



Eric Morgantini

DEA Droit des affaires

Le droit de préemption des communes en matière commerciale : de Dutreil à Pinel

Créé par la loi Dutreil du 2 août 2005, il confère aux communes qui l'ont institué la possibilité de se porter acquéreur par priorité des fonds de commerce, artisanaux et des baux commerciaux cédés dans un périmètre défini. Etendu en 2008 par la LME à certains terrains à usage commercial¹, il a également été enrichi par la dernière des lois Warsmann de simplification du droit et d'allègement des démarches administratives du 22 mars 2012.

C'est toutefois loin d'être un succès. Une enquête révélait qu'en 2010, 422 communes avaient défini un périmètre de sauvegarde, 81 biens avaient été préemptés et 6 rétrocédés.

La loi Pinel a donc souhaité faciliter l'exercice de ce droit afin de développer son utilisation par les communes, qu'une décision du Conseil d'Etat avait bien refroidies.

I. Une première tentative d'extension aux effets mitigés

Le droit de préemption commerciale a été triplement renforcé par la loi de simplification du droit du 12 mars 2012 (dite Warsmann IV), mais l'essor espéré a été freiné par une décision du Conseil d'Etat du 26 avril 2013.

A. Un élan...

La loi Warsmann, pour rendre cet outil plus efficace et favoriser son utilisation, a étendu son champ d'application et sécurisé la phase précédant la rétrocession.

¹- portant ou destinés à porter des commerces ou des ensembles commerciaux d'une surface de vente comprise entre 300 et 1000 m².

1. Un champ d'application étendu

Plus que les ventes : les aliénations à titre onéreux. Ce fut la modification principale. Les articles L 214-1 et L 214-2 du Code de l'urbanisme visaient, pour sa mise en œuvre, les « cessions » de fonds ou de baux. Le décret d'application du texte (art. R.214-3) faisait quant à lui référence aux « aliénations à titre onéreux » des mêmes biens. Or, ces deux termes recouvrent des réalités différentes. Le second est en effet beaucoup plus large, puisque peuvent être inclus non seulement les ventes, mais aussi les apports ou les échanges. En d'autres termes, le décret d'application conférait à ce droit de préemption un champ d'application plus étendu que celui qui avait été fixé par la loi elle-même. L'on pouvait alors douter de la validité et de l'applicabilité de cette extension.

La loi de simplification a ici opéré une sorte de « régularisation » en conférant une portée légale au texte réglementaire. A compter de cette loi, le droit de préemption s'est désormais appliqué à toute « aliénation à titre onéreux de fonds de commerce ou artisanal et de bail commercial » (ainsi que de terrain à usage commercial). Reste à savoir comment la commune peut matériellement exercer un droit de préemption dans des hypothèses (échange, apport) où il n'existe pas de prix. C'est le juge de l'expropriation, saisi par la commune, qui doit alors le fixer.

2. Une gestion facilitée pour une meilleure rétrocession

– *La location-gérance du fonds consacrée.* Lorsque la préemption concerne un fonds de commerce ou artisanal, la commune doit en principe poursuivre son exploitation afin qu'il conserve sa valeur et ne disparaisse pas. En effet, à défaut d'exploitation pendant une période qui varie selon la notoriété du fonds, la taille de la commune dans lequel il est exploité et le nombre de fonds similaires alentours, la clientèle, qui est l'élément déterminant du fonds, disparaît.

Deux possibilités sont offertes aux communes qui souhaitent poursuivre l'activité du fonds préempté : l'exploitation en régie, c'est-à-dire « en direct », par des employés communaux, ou la mise en location-gérance du fonds. La loi de simplification a ici confirmé expressément la faculté pour la commune de consentir un contrat de location-gérance. La solution semblait entendue, mais les choses vont mieux en le disant.

Précisons que si la commune veut créer une activité distincte de celle cédée ou n'acquiert qu'un droit au bail, la location-gérance est impossible. Afin de pouvoir le donner en location-gérance, il faut en effet que le fonds préexiste, ce qui suppose nécessairement une exploitation initiale en régie.

– *Deux ans pour revendre.* Une fois la préemption exercée, les communes disposaient d'un délai d'un an pour procéder à la rétrocession des baux ou des fonds à un commerçant ou à un artisan. Or, comme l'ont révélé les débats préparatoires, en pratique, compte tenu de la difficulté de trouver des repreneurs dans certains secteurs, comme le commerce de bouche, ce délai d'un an était insuffisant. De même, en cas d'acquisition d'un bail (ou d'un fonds dont on veut modifier l'activité), ce délai d'un an est très court pour créer un nouveau commerce.

La loi Warsmann a donc porté de un à deux ans le délai dans lequel la commune doit rétrocéder le fonds ou le bail préempté. La mise en location-gérance du fonds, qui suppose la recherche d'un locataire-gérant et exige en pratique une certaine durée d'exécution du contrat devait également en être facilitée.

B. ... Vite brisé

Même si la CAA de Bordeaux a pu préciser que la décision de préemption n'imposait pas une consultation obligatoire du directeur des services fiscaux², celle-ci ne peut néanmoins être prise à la légère, comme l'a rappelé le Conseil d'Etat.

1. Sécurité et ordre public ne peuvent justifier la préemption

Pour exercer le droit de préemption de sa commune sur un fonds de commerce de café, bar, PMU, le maire de Rosny sous Bois avait justifié sa décision par l'existence de plaintes récurrentes concernant ce fonds, d'une dégradation des relations de voisinage, du stationnement permanent de la clientèle gênant la circulation piétonne et troublant la sécurité et l'ordre public ainsi que de graves nuisances induites par ce type d'activité.

Par un arrêt du 26 avril 2013, le Conseil d'Etat, relevant que cette décision se fondait sur des motifs de protection de la sécurité et de l'ordre public qui ne sont pas au nombre de ceux prévus par les dispositions législatives relatives au droit de préemption, annule une ordonnance du juge des référés qui avait refusé de suspendre l'exécution de la décision de préemption. Le droit de préemption ne peut avoir d'autre objet que la sauvegarde des activités commerciales et artisanales de proximité.

2. En creux : un lourd formalisme

Au-delà de l'affirmation de ce principe, l'intérêt de la décision est « de soumettre le contenu et la forme de la décision (de préemption) à des exigences de même nature que celles valant pour les décisions de préemption en matière d'urbanisme »³.

Il en résulte que la commune doit justifier « de la réalité d'un projet en vue duquel le droit de préemption aurait été exercé » et que sa décision doit « faire apparaître la nature de ce projet ». Or, comme le relève un commentateur, ces obligations d'établir la réalité du projet que l'acquisition envisagée permet d'entreprendre et celle de motiver sa décision « sont des règles que la jurisprudence administrative applique constamment dans le domaine des préemptions d'urbanisme »⁴:

Toutefois, les juges semblent se montrer relativement indulgents avec cette motivation puisque a par exemple été reconnue valable une décision de préemption fondée sur la nécessité de préserver de façon permanente la diversité commerciale face à l'afflux de commerces saisonniers⁵.

II. Les nouvelles armes de Pinel

Toujours dans l'objectif de développer la boîte à outils des collectivités afin de favoriser la diversité et lutter contre la mono-activité et la désertification commerciale, la loi Pinel a encore modifié le droit de préemption en facilitant à nouveau la décision de préemption et la gestion du bien préempté.

A. La préemption facilitée

La loi Pinel cherche à obtenir ce résultat de deux manières : par une meilleure information préalable et par la faculté de déléguer le droit de préemption à des intervenants mieux dotés et plus expérimentés.

2- 23 mars 2013, *JurisData* n° 006279.

3- note ss l'arrêt préc. in *RJDA* 2013, n° 786.

4- *RJDA*, préc.

5- *CAA Bordeaux*, préc. note 2.

1. Une déclaration préalable plus étoffée

C'était l'un des principaux reproches faits à cette loi : comment se prononcer avec si peu d'informations ? En effet, le texte limitait le contenu de la DIA aux seuls prix et conditions de la cession. Désormais, l'article L.214-1 nouveau du Code de l'urbanisme exige que la déclaration comporte également l'activité de l'acquéreur pressenti, afin de déterminer si l'affectation d'origine sera ou non maintenue, le nombre de salariés du cédant, qui représentent un coût non négligeable pour le préempteur, ainsi que la nature de leur contrat de travail. Le bail commercial doit aussi être joint à la déclaration - la nature des activités autorisées est déterminante –, qui doit en outre préciser le chiffre d'affaires lorsque la cession porte sur un bail commercial ou un fonds de commerce ou artisanal. Cette précision est certes indispensable pour apprécier la situation du commerce, mais on en saisit mal l'intérêt en cas de cession de bail.

2. De nouveaux titulaires du droit de préemption

Préempter coûte cher et gérer une entreprise, voire en créer une, est plus complexe que gérer un immeuble. Les communes, de surcroît, n'ont pas véritablement d'expérience en ce domaine. Aussi, afin d'éviter les fiascos et surtout, permettre une extension de l'utilisation du droit de préemption, la loi nouvelle a-t-elle autorisé la délégation de ce droit. Jusqu'alors, seules les sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) pouvaient exercer, par délégation ou directement, la préemption commerciale⁶. Désormais, les communes faisant partie d'un EPCI pourront lui déléguer tout ou partie des compétences qui lui sont attribuées en matière de préemption. La délégation (et même la subdélégation par l'EPCI) est également prévue au profit d'un établissement public « y ayant vocation », d'une SEM, du concessionnaire d'une opération d'aménagement ou enfin du titulaire d'un contrat de revitalisation artisanale et commerciale (créée par la loi Pinel).

La délégation peut porter sur une ou plusieurs parties du périmètre de sauvegarde, mais aussi être accordée à l'occasion de l'aliénation d'un bail, d'un fonds ou d'un terrain. Les biens acquis entreront alors dans le patrimoine du délégataire⁷.

B. Mieux gérer et revendre

La suspension des effets du bail prévue par la législation antérieure laissait planer des doutes sur la gestion du contrat après préemption. La loi nouvelle y remédie et allonge la durée du délai au-delà duquel le bien doit être rétrocédé, afin de trouver le bon repreneur.

1. Le régime du bail avant rétrocession

L'article L.145-2 du Code de commerce excluait l'application du statut des baux commerciaux pendant la période dont dispose la commune pour procéder à la rétrocession. Des difficultés étaient alors susceptibles de se présenter : était-ce un bail de droit commun, pouvait-on donner congé, mettre en œuvre une clause résolutoire, offrir le renouvellement ? Il s'avérait en réalité que le bail commercial était plus protecteur de la commune.

Afin de clarifier la situation, la loi Pinel rend désormais le statut des baux commerciaux applicable pendant toute cette période. Le texte précise judiciairement que le défaut d'exploitation du fonds pendant l'opération liée au droit de préemption de la commune ne peut être invoqué par le bailleur pour mettre fin au bail. Rappelons que sauf mise en œuvre d'une clause l'impo-

6- depuis la loi du 28 mai 2012 : Code de l'urbanisme, art. L.327-1.

7- Code de l'urbanisme, art. L.214-1-1.

sant, le défaut d'exploitation ne peut justifier la résiliation du bail ; seul le refus de renouvellement peut être invoqué par le bailleur. Manifestement, le texte devrait également rendre impossible la mise en œuvre d'une éventuelle clause résolutoire. Toutefois, si le statut est applicable, d'autres problèmes peuvent se rencontrer, notamment dans le cadre de cessions isolées de baux en dernière période triennale (qui ne confèrent pas de droit au renouvellement pour le cessionnaire) ou encore en l'absence d'immatriculation si le fonds n'est pas donné en location-gérance ni exploité en régie (en cas de délégation notamment)...

2. L'allongement du délai de rétrocession

Afin de faciliter la recherche d'un repreneur mais aussi pour trouver un locataire-gérant, la loi Pinel, répondant à une demande forte, étend de nouveau le délai de rétrocession déjà augmenté d'un an, on l'a vu, par la loi de 2012. Il est ainsi porté à trois ans, mais uniquement en cas de mise en location-gérance du fonds de commerce ou artisanal. A propos de cette mise en location-gérance, il faut relever que si la commune est dispensée du délai de deux ans d'exploitation (c. com. ,art. L. 144-5), tel pourra ne pas être le cas de tous les délégataires...

Conclusion : un système dévoyé ?

On peut s'interroger sur l'opportunité d'avoir institué un droit de préemption en cas de vente de fonds. En effet, pourquoi préempter alors que l'exploitation du commerce a vocation à être poursuivie par l'acquéreur du fonds ? En quoi l'exploitation par la commune serait-elle plus de nature à sauvegarder le commerce de proximité que l'exploitation par le commerçant qui allait acquérir le fonds ? L'idée ne serait-elle pas plutôt de préempter lorsque la commune veut faire cesser le commerce exploité ou modifier l'activité exercée ? Dès lors, la question de son exploitation ne se pose plus dans les mêmes termes. Il s'agira alors de savoir comment exploiter un nouveau commerce, ce qui exclut le recours à une location-gérance immédiate.