

Vérité judiciaire, Réalité économique

Afin de clarifier un débat permanent en expertises immobilières judiciaires, il me paraît utile d'exposer les arguments de 2 thèses qui s'affrontent depuis plus de 30 ans et qu'on pourrait qualifier de celui des tenants d'une réalité économique et de celui d'une vérité juridique.

Les tenants d'une réalité économique.

Ils considèrent que l'objet d'une expertise immobilière est celle de coller au plus près à la réalité économique.

Fort de leur technicité, la définition de la valeur provient de la charte de l'expertise et s'apparente à celle de la meilleure enchère.

Rappelons en les préceptes :

Prix de plus forte probabilité sur un marché qui réunit les conditions suivantes dont toutes sont importantes :

- Libre volonté de l'acheteur et du vendeur
- Délais de vente suffisants
- Publicité adéquate
- Stabilité relative du prix
- Absence de convenances personnelles.
- En fonction de l'affectation juridique et de l'usage du bien

Les conséquences qui en découlent sont fortes :

Il convient donc d'écarter les valeurs trop anciennes car elles ne correspondent plus au présent marché et les valeurs de renouvellement entre un bailleur et un locataire présent car elles présentent des facteurs de convenance personnelle. En effet, le bailleur hésitera en pratique à engager un procès en raison de ses frais, risques et inconvénients. De plus, il s'avère que les valeurs judiciaires sont statistiquement inférieures au marché des valeurs libres. Le preneur le sachant également, les parties tenteront généralement une négociation (en les supposant bien informés ce qui n'est pas toujours le cas) qui limitera d'autant plus le prix que :

- Les chances de déplafonnement sont réduites
- les frais, risques et inconvénients du procès sont élevés
- Les valeurs judiciaires sont inférieures au marché
- Les résultats économiques du preneur sont faibles et qu'un loyer trop élevé risquerait de mettre en difficulté son activité.
- Son objet du bail est restreint et pénalisant.

Certains tenants de cette méthode vont jusqu'à refuser de tenir compte des valeurs judiciaires au motif que celles-ci ne reflètent pas la réalité du marché.

Une autre conséquence importante est que la valeur locative de la charte en sus du loyer intègre la valeur du droit de bail car celle-ci participe de sa valeur économique.

La technique et les usages de la profession consistent alors en général à décapitaliser le droit de bail ou droit d'entrée par 10^{ème} de sorte que les loyers de références à prendre en compte sont égaux à : Loyer effectif + 10% du droit de bail. Ce sont par exemple les valeurs qui sont citées dans l'argus de l'enseigne.

Enfin, les conséquences ultimes de cette méthode sont que la remise à niveau des loyers à la valeur locative réduisent à néant la valeur du droit de bail qui pourra néanmoins se reconstituer si l'évolution des valeurs locatives est supérieure à celle des indexations contractuelles.

Quels sont les limites de cette approche économique dans le cadre judiciaire ?

Elles sont multiples à la foi, d'ordre économique d'ordre juridique et d'ordre pratique. Tentons de les sérier.

Les tenants d'une VERITE JUDICIAIRE

Les limites d'ordre juridique

Le décret de 1953 et les textes subséquents ont comme fondement de protéger l'activité (et non le droit de bail). Or, cette protection juridique de l'activité a pour conséquence indirecte mais néanmoins très impactante de valoriser les droits de bail en raison de la fameuse propriété commerciale à savoir essentiellement instauration d'un loyer contractuel sur une durée d'un minimum de 9 ans, du droit de vente de son fonds, au renouvellement et du principe du plafonnement.

Conformément aux dispositions légales en la matière (Article L 145-33 du Code de Commerce) la valeur locative de ces locaux doit s'apprécier à partir des éléments suivants :

1)- Caractéristiques des lieux :

En principe, elle est identique en expertise judiciaire comme économique. Nous noterons cependant que de facto, les experts judiciaires pondèrent plus sévèrement les surfaces que dans le cadre des expertises non judiciaires. Cela tend à faire baisser les valeurs locatives judiciaires.

2)- Destination des lieux :

Les propriétaires de centres commerciaux appliquent ainsi cette réalité en pratiquant des loyers différenciés selon les activités. Ils pratiquent les loyers les plus élevés aux objets les plus profitables et adaptent ceux-ci pour les activités les moins profitables de façon à ce que ceux-ci soient supportables par les commerçants preneurs.

En pratique, les loyers les plus élevés au m² sont appliqués aux :

Boutiques de vêtements, agences bancaires, de voyages, petites sandwicheries, opticiens etc.

Un surloyer de 10 à 20 % est même appliqué aux pharmacies dont la rentabilité est encore supérieure aux précédents objets.

Des loyers plus modérés ou intermédiaires sont appliqués aux restaurants qui ne pourraient supporter ces normes.

Enfin, les loyers les plus bas au m² sont appliqués aux activités moins profitables et aux locomotives : hypermarché, Fnac, décathlon, Darty, services de réparations, moyennes surfaces, etc.

Dans un cas extrême, on a vu le centre commercial Bercy donner gratuitement le 4^{ème} et dernier étage gratuitement à Carrefour afin de relancer le centre.

Les raisons de ces étiages de loyers sont la recherche pour le centre commercial d'un équilibre entre activités de forte chalandise, complémentarité, solvabilité des locataires et optimisation des revenus du centre. Equilibre délicat dont on notera qu'il évolue en permanence.

On en déduira que l'expert judiciaire ne pourra faire abstraction de l'objet du bail dans sa valeur locative. C'est une 2^{ème} limite importante aux tenants d'une application d'un loyer de meilleure enchère.

3)- Obligations respectives des parties :

On notera de facto que la pratique judiciaire tend à diminuer le loyer des charges supportées contractuellement par le locataire qui ne sont pas de droit commun : taxe foncière, prime d'assurance, travaux de gros œuvre, voire frais de gestion, etc. C'est une 3^{ème} limite importante aux tenants d'une application d'un loyer de meilleure enchère.

4) Les loyers couramment pratiqués dans le voisinage.

Ceci est le facteur le plus modérateur. Les comparables sont issus non de la meilleure enchère mais des loyers couramment pratiqués dans le voisinage. La Cour d'appel de Paris a précisé que par cette définition, elle entendait les loyers avec ou sans droit d'entrée, les loyers de renouvellement et les loyers judiciaires.

1. Les loyers avec ou sans droit d'entrée évoluent avec ou sans droit d'entrée non en fonction de leurs valeurs économiques mais de leurs éventuelles progressions indiciaires et sont souvent plafonnés à l'issue du bail. Plus conséquent encore, dans les secteurs de forte commercialité, les loyers sans reprise de droit au bail sont rares. Et plus la valeur du droit au bail est élevée, plus le loyer est faible. A ce sujet, précisons la position jurisprudentielle actuelle. Le TGI de Paris et la Cour de Cassation écartent expressément les éléments de référence comportant des prix de cession décapitalisés, mais non les baux consentis avec un pas de porte, versé au bailleur.
2. Les loyers de renouvellement sont issus d'une négociation entre un risque de retour à la valeur judiciaire et le loyer contractuel. Ils sont donc statistiquement inférieurs à la valeur judiciaire.
3. Enfin, les loyers judiciaires sont par eux-mêmes un facteur de modération et d'inertie à la progression des comparables.

Les limites d'ordre économique

Une 2^{ème} critique concerne la technique de décapitalisation dont la rigueur est sujette à caution même dans l'hypothèse où l'on en accepte le principe. En effet, en raisonnant purement économiquement, un futur locataire rationnel qui aurait le choix entre un loyer purement à l'américaine et un loyer moins élevé compensé par un droit d'entrée ou un droit de bail devrait déterminer sa valeur du droit de bail en fonction de l'avantage futur espéré et de ses coûts et risques. Or ce principe même est contesté car certains experts objecteront qu'en pratique, sur certains secteurs, il n'est pas possible de trouver un loyer à l'américaine et que le

droit au bail ne se résume pas à un simple gain locatif car c'est un droit réel **immobilier** de nature différente d'un actif financier qui comprend aussi à une valeur d'usage forte.

Doit-on alors déterminer un calcul économique d'actualisation des flux futurs espérés avec toute l'incertitude que cela entraîne ? Je doute que la jurisprudence l'accepte compte tenu de la multiplicité des variables à retenir sur ce pari économique que constitue le paiement d'un droit de bail.

Les limites pratiques.

Mais une considérable difficulté pratique se manifeste alors : en cas de divergence entre ces loyers, ou doit se situer l'expert ?

La jurisprudence ne le précise pas explicitement sauf à trouver des jurisprudences plus éclairantes.

Les tenants d'une réalité économique néanmoins interprètent ce texte en situant la valeur locative vers les loyers initiaux au motif que :

1. Ceux-ci ont l'avantage de coller à la seule réalité : celle du marché. La possibilité de corrections mentionnée amène à majorer les loyers mentionnés par la CA de Paris car les facteurs de convenance doivent être écartés et les valeurs judiciaires qui proviennent d'un biais judiciaire doivent également être corrigées.
2. le principe d'équité conduit à ce que les loyers judiciaires doivent recevoir une égalité de traitement avec les loyers initiaux.

Il est néanmoins impossible de soutenir juridiquement que les valeurs judiciaires doivent être corrigées. Par ailleurs, le juge ne doit pas juger en équité mais par rapport aux textes.

Une autre limite d'aspect pratique provient du fait que la publicité foncière n'étant pas obligatoire, il est difficile de connaître tous les baux comparables du marché tels que définis par la Cour d'Appel, difficulté aggravée par le fait que ce marché de comparables portant sur les 4 éléments constituant la valeur locative judiciaire est souvent fort restreint et peu actif.

Enfin, un retard temporel s'ajoute à ces difficultés pratiques, les jugements sont prononcés, connus et utilisés souvent longtemps après la date retenue pour le jugement. Dans des marchés rapidement évolutifs, ce biais peut devenir conséquent.

Plus généralement, la difficulté relève des évolutions du marché.

Lors de sa rédaction, les législateurs avaient certainement à l'esprit que les loyers couramment pratiqués dans le voisinage convergeaient. S'il est difficile d'affirmer que ce sous-jacent était réaliste à l'époque, on peut néanmoins supposer que celui-ci était beaucoup plus réaliste dans une économie où les commerces indépendants de quartier composaient le tissu économique ambiant.

Or, les évolutions du mode distribution ont été considérables :

- Affaiblissement sinon disparition des commerces de quartier

- Recentrage de la commercialité des villes vers les zones hyper centrales et piétonnières dont les valeurs ont souvent flambé.
- Remplacement des commerces indépendants par des franchises devenues dominantes et directrices en matière de prix par leurs efficacités économiques très supérieures dans les zones de forte commercialité.
- Déplacement de la commercialité vers les zones périphériques commerciales spécialisées (centres commerciaux, parcs d'activités commerciales, usines, etc.) de logiques juridiques divergentes.
- Explosion actuelle de la VPC et de la distribution par internet.

Et enfin, last but not least, l'application depuis plus de 60 ans du décret de 1953 a produit de véritables rentes de situations et son corolaire des droits de bail conséquents.

Il s'en suit que les valeurs couramment pratiquées sont devenues très hétérogènes pour des raisons économiques, mais surtout juridiques et historiques mentionnées ci-dessus et il n'est pas rare de constater dans une même rue hyper commerçante pour des locaux comparables des écarts de loyers variant de 400 %.

La notion juridique de loyers couramment pratiqués dans le voisinage apparaissant alors, en raison des divergences constatées, comme une boussole sans nord magnétique.

Cependant, l'observation des décisions judiciaires et l'ensemble des facteurs modérateurs déclinés supra permet de comprendre pourquoi dans les secteurs de forte commercialité, dans les rues n°1 de Paris par exemple, les écarts moyens sont de l'ordre de 30% entre loyer de marché et judiciaire, 20 à 25% dans les rues n°1 des grandes villes de province, en deçà dans les secteurs de moindre commercialité car les facteurs minorants y sont beaucoup moins impactants (absence ou faiblesse des droits au bail, moindre importance de la destination, moins de clauses dites exorbitantes, pondération plus homogènes, etc.

Ceci ne veut pas dire que le marché est irrationnel. La logique économique prévaut sur les prix qui restent toujours l'expression d'un rapport de force. Mais cette compréhension du marché et de ses rapports de force reste une condition nécessaire mais non suffisante pour fixer la valeur judiciaire.

Conclusion

Cet exposé dont je n'ai pas la prétention qu'il soit exhaustif a pour objet d'exposer les difficultés auxquels sont confrontés les experts et de permettre de comprendre pourquoi le débat dure depuis plus de 30 ans et n'est toujours pas clos.

Seule en fait une clarification législative permettrait de le faire progresser et de réduire ces difficultés d'application.

Bien évidemment, il n'appartient pas aux experts de trancher à la place du législateur et des juges ce débat mais de les aider à en comprendre les enjeux et les écueils.

Mais dans la mesure où une clarification législative pourrait avoir des conséquences économiques redoutables sur certains commerçants déjà mis en difficulté par les évolutions du commerce et le paiement de droits de bail prohibitif, on comprend que le législateur soit peu enclin à réformer le système. La commission Pelletier a ainsi largement revu ses ambitions à la baisse.

Dans cette attente, une position raisonnable parait de s'en tenir aux dispositions de la Cour d'Appel de Paris sus mentionnés sauf à trouver une jurisprudence contraire et à suivre ses évolutions malgré toutes les difficultés d'application évoquées.

Espérant avoir fait progresser le débat même si j'ai conscience que les interrogations restent nombreuses, il m'apparaissait utile de vous faire part de ma réflexion pour que nous puissions en débattre et l'enrichir.

P Lesieur

jeudi 19 décembre 2013