



# **DROIT DE PREEMPTION COMMERCIAL**

**OPPORTUNITES ET PRECAUTIONS  
A PRENDRE**



DOMINIQUE  
MORENO

Septembre 2014

## **I COMPETENCE DES COMMUNES** **3**

---

## **II DELIMITATION PREALABLE D'UN PERIMETRE D'INTERVENTION** **4**

- 1 - MOTIVATION** **4**
- 2 - AVIS PREALABLE DES CHAMBRES CONSULAIRES** **5**
- 3 - MESURES DE PUBLICITE** **5**
- 4 - CAS DES PERIMETRES DELIMITES ANTERIEUREMENT AU DECRET** **6**

## **III EXERCICE DE LA PREEMPTION : ENTRE DROIT COMMUN ET SPECIFICITE** **7**

---

- 1 - DOMAINE DE LA PREEMPTION** **7**
- 2 - DECLARATION PREALABLE DU CEDANT** **8**
- 3 - DECISION DE PREEMPTION** **9**
- 4 - FIXATION JUDICIAIRE DU PRIX** **10**
- 5 - PASSATION DE L'ACTE DE VENTE ET PAIEMENT DU PRIX** **11**
- 6 - CAS PARTICULIERS DE L'ADJUDICATION ET DE LA LIQUIDATION JUDICIAIRE** **11**

## **IV RETROCESSION PAR LA COMMUNE** **13**

---

- 1 - RECHERCHE D'UN REPRENEUR PAR LA COMMUNE** **13**
- 2 - EXPLOITATION DU FONDS PENDANT LA PERIODE TRANSITOIRE DE RETROCESSION** **13**
- 3 - ACTE DE RETROCESSION** **14**
- 4 - ABSENCE DE REPRENEUR A L'EXPIRATION DU DELAI DE RETROCESSION** **15**

Régi par le Code de l'urbanisme<sup>1</sup>, 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 exclus<sup>2</sup>**. 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).**

**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. La loi Warsmann de simplification du droit n°2012-387 du 22 mars 2012 apporte des améliorations réclamées par la pratique.**

**La loi sur l'artisanat, le commerce et les TPE (ACTPE) n°2014-626 du 18 juin 2014 apporte également sa pierre à l'édifice.**

<sup>1</sup> Articles L 211-1 et suivants et L 213-1 et suivants du Code de l'urbanisme.

<sup>2</sup> 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.

## COMPETENCE

Selon l'article 58 de la loi du 2 août 2005, l'exercice de ce droit de préemption était 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 pouvait être délégué : les SEM locales, les CCI ou tout autre établissement public ne pouvaient être délégataires et préempter les fonds pour le compte des communes.

Mais le droit de préemption urbain classique sur les locaux restait toutefois délégable, notamment à une SEM locale, d'où la nécessité de veiller à une bonne coordination des périmètres et actions préemptrices. Lorsque le droit de préemption urbain avait été délégué par la commune à une SEM ou autre entité, il s'agissait de veiller à une bonne coordination des procédures : la commune devait informer ce délégataire si elle entendait ou non exercer son droit de préemption commerciale sur le terrain en cause, si elle ne le souhaitait pas, elle adressait copie de la déclaration (sous forme de DIA ou de déclaration spécifique à la préemption commerciale) à la SEM qui pouvait exercer alors le droit de préemption dont elle était délégataire<sup>3</sup>.

Il est à noter que la loi n°2010-559 du 28 mai 2010 (article L 327-1 du Code de l'urbanisme) a permis 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 m<sup>2</sup> 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.

**La loi ACTPE change la donne.** D'une part, elle ouvre à la commune la faculté de déléguer ce droit de préemption à un établissement public de coopération intercommunale (EPCI), si celui-ci en est d'accord. D'autre part, la commune ou l'EPCI peut le déléguer à un établissement public y ayant vocation (par exemple, foncier, d'aménagement, EPARECA...), à un concessionnaire d'une opération d'aménagement, à une SEM ou au titulaire d'un contrat de revitalisation artisanale et commerciale.

La délégation peut porter sur une ou plusieurs parties du périmètre de sauvegarde ou être dévolue ponctuellement pour une aliénation précise.

Conformément au droit commun, les biens préemptés rentrent dans le patrimoine du délégataire.

<sup>3</sup> 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.

## II DELIMITATION PREALABLE D'UN PERIMETRE D'INTERVENTION

### 1 - Motivation

Selon l'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 aliénations à titre onéreux 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, l'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 2010<sup>4</sup> plus de 520 périmètres sur le plan national, les périmètres ciblés représentant 47% du total national et les périmètres globaux 4%. Au 1<sup>er</sup> janvier 2013, en région Ile-de-France, 166 communes avaient délibéré sur des périmètres (soit 13%, sachant qu'environ 40% des commerces franciliens de moins de 300 m<sup>2</sup> sont concernés), 60% d'entre eux sont multi-sites, 30% mono-sites et 10% couvre la totalité du territoire communal ; les motivations portent à 86% sur la préservation de la diversité commerciale, 69% visent à éviter la mono-activité, 45% font valoir la revitalisation et la redynamisation du commerce, 13% la restructuration de l'offre commerciale, 13% la préservation d'un secteur d'activité.

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. Sur ce,

<sup>4</sup> Sources ACFCI et CCIP avec son outil d'observation de la région parisienne Preempt'Co

les préemptions restent encore faibles : une centaine (dont une trentaine en Ile-de-France avec une dizaine de rétrocessions) portant à près de 50% sur des fonds, 45% sur des baux et 6% sur des terrains.

## 2 - Avis préalable des chambres consulaires

L'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 concrets<sup>5</sup> 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 commune dans la définition de périmètres de préemption adaptés aux besoins du commerce de son territoire.

**L'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 »<sup>6</sup>.

## 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. L'absence de ces formalités peut avoir des conséquences importantes sur la décision individuelle de préemption prise ultérieurement sur le fondement de la délibération arrêtant le périmètre non correctement publiée. Une commune avait certes affichée immédiatement cette délibération mais n'avait procédé à son insertion dans la presse que plusieurs mois après. Entre-temps, une décision de préemption était intervenue. Celle-ci a été considérée comme dépourvue de base légale et donc annulée au motif qu'à la date où elle avait été prise la délibération sur le périmètre n'avait pas fait l'objet de l'ensemble des mesures de publicité requise<sup>7</sup>.

**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

<sup>5</sup> 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 ».

<sup>6</sup> Rep. min. Cambon, n°3742, JO Sénat, 28 août 2008, p. 1733.

<sup>7</sup> TA Cergy Pontoise, 16 novembre 2012, req. N°1101703, SARL Planet Sushi

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 ministérielle<sup>8</sup>, 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 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 communes<sup>9</sup> 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 Megaron<sup>10</sup>, 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 décret<sup>11</sup>.

En pratique, ces communes ont tout intérêt à revoir leurs anciennes délibérations; d'autant que cela leur permettrait d'engager une nouvelle réflexion partenariale, l'avis des chambres est alors à recueillir.

<sup>8</sup> Rep. min. Grosskost, n° 16349, JO AN, 19 août 2008, p. 7133

<sup>9</sup> Plus du tiers de celles de Paris-Petite couronne.

<sup>10</sup> 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

<sup>11</sup> Rep. min. Cambon, n°3742, JO Sénat, 28 août 2008, p. 1733.

### 1 - Domaine de la préemption

Il est très large : selon l'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'entreprises<sup>12</sup> 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).

La loi Warsmann du 22 mars 2012 comporte au demeurant une disposition générale qui substitue le terme « cession » inscrit dans les articles L 214-1 et s. du code de l'urbanisme par celui de « aliénation à titre onéreux ». Le formulaire de déclaration préalable vise donc à juste titre 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 cession<sup>13</sup>. 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 toute préemption devant porter sur la vente de biens.

**S'agissant de l'ajout fait par la loi LME et son décret d'application du 22 juin 2009<sup>14</sup>, il concerne les aliénations de terrains portant ou destinés à porter des commerces ou des ensembles commerciaux d'une surface de vente comprise entre 300 et 1000 m<sup>2</sup>.** 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 un projet alternatif favorable au commerce de proximité.

<sup>12</sup> Sauf cas particulier visé au nouvel article R 214-8 (voir infra).

<sup>13</sup> Rép. Min. Santini n° 73329 du 13 juillet 2010, JO AN p. 7870

<sup>14</sup> n°2009-753, JORF du 24 juin 2009



## 2 - Déclaration préalable du cédant

Avant toute aliénation, 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. La déclaration peut également être transmise par voie électronique (en un seul exemplaire) depuis le décret n°2012-489 du 13 avril 2012.

**La loi impose de mentionner dans la déclaration le prix et les conditions de l'aliénation. 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.**

**De surcroît, seule la mention de l'existence d'un acquéreur pressenti était prévue dans l'arrêté de modèle de déclaration, sans que fût précisée son activité.** La prise de décision de préemption par la commune était ainsi rendue plus difficile, car elle avait du mal à la réception de la déclaration à appréhender la situation à l'égard de la diversité commerciale. **En outre, le bail n'avait pas à être joint. Si le montant du loyer était mentionné, l'indication du chiffre d'affaires sur les trois dernières années restait facultative,** comment alors apprécier la situation du commerce ?

**Pour pallier ces lacunes, la loi ACTPE impose l'obligation de préciser dans la déclaration préalable l'activité de l'acquéreur pressenti ; de même, seraient mentionnés le nombre de salariés du cédant et la nature de leur contrat de travail. Le bail est joint et le chiffre d'affaires est précisé si la cession porte sur un fonds ou un bail. La collectivité pourrait ainsi prendre sa décision de préempter en toute connaissance de cause.**

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 aliénations 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 m<sup>2</sup> 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).

### 3 - Décision de préemption

Le silence de la commune pendant un délai de deux mois à compter de la réception de la déclaration ou du premier des accusés de réception ou d'enregistrement électronique, 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'acquiescer 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'acquiescer aux prix et conditions fixés par le juge de l'expropriation ;
- soit sa décision de renoncer à préempter.

La décision est notifiée au cédant par pli recommandé avec demande d'avis de réception, par remise contre décharge au domicile ou au siège social du cédant, ou par voie électronique en un seul exemplaire, sachant que cette notification électronique n'est possible que si la déclaration a été faite de la même manière.

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.

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. On relèvera qu'a été validée une motivation fondée sur la nécessité de **préserver de façon permanente la diversité commerciale face à l'afflux de commerces saisonniers** ; la décision de préemption de deux fonds de commerces était ainsi rédigée : permettre soit la réinstallation dans la rue principale de commerces ou d'artisanats remplacés récemment par des boutiques vendant des produits régionaux à vocation essentiellement saisonnière et touristiques, soit l'installation de producteurs ou d'artisans d'art<sup>15</sup>. En revanche, le maire ne peut se fonder sur des considérations de protection de la sécurité et de l'ordre public : en l'espèce, avait été préemptée un fonds de commerce de café-bar-PMU suite à des plaintes récurrentes pour dégradation des relations de voisinage et stationnement permanent de la clientèle gênant la circulation piétonne et troublant la sécurité et l'ordre public et de graves nuisances induites par ce type d'activité, ces considérations relèvent de législations spécifiques étrangères à l'objectif de préservation du commerce sur les territoires visé à l'article L 214-1 du code de l'urbanisme<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> CAA Bordeaux, 26 mars 2013, req. n° 11BX03234, Commune d'Espelette : jurisdata n°2013-006279, Constr-urb. 2013, n° 5 comm. 67, X. Couton

<sup>16</sup> CE 26 avril 2013, req. n°362949 : M. B. c/ Cne de Roisny-sous-Bois : Defrenois 21/2013, p. 1074, chron. J.P. Meng et G. Daudré

- 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 »<sup>17</sup>, 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.

- Sur le fond, en cas de renonciation expresse (dans le délai de deux mois) ou tacite (à l'expiration du même délai) à préempter, la commune se trouve dessaisie et ne peut ensuite retirer cette décision et décider de préempter, la mention dans la lettre jointe au formulaire de déclaration de la cession d'un « fonds de commerce » alors qu'il s'agissait d'un bail n'est pas de nature à induire en erreur la commune sur la consistance du bien et est donc sans incidence<sup>18</sup>. A contrario, une décision irrégulière peut toujours être retirée : si elle est expresse dans un délai de 4 mois à compter de sa signature, si elle est tacite dans un délai de deux mois à compter de son intervention implicite par expiration du délai.

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 l'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 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.

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.

Pour les 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

<sup>17</sup> Req. N° 342329, AJDA 2011, p. 874 ; Constr-urb. 2011, n°6, comm. 85, L. Santoni ; BJDJ 3/2011, p. 220, concl. C. Landais

<sup>18</sup> CAA Versailles, 17 octobre 2013, req. n°12VE01796, SARL LB Prestations et SARL Flash Back

des services fiscaux (plus précisément France Domaines) en lui précisant si cette transmission vaut demande d'avis (article R 214-4-1).

Quant à la saisine du service des Domaines, pour les fonds de commerce, l'article L 1311-10 du CGCT impose une telle consultation, au-delà d'un montant fixé par arrêté (75 000 euros) avant toute acquisition, y compris par voie de préemption.

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.

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**

---

L'article R 214-9 prescrit un **déai 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.

## **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, l'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, l'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 commerce<sup>19</sup>). 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.

---

<sup>19</sup> 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 RETROCESSION PAR LA COMMUNE

---

### 1 - Recherche d'un repreneur par la commune

---

Selon la loi, la commune doit, dans le délai de deux ans (*depuis la loi Warsmann, au lieu d'un an auparavant*) 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.**

L'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, malgré son prolongement d'un à deux ans, 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

---

**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. 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 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)<sup>20</sup>. Les communes devront donc se montrer très prudentes avant de s'engager dans un processus de préemption.**

**Quant au recours à la location-gérance par la commune**, certes, l'article L 144-5 du Code de commerce dispense les collectivités locales de l'obligation d'avoir exercé pendant deux ans l'activité donnée en gérance mais le ministère de l'intérieur estimait que le principe de la liberté du commerce s'opposait 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 justifiait ; la collectivité exerçait alors une mission de service public industriel et commercial et pouvait par convention en confier la gestion à une personne privée ; mais cette convention ne pouvait être qualifiée de location-gérance, il s'agissait d'un contrat public de délégation de service public ou de marché public selon le mode de rémunération du cocontractant<sup>21</sup>.

S'agissant de la jurisprudence, la Cour administrative d'appel de Bordeaux, dans une affaire qui ne concernait certes pas la préemption commerciale, avait admis que la commune pouvait 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 avait même ici engagé sa responsabilité en écartant des candidats au motif qu'ils n'habitaient pas dans la commune<sup>22</sup>.

Dans un rapport d'information de mars 2011<sup>23</sup>, le député Fasquelle préconisait **l'instauration expresse de cette possibilité de location-gérance pour la commune, ce qu'entérine la loi Warsmann du 22 mars 2012.**

**La loi ACTPE précise qu'en cas de location-gérance, le délai de rétrocession est prolongé de 2 à 3 ans pour permettre à la collectivité de continuer à bénéficier de ce dispositif tant qu'elle n'a pas trouvé de repreneur.**

**Elle énonce également qu'en cas d'exercice de la préemption, le bail reste soumis au statut des baux commerciaux. Le défaut d'exploitation ne peut être invoqué par le bailleur pour le résilier pendant la période de rétrocession.**

### **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).

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

<sup>20</sup> Réponse ministérielle Reynès, n° 20233, JO AN, 23 décembre 2008, p. 11122

<sup>21</sup> Rep. Min. Althapé, n° 18532, JO Sénat, 26 août 1999, p. 2849

<sup>22</sup> CAA Bordeaux, 31 juillet 2003, M. Theil et M. Crampou, BJCL 1/2004, p. 51, concl. Rey

<sup>23</sup> D. Fasquelle, « Pour lutter contre la vacance des locaux commerciaux », rapport d'information n°3192, mars 2011.

**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 bail<sup>24</sup>.

**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.

**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 de rétrocession**

---

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

**Le décret de 2007 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 commune<sup>25</sup>).

<sup>24</sup> 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

<sup>25</sup> Rep. min. Domergue, n° 24592, JO AN, 27 janvier 2009, p. 772



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.

**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 de se retrouver avec une friche.**

## **V** VERS UN DISPOSITIF CONTRACTUEL PLUS SOUPLE EN FAVEUR DU COMMERCE DE PROXIMITE

---

La loi ACTPE introduit, à titre expérimental sur cinq ans, un nouveau dispositif contractuel, souple et rapidement opérationnel. Ce contrat de revitalisation artisanale et commerciale serait mis en œuvre par l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics :

Son objet est :

- d'une part, favoriser la diversité, le développement et la modernisation des activités dans des périmètres marqués soit par une disparition progressive des activités commerciales, soit par un développement de la mono-activité au détriment des commerces et des services de proximité, soit par une dégradation de l'offre commerciale ;
- d'autre part, de contribuer à la sauvegarde et à la protection du commerce de proximité ;

Les quartiers prioritaires de la politique de la ville figurent parmi les périmètres ciblés.

Ce contrat doit mentionner, outre son objet, sa durée, ses conditions de prorogation ou de modification ; le périmètre géographique d'intervention de l'opérateur ; les conditions de rachat, de résiliation ou de déchéance par la collectivité signataire avec, éventuellement, les modalités d'indemnisation dudit opérateur ; les conditions financières de réalisation de l'opération.

L'élaboration du projet de contrat est soumise à concertation publique au titre de l'article L 300-2 du code de l'urbanisme. Sont associées à cette élaboration les CCI territoriales et les CMA, le président de l'EPCI ou du syndicat mixte chargé du SCOT. Le projet de contrat est arrêté par l'organe délibérant des collectivités territoriales signataires.

L'Etat et les collectivités territoriales, ainsi que leurs établissements publics, peuvent charger l'opérateur d'acquérir les biens nécessaires à la mise en œuvre du contrat, y compris, par voie d'expropriation ou de préemption. Celui-ci procède aux ventes, locations ou concessions de biens inclus dans le périmètre ; il assure les travaux nécessaires, les études et les missions selon des objectifs fixés en termes de diversification, de développement et de réhabilitation de l'offre commerciale, avec un calendrier de réalisation dont le non-respect peut être un motif de résiliation anticipée.

La demande d'expérimentation est transmise pour information au Préfet du département. L'attribution du contrat de revitalisation s'effectue après mise en concurrence organisée selon des modalités renvoyées à un décret en Conseil d'Etat.

Les ministres chargés du commerce et de l'urbanisme suivent et évaluent ces expérimentations : un rapport est transmis au Premier ministre fin 2019 avec un document intermédiaire fin 2017, ces

rapports étant préalablement adressés aux collectivités territoriales ayant pris part au dispositif, en vue de recueillir leurs observations.

Ce dispositif contractuel pourrait s'avérer plus efficace et mobilisateur que le seul et très complexe droit de préemption commercial, utile toutefois comme outil de mise en œuvre du contrat.

Enfin, la loi ACTPE prévoit pour éviter la dégradation des locaux commerciaux visibles depuis la rue que le règlement de publicité extérieure peut définir des zones où tout occupant de ces locaux ou, à défaut d'occupant, leur propriétaire, doit veiller à ce que leur aspect extérieur ne porte pas atteinte au caractère ou à l'intérêt des lieux avoisinants.