Unité autonome de marché : juger n'est pas sanctuariser !

Jean-Jacques **Martel**
Docteur en droit, codirecteur du master ICEU et du DU baux commerciaux à l'université de Lille, expert foncier et immobilier, agréé par la Cour de cassation
Annabelle **Leblond**
Master ICEU, expert en estimations immobilières

Si l'unité autonome de marché devait être élevée en « Graal », alors il faudrait permettre à l'expert désigné de disposer de la totalité des informations de ladite unité

Il est toujours bon d'échanger les informations, les jugements et les réflexions concernant des thématiques aussi particulières que celles des baux commerciaux. Cette matière on ne peut plus changeante, pour ne pas dire mouvante, connaît pourtant quelques positions conservatrices relevant d'une comparaison possible avec la ligne Maginot.

Ainsi, il y a plus d'un an, nous échangions avec un confrère sur la question de l'unité autonome de marché et il nous apprenait qu'un président de tribunal de grande instance avait, à l'appui d'un article paru dans la revue Experts (J.-J. Martel, Experts, n° 127, août 2016), obligé un bailleur à communiquer l'intégralité des soixante-douze baux d'un centre commercial et avait étendu les recherches de l'expert de justice désigné à d'autres galeries voisines, remettant en cause le dictat de certains sur l'opportunité de bénéficier d'informations plus étendues que celles qui sont habituellement consenties!

Un an plus tard, notre institution représentative nationale transmettait collectivement l'arrêt de la cour d'appel de Nîmes concernant le jugement du tribunal de grande instance sus-indiqué, avec l'idée *in abstracto* que « la cour a maintenu la position classique de l'unité autonome de marché [...] ».

Aucune polémique entre nous, mais ne nous y trompons pas, la justice a bien raisonné *in concreto* et n'a pas, de notre point de vue, fermé la porte à la réalité d'une situation abracadabrantesque.

En détail, il s'agit d'un arrêt rendu par la cour d'appel de Nîmes le 28 juin 2018 relatif aux modalités d'exécution de la mesure d'expertise ordonnée par le tribunal de grande instance de Nîmes le 7 juin 2017 (Nîmes, 4e ch. com, 28 juin 2018, n° 17/02441).

Dans le cas d'espèce, il s'agit d'une mission en évaluation de la valeur locative d'une boutique implantée dans un centre commercial.

De manière générale, la juridiction s'attache, dans la rédaction de la mission confiée à l'expert, à reprendre les critères de l'article L. 145-33 du code de commerce, et précise parfois, concernant les prix couramment pratiqués dans le voisinage, apporter des indications « notamment pour des commerces similaires ».

Lorsqu'il s'agit d'un local implanté dans un centre commercial, la notion de « prix couramment pratiqué dans

le voisinage » combinée à celle d'unité autonome de marché implique de retenir des locaux situés dans le même centre commercial.

Cette notion est pourtant contestée par une partie de la doctrine (V. deux contributions de notre confrère et spécialiste des baux commerciaux F. Robine, Droit et ville, nov. 2004 n ° 59, I., Colloque sur « Les baux commerciaux et centres commerciaux », Toulouse, 19 nov. 2004; Gaz. Pal. 10 déc. 2005, p. 3, militant pour la limitation et l'obsolescence de l'unité autonome de marché. Il était à l'époque le président de la Compagnie parisienne des experts en estimations de fonds de commerce et de valeurs locatives) et confortée par quelques errements avant-gardistes de la jurisprudence (V. not. Montpellier, 3 nov. 2009, n° 08/08270, qui a entrouvert la porte et approuve fort logiquement qu'en l'espèce un local exclusivement limité à l'usage de coiffure ne puisse pas être comparé à une boutique standard du centre commercial et puisse l'être à des éléments de comparaison autres, ne relevant pas du monopole du bailleur). Outre les difficultés qu'engendre cette notion d'« unité autonome » de marché pour respecter le principe de l'égalité des armes (le bailleur dispose de l'intégralité des situations locatives du centre, mais ne communique que les références qui lui sont favorables), ce concept va aussi à l'encontre de la définition du prix de marché qui est le résultat de la rencontre de l'offre et de la demande. Alors que, dans un centre commercial, cette loi du marché est en quelque sorte « fabriquée » par une offre unique et un bailleur qui, au gré des renouvellements déplafonnés et des évictions stratégiques, constitue son propre prix.

Ici, le tribunal de grande instance de Nîmes, à la demande de la partie preneuse, avait permis de sortir du carcan de l'unité autonome de marché en demandant à l'expert missionné de « fournir des éléments de comparaison dans le centre commercial Cap Costières mais aussi dans les galeries marchandes des centres commerciaux construits à proximité dudit centre commercial ».

L'arrêt de la cour d'appel de Nîmes est, toutefois, venu infirmer cette extension de la recherche d'éléments de comparaison en dehors du centre commercial étudié. Certains pourraient considérer qu'il s'agit de la confirmation de la prédominance de la notion d'« unité autonome de marché ». À la lecture précise de l'arrêt, on constate qu'il n'en est rien.

En effet, l'appel formé par la société bailleresse se fondait sur la notion d'unité autonome de marché et des « prix couramment pratiqués dans le voisinage », en développant les spécificités de chaque centre commercial ayant des politiques commerciales propres, qui induisent des synergies distinctes et ainsi des chiffres d'affaires métriques différents, soit, en l'occurrence, en exposant les caractéristiques de l'unité autonome de marché, et non sur la posture d'une ligne de défense « abstraite ».

La cour d'appel rappelle que, s'agissant d'une cellule de centre commercial, il ne peut être retenu comme éléments de comparaison des commerces traditionnels implantés dans une rue piétonne voisine ou dans des centres commerciaux similaires situés dans d'autres villes ou régions dont il n'est pas possible de retenir avec certitude des données identiques.

Dans la « vraie vie », le commerçant, qu'il soit individuel ou franchisé d'une marque nationale, établira un *business plan* et son raisonnement portera aussi sur des éléments comme le taux d'effort, la perspective de chiffre d'affaires ou le taux de marge quels que soient la ville et l'emplacement considérés.

Néanmoins, la cour d'appel n'exclut pas d'emblée la référence aux autres centres commerciaux situés à proximité. Elle considère toutefois, en l'espèce, que les centres commerciaux retenus sont trop différents dans leurs physionomies commerciales pour permettre la recherche d'éléments de comparaison en leur sein.

La cour d'appel développe les caractéristiques de ces centres. Le centre commercial étudié comporte une « locomotive » alimentaire, soixante boutiques et cinq moyennes surfaces, alors que Carré Sud et Family Village (centres pris en référence par la société preneuse) sont en réalité des parcs d'activités commerciales (*retail parks*) comprenant respectivement quarante-deux boutiques sur 35000 m² et vingt-deux boutiques sur 27000 m². Il s'agit donc de grandes et moyennes surfaces implantées en zones commerciales pour lesquelles les prix des loyers ne peuvent servir de comparaison pour la fixation de la valeur locative d'une boutique sise sur le mail d'une galerie marchande d'un centre commercial, qui plus est comprenant une surface contractuelle de 50 m² dont seulement 20 m² de surface de vente.

Ainsi, on conçoit bien l'absence de comparabilité avec des locaux comportant des surfaces comprises, suivant les baux produits, entre 450 m² et plus de 1 600 m².

Cette décision ne semble pas fermer la porte de façon catégorique à la prise en compte de termes de comparaison implantés en dehors du centre commercial considéré à partir du moment où la comparabilité entre les deux unités est démontrée.

Il ne semble pas ainsi que la cour ait maintenu la position classique de l'unité autonome de marché et de rejet systématique d'autres modes d'évaluation. Elle a plutôt, en développant les raisons de la non-retenue de ces centres voisins, précisé *a contrario* les critères qui permettront de sortir de cette notion d'unité autonome de marché dans la fixation des valeurs locatives en centres commerciaux.

En réalité, si l'unité autonome de marché devait être élevée en « Graal », alors il faudrait permettre, en toute logique, à l'expert désigné de disposer de la totalité des informations de ladite unité autonome, ce d'autant qu'elles sont souvent disponibles, nonobstant l'idée saugrenue du secret des affaires. Il saura faire la part des choses en toute indépendance,

avec la plus grande objectivité et avec un degré de confidentialité adapté.
Rappelons que, la plupart du temps, c'est le bailleur qui distille, à son entière discrétion, les éléments qu'il considère comme pertinents aux opérations d'expertise. C'est aussi lui qui façonne les loyers de « son » centre commercial, même si on peut désormais nuancer ce propos puisque cette vérité du choisi/subi commence à s'équilibrer et parfois à s'inverser, notamment en raison de l'avènement de l'« ère Amazon » et du développement du « retailmania ».
L'équilibre économique des loyers d'un centre commercial est organisé par des *asset manager* (selon le site apec.fr, l'*asset manager* en immobilier optimise et valorise les placements immobiliers appartenant à une personne physique ou morale. Il assure le suivi commercial, administratif et financier du portefeuille immobilier dont il a la charge) et *property manager* (selon le même site, le *property manager* assure la gestion locative et technique, ainsi que le suivi administratif et juridique de biens immobiliers dans le cadre des mandats confiés par le propriétaire. Il a en outre un rôle de conseil dans la valorisation du patrimoine sur la durée) avec deux objectifs: un maximum de performance commerciale au service d'un maximum de rentabilité locative.
Ainsi, il arrive que des locataires choyés bénéficient de conditions locatives très favorables compensées logiquement par le loyer majoré d'autres locataires. Le mécanisme est techniquement compréhensible quand le bailleur consent à l'exposer.
On peut aussi entendre l'incompréhension du locataire lambda quand il apprend qu'il paye plus cher proportionnellement que certains de ses prestigieux voisins (V. les installations actuelles de grandes enseignes comme Primark dans certains centres commerciaux).
La valeur de renouvellement (5e éd. de la Charte de l'expertise en évaluation immobilière, mars 2017, qui distingue la valeur locative de marché [1.3] de la valeur locative de renouvellement [1.3.2]) est appréciée individuellement et techniquement par les experts (Journal des experts, 1901, n° 1, définition de l'expert: « C'est un homme – ou une femme – ayant des connaissances spéciales dans son art et suffisantes pour que l'on puisse se rapporter à son appréciation dans une décision à prendre ») et, *in fine*, juridiquement fixée par le juge des loyers commerciaux (www.alsace-eurometropole.cci.fr/sites/default/files/reglement_des_litiges.pdf, 10 août 2016: « Le président du TGI est le juge des loyers commerciaux. Il a, à ce titre, pouvoir de trancher toutes les contestations relatives à la fixation du prix d'un bail commercial révisé ou renouvelé »).
C'est évidemment la différence entre un prix de loyer, notion économique arbitrée par la loi du marché, et une valeur de loyer, notion juridique encadrée par la loi de la République.
Bien entendu, au sein de cette unité, pas si autonome que cela, l'étage sera plus commercial que le rez-de-chaussée (ou *vice versa*) ou la porte nord aura un trafic plus important que la porte ouest! C'est évidemment une réalité que l'expert prendra en considération dans un contexte global du centre. Sauf à considérer qu'il existe également des sous-unités autonomes de marché. Il en ira, finalement, comme dans toutes les rues où la commercialité dépend du tronçon, de la largeur du trottoir et même parfois de l'exposition au soleil.
Dans une analyse de marché, l'expert rassemble, dans une démarche *in abstracto*, un large panel de références diverses, puis il affine son raisonnement *in concreto* selon le commerce, l'emplacement et le commerçant considérés.
Au sein de notre centre commercial, si nous prenons le cas d'une pharmacie, n'est-il pas plus pertinent de rassembler, en sus des références les plus semblables du centre lui-même (parapharmacie, par exemple), des références de pharmacies en dehors de celui-ci et d'en comparer les facteurs essentiels de commercialité, plutôt que de la comparer exclusivement à des magasins d'habillement dudit centre?
La particularité d'une unité autonome de marché ne serait-elle pas, en définitive, plus la spécificité de certains bailleurs, et notamment les « zinzins » (V. artimon.fr: « L'immobilier chez les zinzins »), que celle du marché (tel un ensemble immobilier à Reims à usage d'activités, de bureaux et de commerces appartenant à une grande banque, et comprenant quarante-deux locataires pour quarante-deux situations locatives différentes. Dès lors peut-on parler d'unité au sens arithmétique? L'unité la plus flagrante n'est-elle pas le fait d'avoir le même et unique bailleur?)?
L'unité autonome de marché est souvent présentée comme la ligne Maginot des centres commerciaux, ce qui permet finalement aux grands bailleurs de nous la montrer comme tellement autonome qu'elle en deviendrait unique… avec le risque d'être inique!
À suivre…