



Chambre de commerce
et d'industrie de Paris

DROIT DE PREEMPTION SUR LES FONDS DE COMMERCE, ARTISANAUX, LES BAUX COMMERCIAUX ET LES TERRAINS FAISANT L'OBJET DE PROJETS D'AMENAGEMENT COMMERCIAL

*Décret du 26 décembre 2007 pour la mise en oeuvre de la loi du 2 août
2005, loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 et ses textes
d'application*

Dominique MORENO

CCI de Paris

- SOMMAIRE -

I – Compétence des communes.....	4
II – Délimitation préalable d'un périmètre d'intervention	5
<i>1/ Motivation</i>	<i>5</i>
<i>2/ Avis préalable des chambres consulaires</i>	<i>6</i>
<i>3/ Mesures de publicité.....</i>	<i>7</i>
<i>4/ Cas des périmètres délimités antérieurement au décret.....</i>	<i>8</i>
III – Exercice de la préemption : entre droit commun et spécificité.....	9
<i>1/ Domaine de la préemption.....</i>	<i>9</i>
<i>2/ Déclaration préalable du cédant.....</i>	<i>10</i>
<i>3/ Décision de préemption.....</i>	<i>12</i>
<i>4/ Fixation judiciaire du prix.....</i>	<i>13</i>
<i>5/ Passation de l'acte de vente et paiement du prix.....</i>	<i>15</i>
<i>6/ Cas particuliers de l'adjudication et de la liquidation judiciaire.....</i>	<i>16</i>
IV – Rétrocession par la commune dans le délai d'un an ..	17
<i>1/ Recherche d'un repreneur par la commune</i>	<i>17</i>
<i>2/ Exploitation du fonds pendant la période transitoire de rétrocession</i>	<i>18</i>
<i>3/ Acte de rétrocession.....</i>	<i>19</i>
<i>4/ Absence de repreneur à l'expiration du délai d'un an</i>	<i>21</i>

Régi par le Code de l'urbanisme¹, le droit de préemption urbain permet à une collectivité territoriale de se substituer à l'acquéreur lors de la vente de biens, **sachant que seuls les biens immobiliers sont visés, les biens et droits mobiliers, comme les fonds de commerce ou les baux commerciaux, en étant exclus²**. C'est la procédure la plus utilisée en pratique. Une opération de préservation et de développement du commerce dans des centres-villes ou des quartiers peut ainsi justifier une telle action, la collectivité locale devient alors propriétaire de locaux commerciaux mis en vente, afin de conserver leur affectation commerciale. De nombreuses communes se sont depuis longtemps engagées dans cette voie pour sauvegarder le commerce de proximité et la diversité de son offre.

La loi du 2 août 2005 en faveur des PME, ouvre la possibilité aux communes, dans certaines conditions, d'exercer un nouveau droit de préemption spécifique lors de la cession de fonds artisanaux, de fonds de commerce ou de baux commerciaux. Un chapitre spécifique (art. L 214-1 et suivants) est créé dans le Code de l'urbanisme, un décret en Conseil d'Etat (articles R 214-1 et suivants) était prévu par la loi.

Mais une interrogation a longtemps pesé sur le calendrier d'application : le ministère chargé du commerce considérait qu'il fallait attendre le décret. En revanche, le ministère chargé de l'urbanisme estimait que le dispositif légal était suffisamment précis pour être mis en œuvre immédiatement. Depuis, le Conseil d'Etat a fort opportunément réglé ce problème.

Mais dans un contexte aussi confus, la parution du texte réglementaire devenait pressante. C'est chose faite avec le décret n° 2007-1827 du 26 décembre 2007 (JO du 28 décembre).

¹ Articles L 211-1 et suivants et L 213-1 et suivants du Code de l'urbanisme.

² Constituant une atteinte au droit de propriété, la préemption doit être réalisée dans l'intérêt général et pour répondre aux objectifs généraux de l'aménagement visés à l'article L 300-1 du même Code ; parmi eux, on citera l'organisation, le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques. Le PLU délimite les zones du territoire communal soumises à cette prérogative. Le juge administratif contrôle la motivation des décisions de préemption, lesquelles doivent, de surcroît, correspondre à un projet revêtant un certain degré de précision. C'est sur ce fondement que le Tribunal administratif de Lyon a, le 24 mai 2006 (AJDA, oct. 2006, p. 1800), annulé une décision de préemption de locaux vendus par un bailleur-propriétaire, prise dans le seul but d'éviter le risque de non-renouvellement du bail commercial du locataire, alors que la commune n'avait aucune opération précise en projet.

Par la suite, la loi de modernisation de l'économie (LME) n°2008-776 du 4 août 2008 (article 101) avec ses textes d'application, a étendu ce droit de préemption à des cessions de terrains, dans le cadre de mesures en faveur du commerce de proximité.

I – Compétence des communes

Selon l'article 58 de la loi du 2 août 2005, l'exercice de ce droit de préemption est dévolu aux communes, qu'elles soient ou non dotées d'un Plan Local d'Urbanisme (PLU).

La loi ne procédant à aucun renvoi au droit commun des articles L 211-2 et L 213-3 du Code de l'urbanisme relatifs aux délégations de compétence, ce droit de préemption commerciale ne peut être délégué : les SEM locales, les CCI ou tout autre établissement public ne peuvent être délégataires et préempter les fonds pour le compte des communes. **Celles-ci devront donc disposer ou réunir le financement nécessaire, sachant que la loi LME (article 100) permet la prise en charge par le FISAC, jusqu'à 50% ou 80% dans les ZUS et ZFU (décret n°2008-1470 du 30 décembre 2008) des intérêts d'emprunts souscrits par les communes pour l'exercice de ce droit de préemption.**

Mais le droit de préemption urbain classique sur les locaux reste toutefois déléguable, notamment à une SEM locale, d'où la nécessité de veiller à une bonne coordination des périmètres et actions préemptrices.

Il est à noter que la loi n°2010-559 du 28 mai 2010 (article L 327-1 du Code de l'urbanisme) permet aux **société publiques locales d'aménagement** d'exercer par délégation ou directement la préemption commerciale sur les cessions de fonds de commerce, de fonds artisanaux et les baux commerciaux, mais dans le cas d'une compétence directe n'ont pas été visés dans cette loi les terrains dédiés à l'accueil d'équipements entre 300 et 1000 m² de surface de vente. Ces sociétés peuvent être créées par les collectivités locales et leurs groupements qui en détiennent la totalité du capital, elles sont compétentes en matière d'opérations d'aménagement au sens du code de l'urbanisme sans mise en concurrence préalable.

II – Délimitation préalable d'un périmètre d'intervention

1/ Motivation

Selon la loi (article L 214-1 du Code de l'urbanisme), « le conseil municipal peut, par délibération motivée, délimiter un périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité », à l'intérieur duquel les cessions de fonds artisanaux, de commerce, de baux commerciaux ou de certains terrains à usage commercial sont soumises au droit de préemption.

La procédure de préemption pourra ensuite être menée par le maire au nom de la commune, sur habilitation du conseil municipal. Le Code général des collectivités territoriales est modifié en ce sens (article L 2122-21).

Il s'agit donc d'une faculté pour les communes, mais sa mise en œuvre devra être dûment motivée, au regard des motifs légaux, sous contrôle du juge administratif.

Pour ce faire, le décret (article R 214-1 du Code de l'urbanisme) met en place un mode de justification rigoureux.

Le projet de délibération du conseil municipal est accompagné :

- d'un plan du périmètre,
- **d'un rapport analysant la situation du commerce et de l'artisanat de proximité à l'intérieur de ce périmètre et les menaces pesant sur la diversité commerciale et artisanale.**

En pratique, il est préférable que **les périmètres soient ciblés**. Un périmètre qui recouvrirait l'ensemble du territoire communal devrait en effet être fortement argumenté pour démontrer que l'ensemble du territoire de la commune (y compris des zones résidentielles ou industrielles dépourvues de vocation commerciale !) est fragilisé en termes de commerce, la motivation pourrait alors être considérée comme stéréotypée et ne correspondant pas aux objectifs des textes quant aux menaces sur

la diversité commerciale ; une telle démarche globalisatrice ne saurait donc être systématisée.

On compterait en 2010³ plus de 520 périmètres sur le plan national dont 111 en région parisienne (Paris-Petite Couronne, Val'd'Oise, Yvelynes). Les communes utilisent, à bon escient au demeurant, la mise en place de périmètres pour observer l'évolution du commerce sur leur territoire et mener un dialogue plus suivi avec les commerçants et leurs associations sur les transmissions de fonds, les repreneurs et les activités à préserver. Il faut dire que cette démarche sensibilisatrice sera de plus en plus d'actualité avec l'obligation pour les « SCOT Grenelle » d'élaborer un document d'aménagement commercial (DAC). Ses statistiques confortent le choix de périmètres ciblés, lesquels représentent 47% du total national et les périmètres globaux 4%. Sur ce, les préemptions restent encore faibles : 104 dont 23 en région parisienne portant à près de 50% sur des fonds, 45% sur des baux et 6% sur des terrains.

2/ Avis préalable des chambres consulaires

Le nouvel article R 214-1 prévoit l'avis préalable de la CCI et de la CMA sur le projet de délibération communale, cet avis étant réputé favorable en cas de silence gardé pendant un délai de deux mois à compter de la saisine. Cette période semble suffisante pour permettre une analyse pertinente par les chambres et un dialogue partenarial et constructif avec la commune.

Les critères concrets⁴ d'aide à la délimitation des périmètres peuvent se décliner par des éléments de commercialité, de coût des loyers, de conditions d'accès, d'état du foncier...

A travers leurs différents observatoires, bases de données et études territoriales, les CCI ont, en effet, une connaissance précise de l'activité économique de leur circonscription et leur avis pourra alors constituer un élément déterminant pour la

³ Sources ACFCI et CCIP avec son outil d'observation de la région parisienne Preempt'Co

⁴ Rapport de la CCIP du 28 juin 2007, « Droit de préemption sur les fonds de commerce et les baux commerciaux. Critères de délimitation des périmètres communaux d'intervention ».

commune dans la définition de périmètres de préemption adaptés aux besoins du commerce de son territoire.

Cet avis reste consultatif. Mais le ministère insiste sur le « grand intérêt » de cet avis, eu égard à la connaissance par ces organismes de l'activité commerciale et artisanale, il « gagnerait donc à être pris en compte »⁵.

3/ Mesures de publicité

L'article R 214-2 renvoie certes au droit commun du droit de préemption urbain pour les mesures de publicité de la délibération communale conditionnant sa prise d'effet, mais ne vise que le seul article R 211-2 du Code de l'urbanisme. Celui-ci prévoit un affichage en mairie pendant un mois et sa mention dans deux journaux diffusés dans le département.

Toutefois, aucun renvoi n'est fait à l'article R 211-3 qui prescrit des mesures plus complètes et indispensables en matière de préemption : transmission au directeur départemental des finances publiques, au Conseil supérieur du notariat, à la chambre départementale des notaires, aux barreaux et aux greffes près des TGI concernés. Cette omission du visa de l'article R 211-3 est regrettable, car elle prive des acteurs majeurs d'une information officielle. De surcroît, **le décret en vigueur n'impose pas d'annexer le périmètre arrêté par le Conseil municipal au PLU,** comme il en est obligatoirement pour les zones de préemption de droit commun (article R 123-13 du Code de l'urbanisme).

Mais rien n'interdit au maire de procéder spontanément à ces mesures. Cela a été confirmé dans une réponse ministérielle⁶, qui précise par ailleurs que conformément au droit administratif général, le maire dispose d'un délai de deux mois pour répondre à une question sur l'existence d'un périmètre. Son silence, valant décision implicite de refus, peut être déféré au juge. De surcroît, toute mesure utile d'expertise ou d'instruction peut être sollicitée en référé, sans condition d'urgence, si les

⁵ Rep. min. Cambon, n°3742, JO Sénat, 28 août 2008, p. 1733.

⁶ Rep. min. Grosskost, n° 16349, JO AN, 19 août 2008, p. 7133

renseignements demandés par le requérant ont une utilité pour lui ; ce qui devrait être le cas pour un commerçant-cédant.

On soulignera néanmoins que l'article R 410-15 du Code de l'urbanisme prévoit déjà la mention de la situation du bien dans une zone d'exercice des droits de préemption visés par ce Code dont fait partie la préemption commerciale.

4/ Cas des périmètres délimités antérieurement au décret

Certaines communes⁷ avaient, sans attendre le décret, déjà délimité des périmètres, parfois couvrant l'ensemble de leur territoire. Aucune disposition de validation de ces périmètres n'étant prévue dans le décret du 26 décembre 2007, la question se posait du risque contentieux d'invalidation encouru par ces délibérations, si elles étaient mises en cause directement ou indirectement lors d'un recours contre une décision de préemption.

Dans un arrêt du 21 mars 2008, Société Megaron⁸, le Conseil d'Etat a tranché ce point : si l'application des dispositions légales relatives à la délimitation du périmètre n'était pas « manifestement impossible », en revanche les autres dispositions (procédure de préemption et rétrocession) instaurant un dispositif entièrement nouveau distinct du droit commun de la préemption immobilière, nécessitaient des précisions réglementaires pour être mises en œuvre. Ces périmètres ne nécessitaient pas formellement l'avis des chambres consulaires car celui-ci a été introduit par le décret⁹.

En pratique, les communes peuvent revoir leurs anciennes délibérations; cela leur permettrait d'engager une nouvelle réflexion partenariale, l'avis des chambres est alors à recueillir.

⁷ Plus du tiers de celles de Paris-Petite couronne.

⁸ JCP A 2008 , n°15, 7 avril 2008, p ;8 ; JCP A 2008, n° 16, comm. n° 2086, P. Billet ; JCP G 2008, n° 22, II, 10104, note H. Kenfack

⁹ Rep. min. Cambon, n°3742, JO Sénat, 28 août 2008, p. 1733.

III – Exercice de la préemption : entre droit commun et spécificité

1/ Domaine de la préemption

Il est très large : selon le nouvel article R 214-3, ce droit de préemption peut d'exercer sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce ou les baux commerciaux, lorsqu'ils sont aliénés à titre onéreux. Sont exclus, comme en droit commun, les aliénations intervenues dans le cadre d'un plan de sauvegarde (article L 626-1 du Code de commerce) ou d'un plan de cession d'entreprises¹⁰ au titre d'un redressement (article L 631-22 du Code de commerce) ou d'une liquidation judiciaire (article L 642-1 à 17 du même code).

Le formulaire de déclaration préalable vise expressément les apports en société et les échanges. En revanche, la vente du fonds sous forme de cessions de parts sociales ne semble pas concernée, sous réserve qu'elle traduise une manœuvre frauduleuse que le juge appréciera ; toutefois, la proposition de loi sur l'urbanisme commercial, certes bloquée dans son processus parlementaire, comportait un amendement visant à inclure dans le champ de la préemption commerciale les cessions de parts ou d'actions d'une société civile ou commerciale dont l'activité principale est la gestion d'un fonds artisanal ou de commerce mais uniquement lorsque ces cessions ont pour objet un changement de secteur d'activité.

La création ab initio d'un fonds de commerce ou la résiliation d'un bail suivie de la conclusion d'un nouveau seraient exclues, car ne constituant pas une cession¹¹. Le sujet est sensible car les communes craignent que des artifices juridiques empêchent l'exercice de droit de préemption : pour preuve un amendement, non retenu, à la proposition de loi Warsmann de simplification du droit envisageait d'élargir encore le champ d'intervention de la commune en exigeant du bailleur de déposer une déclaration pour les conclusions d'un bail sur lequel une activité est exercée, et ce à peine de nullité de la cession. Mais on s'éloignait trop ici de la vocation initiale de

¹⁰ Sauf cas particulier visé au nouvel article R 214-8 (voir infra).

¹¹ Rép. Min. Santini n° 73329 du 13 juillet 2010, JO AN p. 7870

toute préemption devant porter sur la vente de biens ; cette même loi à venir comporte au demeurant une disposition générale qui substitue le terme « cession » inscrit dans les articles L 214-1 et s. du présent code par celui de « aliénation à titre onéreux ».

S'agissant de l'ajout fait par la loi LME et son décret d'application du 22 juin 2009¹², il concerne les cessions de terrains portant ou destinés à porter des commerces ou des ensembles commerciaux d'une surface de vente comprise entre 300 et 1000 m². Le but est de permettre à la commune si elle estime inadapté un projet commercial prévu dans le cadre de la cession d'un terrain de ce type, d'exercer son droit de préemption dès lors qu'elle envisage dans le délai d'un an un projet alternatif favorable au commerce de proximité.

2/ Déclaration préalable du cédant

Avant toute cession, le cédant doit déposer (en quatre exemplaires) une déclaration préalable auprès du maire de la commune de situation. Un modèle de déclaration est prévu par l'arrêté du 29 février 2008.

Ce processus de déclaration est classique en matière de préemption. Mais le décret de 2007 demeure ici trop laconique.

La loi impose de mentionner dans la déclaration le prix et les conditions de la cession. Or, le décret de 2007 aurait pu ajouter qu'en cas de promesse de vente, celle-ci était jointe à la déclaration ; cela aurait donné une référence supplémentaire au prix du marché, qui n'est plus visé nulle part dans le texte ; il s'agit pourtant d'une garantie très importante pour le respect des intérêts du commerçant cédant. Une telle précision relevait parfaitement du domaine décréteil.

De surcroît, seule la mention de l'existence d'un acquéreur pressenti est prévue dans l'arrêté de modèle de déclaration, sans que soit précisée son

¹² n°2009-753, JORF du 24 juin 2009

activité. La prise de décision de préemption par la commune est ainsi rendue plus difficile, car elle aura du mal à la réception de la déclaration à appréhender la situation à l'égard de la diversité commerciale. **En outre, le bail n'a pas à être joint. Si le montant du loyer est mentionné, l'indication du chiffre d'affaires sur les trois dernières années reste facultative,** comment alors apprécier la situation du commerce ? Toutes ces imprécisions peuvent inciter les communes à saisir le juge de l'expropriation qui dispose de moyens d'investigations plus poussés que la commune.

Par ailleurs, apparaît subitement dans le formulaire spécifique de déclaration un droit de délaissement, dont l'instauration relève normalement de la loi : concrètement, lorsque le cédant n'a pas d'acquéreur pressenti, il peut alors mettre en demeure la commune de lui acheter son bien.

La loi indique que le **défaut de déclaration** entraîne la **nullité de la vente**, et conformément aux règles du droit civil, l'action se prescrit par cinq ans à compter de la prise d'effet de la cession. Le décret spécifie (article R 214-10) qu'elle s'exerce devant le TGI du lieu de situation du fonds ou des locaux loués.

Il n'est pas précisé qu'en cas de modification du prix et des conditions de vente par le cédant après sa déclaration, celui-ci doit en souscrire une nouvelle et est tenu pendant un délai de deux mois par son contenu. Même en l'absence d'une telle disposition expresse, cette règle s'inscrit dans la logique de toute modification d'une déclaration entraînant des effets juridiques ; une nouvelle s'avère nécessaire.

S'agissant des cessions de terrain, si celui-ci est situé également en zone de droit de préemption urbain, la déclaration est faite sur le formulaire de la DIA de droit commun, dans le cas contraire, le formulaire spécifique doit être utilisé. Est alors précisée la surface de vente du commerce existant sur le terrain ou la possibilité d'y implanter dans les 5 ans suivant l'aliénation un commerce ou un ensemble commercial entre 300 et 1000 m² de surface de vente (article R 214-4). Lorsque cette déclaration n'a pas été effectuée, le vendeur, lors d'une cession ultérieure du terrain, en informe l'acquéreur par une mention spécifique dans l'acte de vente ou dans le cahier des charges d'adjudication (article R 214-4-3).

Lorsque le droit de préemption urbain a été délégué par la commune à une SEM ou autre entité, il s'agit de veiller à une bonne coordination des procédures : la commune doit informer ce délégataire si elle entend ou non exercer son droit de préemption commerciale sur le terrain en cause, si elle ne le souhaite pas, elle adressera copie de la déclaration (sous forme de DIA ou de déclaration spécifique à la préemption commerciale) à la SEM qui pourra exercer alors le droit de préemption dont elle est délégataire¹³

3/ Décision de préemption

La loi dispose que le silence de la commune pendant un délai de deux mois à compter de la réception de la déclaration vaut renonciation à l'exercice de la préemption, cette renonciation peut également être expresse. Le cédant peut alors réaliser la vente librement, mais aux prix et conditions de la déclaration. Pour le reste, la loi renvoie au droit commun des articles L 213-4 à L 213-7 du Code de l'urbanisme.

L'article R 214-5 détaille davantage la procédure. C'est donc dans ce délai de deux mois que la commune notifie au cédant :

- soit sa décision d'acquérir aux prix et conditions de la déclaration ,l'accord entre les parties est alors parfait et l'acte de vente peut être alors passé ;
- soit son offre d'acquérir aux prix et conditions fixés par le juge de l'expropriation ;
- soit sa décision de renoncer à préempter.

Copie de cette décision est adressée au bailleur si la cession porte sur un bail commercial. C'est le minimum que le bailleur est en droit d'attendre, pour la sauvegarde de ses intérêts.

¹³ Rep. min. Goujon, n 87739, JO AN, 15 févr. 2011, p. 1531 ; pour une analyse critique : C. Debouy, Concurrence entre droits de préemption « urbain » et « commercial » : l'imprécision d'une réponse ministérielle : JCP A 2011, n°15, act. 260.

La décision individuelle de préemption doit être motivée, eu égard en particulier à la diversité et au développement du commerce et de l'artisanat dans le périmètre, la seule référence à la motivation de la délibération arrêtant celui-ci semble insuffisante, sauf jurisprudence en ce sens.

En cas de référé-suspension à l'encontre de cette décision, la présomption d'urgence à la suspendre existant au profit de l'acquéreur évincé en matière de préemption immobilière a été étendue à la préemption commerciale par l'arrêt du Conseil d'Etat du 21 mars 2008 précité.

Toutefois, la Haute Juridiction, dans un arrêt du 27 avril 2011 « SARL LB prestations de services et SARL Flash Back »¹⁴, estime que cette présomption ne joue pas dès lors que l'acquéreur est entré en possession du bien : dans une affaire, une commune avait, dans le délai de deux mois, notifié au cédant sa renonciation à préempter au titre d'une cession de droit au bail, le cédant avait alors procédé à cette cession avant que la commune, toujours dans le délai de deux mois, revienne sur sa décision et décide finalement de préempter ; la cession ayant eu lieu, la décision de préemption ne porte en elle-même aucune atteinte immédiate au droit de jouissance du bail commercial et l'acquéreur ne saurait se prévaloir d'une situation d'urgence liée à un prétendu risque d'expulsion à tout moment des locaux, ensuite, il appartient au juge judiciaire de se prononcer sur la nullité de l'acte de cession du droit au bail.

Si cette décision concerne un terrain soumis au droit de préemption urbain et au droit de préemption commerciale, elle indique à quel titre elle est exercée (article R 214-4-2).

4/ Fixation judiciaire du prix

Selon le nouvel article R 214-6, en cas de désaccord sur le prix ou les conditions de vente, la commune, si elle souhaite acquérir, saisit, toujours dans les deux mois

¹⁴ Req. N° 342329, AJDA 2011, p. 874 ; Constr-urb. 2011, n°6, comm. 85, L. Santoni ; BJDJ 3/2011, p. 220, concl. C. Landais

suivant la réception de la déclaration, **le juge de l'expropriation**. Cette prérogative appartient, comme en droit commun, à la seule commune et nullement au cédant.

Copie de la lettre de saisine et du mémoire est notifié à ce dernier et, le cas échéant, au bailleur.

Cette disposition du décret du 26 décembre 2007 peut susciter des craintes quant à la préservation des intérêts des commerçants dont la vente du fonds ou du bail constitue le capital retraite.

Toute référence expresse au prix du marché étant absente du décret ; ce qui peut faire redouter des fixations de prix à la baisse, d'autant qu'il n'existe pas de barèmes officiels pour les valeurs de fonds de commerce mais des méthodes d'évaluation empiriques, en raison des fluctuations rapides de ce type de biens mobiliers.

De surcroît, l'affaire est traitée par le juge de l'expropriation, plus habitué aux évaluations immobilières qu'à celles de fonds de commerce ou de bail. Mais là, il est vrai que seule la loi peut modifier la juridiction compétente. Des expertises seront donc inévitablement sollicitées par le juge, retardant encore la vie normale des affaires.

Pour les cessions de terrains, l'évaluation est plus simple, elle se réfère aux données immobilières classiques. Copie de la déclaration préalable est d'ailleurs adressée, dès sa réception, par le maire au directeur des services fiscaux (plus précisément France Domaines) en lui précisant si cette transmission vaut demande d'avis (article R 214-4-1).

Tout cela est d'autant plus inquiétant que s'agissant des conditions de fixation du prix par le juge de l'expropriation, il est renvoyé au droit commun de l'article L 213-4. La date de référence correspond, selon cet article, à la date de la dernière approbation, modification ou révision du document d'urbanisme applicable (par exemple, le POS / PLU). Il aurait été plus judicieux d'ajouter comme autre date de référence, dès lors qu'elle est plus récente, la délibération du conseil municipal délimitant le périmètre de

sauvegarde, mais là encore le décret ne pouvait déroger à cette règle qui relève du domaine législatif.

Toujours par renvoi au droit commun, après décision juridictionnelle définitive, les parties ont deux mois pour accepter le prix judiciaire ou renoncer à la mutation ; le silence valant acceptation du prix judiciaire et transfert de propriété à la commune. Conformément au droit commun, en cas de renonciation par la commune à la préemption après fixation judiciaire du prix, le cédant retrouve la liberté d'aliénation mais au **prix judiciaire actualisé**.

5/ Passation de l'acte de vente et paiement du prix

Le nouvel article R 214-9 prescrit un **délai de trois mois pour la passation de l'acte de cession**, à compter soit de la notification de l'accord sur le prix et les conditions énoncées dans la déclaration, soit de la décision judiciaire devenue définitive, soit de l'acte ou du jugement d'adjudication.

Surtout, le texte comporte une avancée importante : il précise expressément que « le prix est payé au moment de l'établissement de l'acte constatant la cession » ; cela bien évidemment sous réserve de l'accomplissement des mesures de publicité prévues par les articles L 141-12 et suivants du Code de commerce pour les ventes de fonds de commerce (enregistrement de l'acte, publication d'un extrait dans un journal d'annonces légales) et des formalités de séquestre au titre de l'opposition des créanciers. Il faut ajouter à cela les délais de mandatement de la comptabilité publique applicables aux communes, et ce délai risque de s'avérer bien théorique.

Cela étant, il n'est pas prévu de sanction en cas de non-respect de ce délai de passation de l'acte et de paiement du prix. A l'instar du droit commun (article L 213-14), aurait pu être imposée à la commune, sur demande du cédant, une rétrocession du bien ou du bail, le vendeur recouvrant ensuite sa totale liberté d'aliénation. La proposition de loi sur l'urbanisme commercial, actuellement bloquée dans son processus parlementaire, envisageait d'apporter la modification correspondante. Toutefois, la PPL Maurey modifiant le droit commun de la préemption, rationalisant

les temps de paiement du prix, de passation de l'acte et de transfert de propriété, le renvoi au droit commun n'aurait plus les mêmes effets.

6/ Cas particuliers de l'adjudication et de la liquidation judiciaire

Le décret de 2007 adapte, opportunément, la procédure à ces deux situations particulières.

En premier lieu, le nouvel article R 214-7 dispose qu'en cas de cession d'un fonds, d'un bail ou d'un terrain susvisé par adjudication, le commissaire-priseur judiciaire, le greffier de la juridiction ou le notaire, selon le type d'adjudication, procède à la déclaration préalable auprès du maire trente jours au moins avant la date fixée pour la vente. C'est dans ce délai que la commune notifie si elle décide de se substituer à l'adjudicataire, copie de cette décision étant annexée au jugement ou à l'acte d'adjudication et publiée au bureau des hypothèques. La substitution ne peut toutefois intervenir qu'aux prix et conditions de la dernière enchère ou surenchère. L'adjudicataire évincé est informé de l'acquisition par préemption communale par le greffier, le notaire ou le rédacteur de l'acte.

En second lieu, le nouvel article R 214-8, traite du cas de cession des actifs du débiteur en liquidation, comportant la cession de gré à gré d'un fonds, d'un bail ou d'un terrain autorisée par le juge-commissaire (article L 642-19 du Code de commerce¹⁵). La déclaration préalable émane alors du liquidateur, selon la même procédure que celle applicable à l'adjudication, de même pour l'exercice du droit de préemption par la commune. En cas d'acquisition par celle-ci, le liquidateur en informe l'acquéreur évincé.

¹⁵ Selon cet article, le juge-commissaire peut ordonner la cession des actifs du débiteur autres que les immeubles, aux enchères publiques ou autoriser leur vente de gré à gré.

IV – Rétrocession par la commune dans le délai d'un an

1/ Recherche d'un repreneur par la commune

Selon la loi, la commune doit, dans le délai d'un an (*la proposition de loi Warsmann de simplification du droit et d'allègement des procédures administratives le porte à deux ans*) **à compter de la prise d'effet de la cession opérée suite à la préemption, rétrocéder** le fonds artisanal, de commerce, le bail commercial ou le terrain à une entreprise immatriculée au registre du commerce et des sociétés ou au registre des métiers ou au titulaire d'un titre équivalent dans un autre Etat de l'Union européenne. **Cette rétrocession doit – et c'est la finalité même de la procédure communale – être destinée à préserver la diversité de l'activité commerciale et artisanale et à promouvoir le développement dans le périmètre de sauvegarde.**

Le nouvel article R 214-11 précise d'ailleurs qu'elle s'opère selon un **cahier des charges** qui doit être approuvé par le conseil municipal, mais n'a plus depuis le décret précité du 22 juin 2009 à comporter les clauses destinées à permettre d'assurer les objectifs de diversité commerciale ou artisanale. L'examen du bail (« tous commerces » ou spécialisé) et du règlement de copropriété est préalablement indispensable, pour éviter d'imposer au futur repreneur des obligations inapplicables.

En d'autres termes, la commune a un délai assez court pour trouver un repreneur, commerçant ou artisan. Dans le cas de terrains préemptés, il s'agira pour la commune de disposer d'un projet commercial alternatif favorable au commerce de proximité.

Pour ce faire, le décret du 26 décembre 2007 (article R 214-12) crée un dispositif **d'appel à candidatures**. Le maire affiche en mairie, pendant quinze jours, un avis de rétrocession. Cet avis comporte, outre l'appel à candidatures, la description du fonds, du bail ou du terrain, le prix proposé, le délai de dépôt des candidatures et mentionne que le cahier des charges est consultable en mairie. En cas de bail, il précise que la rétrocession est subordonnée à l'accord préalable du bailleur.

Mais plusieurs points ne sont pas traités, à peine de risque contentieux : ouverture d'un recours aux candidats évincés, procédure en cas d'appel infructueux ?

Cela étant, en pratique, les CCI ont ici un important atout à faire valoir auprès des communes pour les aider à trouver un repreneur, à travers leurs outils de transmission d'entreprise.

2/ Exploitation du fonds pendant la période transitoire de rétrocession

Dans l'attente d'un repreneur, selon la loi, si d'autres conventions sont conclues, elles ne peuvent être que précaires et ne sont pas alors soumises au statut des baux commerciaux (précision apportée dans l'article L 145-2 du Code de commerce modifié), lequel statut est suspendu pendant la période de rétrocession pour le fonds ou le bail préempté.

La question de la gestion d'une clientèle par une commune pendant cette durée reste toutefois posée. En effet, pour que le fonds garde sa valeur, il doit continuer à être exploité. Or, il ne peut l'être qu'à titre précaire, ce qui n'est pas incitatif. Le risque existe donc de laisser le fonds sans activité, quitte à accroître la difficulté de trouver un repreneur. La commune doit être donc en mesure de faire face financièrement à une situation très dommageable de perte de valeur du fonds. De plus, **la commune devra s'acquitter à l'égard du bailleur de l'ensemble des obligations contenues dans le bail ainsi que de l'indemnité qui lui est due (au titre des loyers) et elle devra satisfaire aux obligations à l'égard des salariés (article L 1224-1 du Code du travail : continuation des contrats en cours ou paiement des indemnités de licenciement)¹⁶.** Les communes devront donc se montrer très prudentes avant de s'engager dans un processus de préemption.

Enfin, la question du recours à la location-gérance par la commune reste entière. L'article L 144-5 du Code de commerce dispense les collectivités locales de

¹⁶ Réponse ministérielle Reynès, n° 20233, JO AN, 23 décembre 2008, p. 11122

l'obligation d'avoir exercé pendant deux ans l'activité donnée en gérance. Toutefois, le ministère de l'intérieur estime que le principe de la liberté du commerce s'oppose à l'exploitation par une personne publique d'une activité commerciale sauf si en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt local le justifie ; la collectivité exerce alors une mission de service public industriel et commercial et peut par convention en confier la gestion à une personne privée ; mais cette convention ne saurait être qualifiée de location-gérance, il s'agit d'un contrat public de délégation de service public ou de marché public selon le mode de rémunération du cocontractant¹⁷.

S'agissant de la jurisprudence, il faut noter que la Cour administrative d'appel de Bordeaux, dans une affaire qui ne concernait certes pas la préemption commerciale, a admis que la commune puisse recourir à la location-gérance tout en qualifiant le contrat d'administratif car comportant des clauses exorbitantes de droit commun (droit d'entrée dans le local du maire et obligations de pratiquer certains prix), la collectivité a même ici engagé sa responsabilité en écartant des candidats au motif qu'ils n'habitaient pas dans la commune¹⁸.

Dans un rapport d'information de mars 2011¹⁹, le député Fasquelle préconisait **l'instauration expresse de cette possibilité de location-gérance pour la commune, ce qu'entérine la proposition de loi Warsmann de simplification du droit et d'allègement des procédures administratives.**

3/ Acte de rétrocession

Aux termes de la loi, l'acte de rétrocession est réalisé pour les ventes de fonds de commerce dans les conditions de formalisme du droit commun prévues aux articles L 141-1 et suivants du Code de commerce (mentions obligatoires dont l'existence d'un bail, sa date, sa durée et son bénéficiaire).

¹⁷ Rep. Min. Althapé, n° 18532, JO Sénat, 26 août 1999, p. 2849

¹⁸ CAA Bordeaux, 31 juillet 2003, M. Theil et M. Crampou, BJCL 1/2004, p. 51, concl. Rey

¹⁹ D. Fasquelle, « Pour lutter contre la vacance des locaux commerciaux », rapport d'information n°3192, mars 2011.

Dans tous les cas, cet acte doit mentionner les conditions de résiliation en cas d'inexécution par le cessionnaire du cahier des charges.

L'article R 214-14 impose, opportunément, l'autorisation par le conseil municipal de la rétrocession, la délibération indique ses conditions et les raisons du choix du cessionnaire, éléments importants en cas de contentieux.

Dans le mois suivant la signature de l'acte, des mesures de publicité (article R 214-15), sont effectuées par le maire : affichage en mairie pendant quinze jours d'un avis comportant la désignation sommaire du fonds, du bail ou du terrain rétrocédé, le nom et la qualité du cessionnaire, les conditions financières de l'opération. Le souci de transparence est ici patent.

On précisera que si la rétrocession porte sur une activité différente de celle initiale (par exemple, préemption d'un fonds d'une activité non alimentaire pour y installer un commerce alimentaire), ce ne sera pas le fonds qui sera finalement rétrocédé, mais le bail ; la commune aura ainsi préempté un fonds et rétrocédé un bail²⁰.

Autre point majeur, l'accord préalable du bailleur imposé par la loi et devant figurer dans l'acte de rétrocession. Le décret en fixe les modalités (article R 214-13). Cet accord doit porter sur le projet d'acte accompagné du cahier des charges, que le maire doit lui transmettre par lettre recommandée avec AR.

En cas de volonté d'opposition, le bailleur saisit en référé le président du TGI du lieu de situation, pour la faire valider judiciairement.

La saisine motivée doit néanmoins être notifiée à la commune par le bailleur dans un délai de deux mois suivant la réception du projet d'acte, à défaut, l'accord de ce dernier est réputé donné tacitement.

²⁰ Sur cette question délicate de la rétrocession, voir l'étude très complète de R. N. Schütz, « Les suites de la préemption commerciale. Usage et revente du fonds ou du bail préempté » : Defrénois 17/2009, art. n 39002

Le bailleur a ainsi une capacité de blocage en cas de reprise du fonds ou du bail, mais sachant qu'elle s'exerce obligatoirement dans un cadre judiciaire, ce qui est une garantie.

En outre, le décret prévoit très utilement que le **délai de rétrocession est suspendu** entre la notification du projet d'acte au bailleur jusqu'à l'obtention expresse ou tacite de son accord, ou pendant la durée de la procédure en référé jusqu'à l'intervention de la décision juridictionnelle définitive. Dans cette logique, la rétrocession ne saurait intervenir avant le terme de cette procédure, sauf accord exprès du bailleur.

4/ Absence de repreneur à l'expiration du délai d'un an

La loi n'organise pas l'hypothèse d'absence de repreneur trouvé par la commune dans le délai légal d'un an.

Le décret a certes tenté de pallier cette lacune : l'article R 214-16 fait alors bénéficier l'acquéreur évincé, s'il est mentionné dans la déclaration préalable, d'un droit de priorité d'acquisition (et nullement d'un droit de propriété, car initialement il n'était titulaire que d'une promesse de vente sous condition suspensive d'absence de préemption par la commune²¹). Toutefois, en pratique, cela suppose que cet acquéreur soit toujours intéressé et que le fonds n'ait pas perdu de sa valeur en l'absence de continuité d'exploitation à la diligence de la commune pendant cette période d'un an.

S'agissant du cas des terrains, la commune a tout intérêt à avoir pressenti un projet commercial alternatif avant de décider de préempter, afin d'éviter au bout d'un an de se retrouver avec une friche.

Dans le même esprit, reprenant utilement une autre suggestion du rapport du Député Fasquelle, la PPL sur l'urbanisme commercial, rappelons-le bloquée dans son examen parlementaire, prévoit un dispositif « anti-friches urbaines » et anti-dégradation de l'esthétique des villes: le propriétaire des murs d'un commerce,

²¹ Rep. min. Domergue, n° 24592, JO AN, 27 janvier 2009, p. 772

vacant ou non, ouvert sur la voie publique, veille à ce que celui-ci présente une bonne apparence et contribue à préserver l'aspect et la bonne tenue des voies fréquentées dans le respect de l'image de la ville (le code de l'environnement est en ce sens complété par un article L 582-2).
