

Emmanuel Vital-Durand
Avocat associé – Cabinet GIDE

CUA 2022 53-2

Le droit de préemption des fonds de commerce, des baux et terrains commerciaux⁽¹⁾

En retenant comme thème de colloque du GRIDAUH « Les droits de préemption des collectivités territoriales à des fins économiques », le Professeur Norbert Foulquier a non seulement effectué un excellent choix, au regard de l'intérêt du sujet pour les praticiens, mais il a aussi eu la bonne idée d'élargir l'échange aux titulaires de ces droits. L'organisation du séminaire au sein des murs de l'Association des Maires de France et en présence du maire de Rouen est ainsi une initiative très bienvenue, qui a permis d'ouvrir le débat aux élus qui exercent ces prérogatives tout à fait exorbitantes du droit commun.

Il ne s'agit cependant pas de faire ici le procès de ce qu'il a longtemps été convenu d'appeler le « socialisme municipal ». D'une part, cette expression est obsolète dans la mesure où l'interventionnisme économique des collectivités territoriales est une pratique tellement partagée qu'elle ne permet plus de distinguer les orientations politiques de leurs dirigeants. D'autre part, le volontarisme des élus, tendant à préserver l'emploi local et à développer l'activité, apparaît pleinement légitime et n'a pas besoin d'être politiquement caractérisé. Mais l'action des collectivités publiques en matière immobilière, surtout lorsqu'elle entrave la liberté contractuelle des opérateurs privés, ne peut s'inscrire que dans le strict respect du cadre légal imparti, ce qui suppose de poser des limites à la créativité des élus locaux.

À ce titre, l'initiative originale de la ville et de la Métropole de Rouen, exposée précédemment par Nicolas Mayer-Rossignol, n'a pas

été confrontée à l'analyse – et éventuellement la sanction – du juge administratif, ce qui est heureux en termes d'efficacité, mais frustrant pour la validation de ce précédent audacieux en matière de préemption/revente concomitantes d'un site industriel. Or, il y a quelques années, à l'occasion de la fermeture d'un autre grand site papetier dans le Pas-de-Calais, à Corbehem, plusieurs recours avaient été formés (et rejetés) pour s'opposer à la transformation des installations industrielles du groupe finlandais Stora Enso⁽²⁾.

En ce qui concerne le droit de préemption des fonds de commerce et artisanaux, des baux et des terrains commerciaux, que par commodité et usage nous désignerons sous l'expression « droit de préemption commercial », le sujet apparaît relativement bien circonscrit par le droit positif, même si la jurisprudence est peu abondante – ce qui le distingue sur ce point du droit de préemption urbain. Son champ limité n'en fait d'ailleurs pas une alternative au droit de préemption urbain, mais plutôt un instrument complémentaire dans la « boîte à outils » (très fournie) de l'urbanisme commercial, et dont l'usage appelle une certaine vigilance.

Malgré sa relative instabilité, le régime du droit de préemption commercial est étroitement encadré (I). Mais l'exercice de ce droit est en réalité complexe et présente divers risques pour les collectivités territoriales (II).

¹ Intervention d'E. Vital-Durand lors du colloque organisé par le GRIDAUH, « Le droit de préemption des collectivités territoriales à des fins économiques », 7 juin 2022.

² V. en particulier TA Lille, ord. réf., 3 avril 2017, n^{os} 1608876 et 1608869, à propos du défaut d'intérêt à agir de salariés, anciens salariés et syndicalistes à l'encontre d'un permis de démolir.

I. Le droit de préemption commercial fait l'objet d'un encadrement précis

Il ne s'agit pas ici de faire des développements savants sur les prérogatives des collectivités territoriales en matière de préemption des fonds de commerce et des baux et terrains commerciaux. Pour une étude approfondie du sujet, le lecteur est invité à se référer, entre autres, au rapport du Conseil d'État de 2008, et en particulier à la note annexe du président Vandermeeren sur le contentieux de la préemption³. Bien qu'anciennes, ces études demeurent particulièrement pertinentes sur le sujet du dévoiement de certaines pratiques publiques et la difficulté d'articuler les droits de préemption, non seulement avec d'autres droits fondamentaux, tels que la propriété, mais aussi entre eux. Doivent être également recommandés les actes très riches du 112^e Congrès des notaires de France, en 2016, consacré à « la propriété immobilière entre liberté et contraintes ».

En apparence du moins, le cadre juridique du droit de préemption commercial est bien délimité ; il ne repose d'ailleurs que sur quatre articles législatifs du Code de l'urbanisme (L. 214-1 à L. 214-3) et vingt-deux articles réglementaires (R. 214-1 à R. 214-19) auxquels il sera renvoyé ci-après⁴. Pour l'essentiel, ceux-ci sont issus de la loi Dutreil du 2 août 2005, qui institue le droit de préemption commercial, puis successivement de la loi LME du 4 août 2008, la loi Pinel du 18 juin 2014 et, tout récemment, la loi « 3Ds » du 21 février 2022, ainsi que leurs décrets d'application.

En synthèse, le régime de ce droit de préemption peut être exposé autour de quelques rubriques.

Objet du droit de préemption commercial. Pas plus que le droit de préemption urbain, ce droit ne peut être exercé que par effet d'aubaine. Sa finalité est encadrée de manière explicite (et exclusive) par le législateur, « en vue d'une exploitation destinée à préserver la diversité et à promouvoir le développement de l'activité commerciale et artisanale » sur un territoire considéré (C. urb., art. L. 214-2).

3 Conseil d'État, *Le droit de préemption*, La Documentation française, 2008.

4 Ces textes auraient aussi pu être insérés dans le Code de commerce, qui intègre déjà les dispositions régissant l'urbanisme commercial.

Dans de rares espèces, à défaut d'un contentieux pléthorique, le juge administratif a été conduit à sanctionner l'usage inapproprié du droit de préemption commercial. Par exemple, des motifs de protection de l'ordre public, tels que la prévention des troubles de voisinage, ne peuvent pas justifier son exercice⁵. En revanche, ont été regardées comme bien fondées les préemptions visant à permettre la réinstallation, dans la rue principale d'une commune, de commerces ou d'artisanats récemment remplacés par des boutiques vendant des produits régionaux à vocation saisonnière et touristique ainsi que par des galeries d'arts⁶ ; ou faisant état d'une étude relative à la restructuration d'un quartier, d'acquisitions foncières déjà réalisées par la commune dans le cadre de cette restructuration et indiquant que la préemption du fonds s'inscrit dans la politique de préservation de la diversité des commerces⁷ ; ou bien encore tendant au maintien de la diversité de l'offre commerciale, notamment dans un quartier identifié comme prioritaire, et indiquant que l'activité bancaire exercée par le cessionnaire d'un fonds compromet cet objectif, dans la mesure où le centre-ville comporte déjà un nombre important de locaux affectés à des activités de service (66 sur 200 cellules commerciales recensées)⁸. De même, a été validée la préemption d'un fonds de commerce « fondée sur le motif tiré de ce que la zone d'implantation du commerce doit offrir aux habitants une offre commerciale équilibrée entre commerce alimentaire et équipement de la personne et que l'activité du repreneur [agence immobilière] déséquilibre l'attractivité de l'offre dans cette zone commerciale »⁹.

Titulaire du droit de préemption commercial.

L'attributaire de principe du droit de préemption commercial est la commune (C. urb., art. L. 214-1) qui peut, en accord avec lui, déléguer ce droit à l'établissement public de coopération intercom-

5 CE, 26 avril 2013, Xu, n° 362949, à propos d'une décision de préemption d'un fonds de commerce de bar-PMU, en vue de faire cesser les troubles sonores ayant fait l'objet de plaintes récurrentes de riverains.

6 CAA Bordeaux, 26 mars 2013, Commune d'Espellette, n° 11BX03234.

7 CAA Versailles, 7 février 2019, Commune de Drancy, n° 17VE01587.

8 CAA Bordeaux, 12 juillet 2016, Commune de Cahors, n° 14BX03382.

9 CAA Paris, 26 juin 2015, Société Shaliso c/ Cne de Vincennes, n° 14PA02167.

munale (EPCI) dont elle est membre et qui y a vocation (C. urb., art. L. 214-1-1). À la différence du droit de préemption urbain, il s'agit donc d'une délégation volontaire, et non de plein droit. Il peut également être délégué aux concessionnaires des opérations d'aménagement ou aux titulaires d'un contrat de revitalisation artisanale et commerciale. La loi « 3Ds » a enfin récemment étendu sa délégation aux signataires des contrats de projet partenarial d'aménagement au sein des grandes opérations d'urbanisme (GOU).

Champ géographique du droit de préemption commercial. Comme le droit de préemption urbain, ce droit s'exerce dans les secteurs déterminés par le conseil municipal : le « périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité ». Le projet de délibération en cause est soumis à l'avis préalable de la chambre de commerce et de l'industrie (CCI) territoriale et de la chambre de métiers et de l'artisanat dans le ressort desquelles se trouve la commune.

Champ matériel du droit de préemption commercial. Sont soumis au droit de préemption commercial les fonds de commerces, les fonds artisanaux et les baux commerciaux. Y sont également assujettis les terrains portant ou destinés à porter des commerces dans un délai de cinq ans à compter de leur aliénation, lorsque ces commerces sont des magasins de vente au détail ou des (petits) centres commerciaux d'une surface de vente comprise entre 300 et 1 000 m² (C. urb., art. L. 214-1 et R. 214-3).

Seules les aliénations à titre onéreux et volontaires sont concernées. En sont donc exclus les transmissions à titre gratuit (successions, donations, legs), la simple conclusion d'un nouveau bail avec un nouveau preneur⁽¹⁰⁾ (même emphytéotique, sous réserve de fraude), ainsi que les contrats dépourvus d'effet translatif tels que ceux de location gérance et de crédit-bail, de même que les cessions intervenant dans le cadre de procédures collectives⁽¹¹⁾.

Exercice du droit de préemption commercial. Il est conditionné par une déclaration préalable – de nature obligatoire et à peine de nullité de la cession (C. urb., art. L. 214-1, al. 3)⁽¹²⁾ – faite par le

vendeur à la commune, précisant le prix, l'activité de l'acquéreur pressenti⁽¹³⁾, le nombre de salariés du cédant, la nature de leur contrat de travail et les conditions de la cession. Elle comporte le bail commercial et indique le chiffre d'affaires lorsque la cession porte sur un tel bail ou un fonds. Cette déclaration d'intention d'aliéner (DIA) est établie conformément au formulaire réglementaire, visé à l'article A. 214-1 du Code de l'urbanisme⁽¹⁴⁾. Elle est adressée en quatre exemplaires, par lettre recommandée avec avis de réception postal, au maire de la commune. La communication par voie électronique est également admise.

À réception de la DIA, le titulaire de droit de préemption dispose d'un délai de deux mois pour notifier au vendeur sa décision. Et, comme pour le droit de préemption urbain, son silence, au terme de ce délai, vaut renonciation à l'exercice du droit. Le cas échéant, la renonciation, tacite ou explicite, dessaisit le titulaire de son droit qui ne peut retirer cette décision ni, par conséquent, exercer le droit de préemption. Durant le délai imparti, la collectivité peut alternativement :

- renoncer à préempter : le vendeur peut alors réaliser la vente aux prix et conditions figurant dans la DIA (C. urb., art. L. 214-1, al. 4) ;
- acquérir aux prix et conditions visés dans la DIA : l'acte constatant la cession et le paiement du prix doit être dressé dans un délai de trois mois (C. urb., art. R. 214-9) ;
- offrir d'acquérir aux prix et conditions à fixer par l'autorité judiciaire. En ce cas, et à la différence du droit de préemption urbain, la saisine du juge doit intervenir à la seule initiative du titulaire du droit de préemption commercial et dans le délai de deux mois suivant la décision de préempter (C. urb., art. R. 214-6).

Articulation du droit de préemption commercial avec le droit de préemption urbain. Lorsque l'aliénation porte sur un terrain à vocation commerciale, soumis à ce titre au droit de préemption commercial, mais aussi au droit de préemption urbain, c'est la DIA attachée au droit de pré-

10 CAA Versailles, 15 octobre 2015, EURL GME c/ Cne de Saint-Cloud, n° 14VE01467.

11 Par application de dispositions spécifiques du Code de commerce : art. L. 626-1 pour la sauvegarde, art. L. 631-22 pour le redressement judiciaire et art. L. 642-5 pour la liquidation judiciaire.

12 L'action en nullité se prescrivant par cinq ans.

13 *N.B.* : cette information apparaît très utile pour la commune qui peut ainsi renoncer à l'exercice du droit de préemption lorsque l'activité envisagée par l'acquéreur initial satisfait aux objectifs de diversité commerciale.

14 *N.B.* – la renonciation à exercer le droit de préemption commercial sur la base d'une déclaration entachée de « lacunes essentielles » ouvre à son titulaire la faculté de contester la nullité de la cession devant le juge judiciaire (CE, 27 juillet 2015, Commune de Gennevilliers, n° 374646).

emption urbain qui doit être déposée [C. urb., art. R. 214-4, al. 3]. L'articulation de ces deux droits n'est d'ailleurs pas évidente, mais en cas de cession conjointe d'un local commercial et du bail y afférent, aucun texte n'impose à une commune titulaire de ces deux droits de préemption de les exercer simultanément¹⁵. Dans l'hypothèse, en revanche, où la commune a délégué son droit de préemption urbain, celle-ci semble prioritaire pour acquérir l'immeuble commercial, dans la mesure où elle doit informer le délégataire de sa décision de préempter ou non, en lui transmettant, au besoin, copie de la DIA. Par ailleurs, une décision d'exercer le droit de préemption urbain ne peut pas faire l'objet, en cas de contestation, d'une substitution de base légale en faveur d'une décision de mettre en œuvre le droit de préemption commercial, dès lors que l'objet et le régime de ces droits sont distincts¹⁶.

Suites de l'exercice du droit de préemption commercial. La collectivité qui exerce ce droit n'a pas vocation à conserver l'actif préempté. Elle doit, dans le délai de deux ans suivant la vente¹⁷, éventuellement prorogé en cas d'instance judiciaire, rétrocéder le fonds de commerce ou artisanal, le bail commercial ou le terrain à vocation commerciale à une entreprise immatriculée au registre du commerce et des sociétés (RCS) ou au répertoire des métiers en vue de l'exploiter, en préservant la diversité de l'activité commerciale et artisanale dans le périmètre concerné.

La rétrocession du bien fait l'objet d'un cahier des charges précisant les conditions de sa future utilisation [C. urb., art. R. 214-11], puis d'un appel à candidatures [C. urb., art. R. 214-12]. Au terme de cette procédure, et en cas de succès de la consultation, la rétrocession est autorisée par délibération de l'organe délibérant de la collectivité concernée [C. urb., art. R. 214-14], et fait l'objet d'une publicité spécifique, à savoir l'affichage en mairie, pour une durée de quinze jours, d'un avis comportant la désignation sommaire du fonds, du bail ou du terrain rétrocédé, le nom et la qualité du cessionnaire ainsi que les conditions financières de l'opération [C. urb., art. R. 214-15].

II. L'exercice du droit de préemption commercial présente plusieurs difficultés et n'est pas exempt de risques pour son titulaire

La singularité du droit de préemption commercial a souvent été soulignée par les praticiens et la doctrine, tant pour des raisons politiques – telles que l'atteinte aux droits du bailleur ou du cessionnaire – que juridiques¹⁸. Ce sont, ici, essentiellement les aspects pratiques de la question qui seront évoqués, notamment à l'attention des élus¹⁹. Deux motifs de critique apparaissent ainsi récurrents : la lourdeur de la procédure de rétrocession et les risques financier et contentieux encourus par la collectivité en cas de préemption.

Lourdeur de la procédure de rétrocession.

Comme nous l'avons compris, en cas d'exercice du droit de préemption commercial, la collectivité territoriale n'est pas censée rester titulaire du titre ou de l'actif préempté, mais est tenue de rétrocéder le fonds, le bail ou le terrain préempté, dans le délai de deux ou trois ans courant à compter de la prise d'effet de la cession. Cette obligation entraîne un certain nombre de conséquences pendant la période intermédiaire durant laquelle la commune doit revendre le bien.

Pendant cette période, la collectivité encourt d'abord le risque de non-usage des locaux loués, c'est-à-dire non seulement le risque d'accroître la difficulté de retrouver un repreneur du fait de la perte de valeur du fonds, mais également celui de devoir

18 V., entre autres, J.-P. Blatter, « Interrogations autour de nouveaux droits de préemption des communes », *AJDI* 2005, p. 705 ; D. Dutrieux, « Les cessions de fonds de commerces, de fonds artisanaux et de baux commerciaux désormais soumises au droit de préemption ! », *JCP N* 2005, p. 1377 ; C. Saint-Alary-Houin, « Le droit de préemption de bail commercial en cas de cession, un droit bien singulier ! », *Dr. et Patr.*, n° 2015, juin 2012, p. 68.

19 Même si la situation de la collectivité territoriale qui a préempté le bail commercial et qui se retrouve ainsi titulaire d'un droit attaché à une activité commerciale, en dépit de son statut de personne publique, laisse perplexe au plan des principes... En effet, depuis la loi Pinel, qui inverse la logique initiale de la loi Dutreil, les dispositions du Code de commerce continuent de s'appliquer après la préemption exercée par la collectivité – à l'exception notable de l'une d'entre elles : le défaut d'exploitation du fonds ne peut pas être invoqué par le bailleur pour mettre fin au bail commercial [C. com., art. L. 145-2-III].

15 CAA Versailles, 20 octobre 2016, SCI GARY C, n° 14VE01828.

16 CAA Lyon, 4 juillet 2017, Commune de Rochetaillée-sur-Saône, n° 16LY04324.

17 Ce délai est porté à trois ans en cas de mise en location-gérance du fonds de commerce ou du fonds artisanal.

assumer le paiement des charges et des loyers, qu'elle use ou non du droit au bail. La collectivité se retrouve, en effet, investie de toutes les obligations du titulaire du fonds, qu'il s'agisse du paiement des loyers, de l'obligation d'entretien, mais aussi du paiement des salaires, voire des charges de licenciement du fait de la cession automatique des contrats de travail en cours conclus par le cédant pour l'exploitation du fonds aliéné. Pour écarter ces risques, la collectivité doit gérer le fonds ou exploiter le terrain préempté, soit directement – alors qu'elle n'en a ni la vocation, ni les moyens, ni la compétence –, soit indirectement en recourant à un tiers par un contrat de location-gérance (portant alors le délai de rétrocession à trois ans).

Durant cette même période, la collectivité devra, comme indiqué plus haut, élaborer un cahier des charges sur le projet de rétrocession, précisant les éléments incorporels et corporels inclus dans le fonds à céder, les conditions financières attendues mais aussi – et surtout – encadrant le futur usage du fonds ou du terrain (activités autorisées ou exclues), puis organiser une mise en concurrence des candidats repreneurs par une publicité adéquate, dont la nature, le contenu et la durée ne sont nullement précisés par les textes et dont l'issue demeure par nature incertaine. Certes, la méconnaissance de l'obligation de rétrocession dans le délai imparti par le Code de l'urbanisme n'est pas sanctionnée par la loi. Toutefois, en cas de dépassement de ce délai, l'acquéreur évincé (s'il a été mentionné dans la DIA) bénéficie d'un droit de priorité pour la rétrocession du bien ou du titre (C. urb., art. R. 214-16), mais sans que l'on sache alors s'il doit respecter le cahier des charges élaboré par la collectivité (avec notamment une activité imposée) ou s'il pourra poursuivre son projet initial avant l'exercice du droit de préemption commercial.

Enfin, la rétrocession du bail commercial nécessite, à peine de nullité, l'accord du bailleur, qui doit figurer dans l'acte de rétrocession (C. urb., art. L. 214-2, al. 3). À ce titre, le bailleur est informé au préalable des conditions de la rétrocession, qu'il peut contester devant le juge judiciaire (C. urb., art. R. 214-13). Et à défaut d'accord, la situation est bloquée, faute de dispositions spécifiques.

Risques financier et contentieux. Indépendamment du règlement du loyer et des charges par la collectivité, tant que le nouveau locataire ou propriétaire n'a pas été désigné, celle-ci doit supporter non seulement le coût de la préemption mais aussi le risque que, en cas de rétrocession, cette dernière intervienne à un montant inférieur à celui de l'acquisition lors de l'exercice du droit de préemption. Ce risque est d'ailleurs moindre que celui,

nullement théorique, de ne pas pouvoir trouver de repreneur compte tenu de la situation du bien, notamment en zone dégradée. Or, le Code de l'urbanisme ne règle nullement des questions telles que les conditions de résiliation du bail ou de l'indemnisation du bailleur en cas de perte de valeur du fonds. Les risques précités n'ont échappé ni à la doctrine, ni même à l'administration, à tel point que la « fiche outils » mise en ligne par le ministère de la Cohésion des territoires souligne, à l'attention des collectivités territoriales, les « points de vigilance » qu'appelle l'exercice de ce droit, à savoir « un suivi opérationnel important » et « un risque de blocage de la rétrocession du fonds »^[20].

L'avocat praticien doit aussi souligner les risques contentieux attachés à l'ensemble de la procédure, au demeurant devant trois juridictions différentes :

- le tribunal administratif (au fond et en référé^[21]) s'agissant de la contestation de l'exercice du droit de préemption ;
- le juge de l'expropriation s'agissant de la discussion du prix et des conditions de la préemption ;
- le tribunal judiciaire en cas d'opposition du bailleur à la rétrocession du bail commercial.

Conclusion

L'ensemble de ces considérations conduit ainsi à recommander le plus grand discernement dans l'usage du droit de préemption commercial, qui ne peut se justifier que par des considérations spécifiques : soit dans des secteurs délaissés par les activités commerciales et artisanales, pour tenter d'y réinsérer un élément essentiel de la vie sociale et de la satisfaction des besoins de proximité, soit dans des secteurs à forte activité économique, pour y réguler la nature des activités qui y sont exercées. Dans les deux cas, l'objectif poursuivi souligne le caractère éminemment politique du droit conféré aux collectivités territoriales.

20 CEREMA, « FICHE OUTILS - Le droit de préemption commercial (DP commercial) », juin 2020, disponible sur le site Internet.

21 Le Conseil d'État a pu juger, en matière de droit de préemption commercial, que « la condition d'urgence doit en principe être constatée lorsque [l'acquéreur évincé] en demande la suspension ; que cette présomption n'a en revanche plus lieu de s'appliquer lorsque l'acquéreur est entré en possession du bien ou du droit objet de la décision de préemption litigieuse » [CE, 27 avril 2011, SARL LB PRESTATIONS DE SERVICES, n° 342329].