de renouvellement du bail ou en révision, souvent inférieure aux

loyers de transactions faciaux sur le marché tout particulièrement pour des sites de haute commercialité,

- aux transactions locatives portant sur des locaux situés à l'extérieur du centre commercial. Le principe n'est pas contestable s'agissant d'une unité autonome de marché validée par la Jurisprudence. Mais on voit très bien l'intérêt pour le bailleur à ce que seules les références du centre commercial soient prises en compte, c'est-à-dire les siennes puisque le plus souvent, il est propriétaire de l'ensemble du centre commercial.

Par contre, la valeur locative de marché serait déterminée au regard de références constatées, intégrant la décapitalisation des droits d'entrée et des prix de cession de droit au bail payés par les cessionnaires.

Or, pour de nombreux professionnels du Droit et certains Experts, la valeur locative en renouvellement est à déterminer au regard des seules valeurs locatives unitaires qui se dégagent des loyers périodiques, et non celles qui viennent après amortissement des pas-de-porte ou des droits aux baux (acquittés par les locataires au moment de leur entrée dans les lieux).

Agir de façon contraire conduirait à obliger les commerçants (ayant ou non acquitté un pas-de-porte, ou acquis un droit au bail) à reverser indéfiniment celui-ci à chaque renouvellement par l'effet de la prise en compte de l'amortissement des pas-de-porte (ou prix de cession) versés par d'autres commerçants ou par le commerçant lui-même au cours du bail échu.

Ainsi, dans le cadre d'une procédure d'éviction, l'indemnité d'occupation due par le locataire évincé serait substantiellement majorée car déterminée (avant abattement pour précarité), non plus au regard de la valeur locative déplaçonnée ou judiciaire mais au regard de la valeur locative de marché, et viendrait donc réduire le montant de l'indemnité d'éviction due par le bailleur.

On constate à nouveau que cette définition de la valeur locative de marché s'inscrit dans une stratégie de valorisation et d'amélioration de la performance financière du centre commercial.

.../... (suite p.4)

.../... (suite de l'article p.3)

Effet sur le montant de l'indemnité d'éviction due au locataire

Rappelons que suivant les articles L.145-14 et L.145-17 du Code de Commerce (ex. articles 8 et 9 du décret du 30 septembre 1953), le bailleur est tenu, sauf motif grave et légitime, au paiement d'une indemnité d'éviction égale au préjudice causé au preneur par le défaut de renouvellement du bail.

Juridiquement, l'indemnité d'éviction se compose :

- d'une indemnité principale constituée soit d'une indemnité dite de remplacement (lorsqu'il y a disparition pure et simple du fonds), soit d'une indemnité de transfert (lorsque le fonds peut être déplacé).
- et complétée de diverses indemnités accessoires (frais de emploi, trouble commercial, frais de déménagement, etc.).

Dans les deux hypothèses (remplacement ou transfert), l'indemnité principale est selon la Jurisprudence, toujours au moins égale à la valeur du droit au bail incluse dans la valeur du fonds de commerce.

Le droit au bail est constitué de la différence entre la valeur locative de marché (loyer que le bailleur pourrait obtenir dans le cadre d'une première location) et le loyer effectivement acquitté ou qui aurait été acquitté en cas de renouvellement du bail (correspondant à la valeur locative déplaçonnée lorsque le loyer échappe au plafonnement), capitalisée par un coefficient dit d'emplacement déterminé suivant :

- l'intérêt de l'emplacement,
- la qualité du local et des surfaces,
- et de la destination autorisée par le bail.

La logique voudrait dans l'hypothèse d'un déplaçonnement que la valeur du droit au bail soit inexistante.

Toutefois, en matière indemnitaire, la jurisprudence estime qu'il n'en est rien et reconnaît l'existence d'une valeur de droit au bail résultant de la différence entre la valeur locative de marché et la

valeur locative en renouvellement déplaçonnée, qui est la conséquence de l'intervention possible ou effective des tribunaux.

Or, l'insertion d'une clause de fixation du loyer de renouvellement à la seule valeur locative de marché et à laquelle sont tenus les arbitres, conduit à annihiler toute valeur du droit au bail au sens d'une économie de loyer.

Par elle-même, cette clause aboutit à minorer considérablement la valeur de l'indemnité d'éviction due au locataire évincé, dans l'hypothèse où le droit au bail constitue le principal élément d'indemnisation en présence d'un fonds générant :

- un faible C.A,
- et un Excédent brut d'exploitation (EBE) insignifiant ou inexistant.

Le fonds ne recèlerait plus alors au mieux qu'une valeur d'emplacement, appelée également "valeur d'opportunité" ou "ticket d'entrée" correspondant au prix que serait prêt à payer un candidat cessionnaire pour exploiter le local considéré, et complétée des indemnités accessoires.

Toutefois, cette valeur d'emplacement ou d'opportunité n'existe réellement que pour des locaux de qualité et situés dans des centres de haute commercialité dont le montant est difficile à appréhender car fonction de(s) :

- intérêts spécifiques du candidat acquéreur,
- son concept,
- sa stratégie de développement,
- son dynamisme propre,
- de ses capacités financières,
- et de la taille et de la configuration des locaux (surfaces, linéaire de vitrine, configuration...).

La détermination de cette valeur d'opportunité ou de ce ticket d'entrée sera bien souvent :

- forfaitaire, faute d'information,
- ou à appréhender, par la notion de **taux d'effort locatif**, correspondant à la capacité que pourrait avoir un candidat locataire à pouvoir payer un loyer et des charges, suivant son compte d'exploitation prévisionnel.

La valeur qui en résulterait pourrait s'avérer alors plus élevée que la valeur locative de marché et permettrait ainsi de reconstituer un différentiel locatif.

Toutefois cette approche de la valeur d'opportunité par le taux d'effort locatif a deux limites :

- le taux d'effort locatif ne peut résulter que d'une analyse *benchmarking* très précise alors que les informations sont souvent confidentielles (taux de marge suivant l'activité et le positionnement commercial, rendement du CA/m² de vente, etc.) ;
- le taux d'effort locatif n'est pas reconnu par la Jurisprudence actuelle comme étant une méthode d'estimation de la valeur locative (bien que couramment pratiquée dans le monde du commerce) de sorte que dans le cadre d'une procédure en appel, la méthode serait écartée, sauf à ce que les tribunaux évoluent sur ce point.

Ainsi, le plus souvent, l'arbitre fixerait *forfaitairement* cette valeur d'opportunité.

Conclusion

Le recours à l'arbitrage constitue avec la médiation des modes alternatifs de règlement des différends qui semblent bien adaptés au domaine particulier des baux commerciaux car confiés à des professionnels indépendants et spécialisés.

Ce recours a d'ailleurs été encouragé dans le rapport de la commission Pelletier d'avril 2004 remis au Garde des Sceaux relatif *aux propositions de modernisation du régime juridique des baux commerciaux et professionnels*.

Ces modes alternatifs supposent toutefois qu'ils soient exercés par des co-contractants bien informés de leurs droits et obligations et qui négocient les termes du bail et de ses suites en connaissance de cause.

José Martins
Expert immobilier
Membre titulaire de l'IFEI