

# Du bon usage du droit de préemption commercial



Somme toute assez récent dans notre paysage législatif puisqu'il a été instauré par la loi de 2005 en faveur des PME, le droit de préemption commercial a depuis lors fait l'objet de nombreuses modifications. Son objectif est clairement de résoudre au mieux les problèmes posés par l'aménagement des centres-villes en termes de défense du commerce de proximité et de l'artisanat, qu'il s'agisse d'en conserver la diversité ou d'en promouvoir certaines particularités. Le point sur ce droit de préemption très spécifique.

**Q**ualifié de « dispositif novateur » par l'exécutif (1), le droit de préemption commercial se définit comme le droit de préemption des communes (ou des EPCI, le cas échéant) sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce, les baux commerciaux et sur les terrains portant ou susceptibles de porter entre 300 et 1 000 m<sup>2</sup> de surface commerciale destinés à recevoir dans un délai de cinq ans des magasins de vente au détail ou des centres commerciaux (2).

## L'institution d'un périmètre de sauvegarde

Le droit de préemption commercial ne peut s'exercer qu'à l'intérieur d'un périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité, délimité par une délibération motivée de l'organe délibérant de l'autorité titulaire du droit de préemption au vu du contexte local. Autrement, ce n'est qu'à

l'intérieur dudit périmètre que seront soumises au droit de préemption commercial les aliénations à titre onéreux de fonds artisanaux, de commerce ou de baux commerciaux, ainsi que celles de terrains précités. La dimension du périmètre retenu varie en fonction des circonstances d'espèce, pouvant porter tant sur l'ensemble d'un centre-ville que sur quelques quartiers ou quelques rues seulement. La mise en place de ce dispositif n'est pas liée à l'existence d'un plan local d'urbanisme (PLU). Au surplus, a été jugée comme non sérieuse, et ne justifiant donc pas la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité, la prétention selon laquelle le droit de préemption ne peut constituer un motif d'intérêt général permettant de porter une atteinte proportionnée au droit de propriété ou à la liberté d'entreprendre, ou encore plus généralement à la liberté contractuelle ayant valeur de principes constitutionnels, au regard de l'objectif

poursuivi qu'est la sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité de façon à assurer le maintien de la diversité commerciale et artisanale en centre-ville (3).

A noter que si le droit de préemption commercial était, à l'origine, exclusivement communal, la loi « Pinel » du 18 juin 2014 a prévu qu'une commune membre d'un EPCI y ayant vocation, peut, en accord avec cet établissement, lui déléguer tout ou partie des compétences en la matière. L'institution du périmètre de sauvegarde, et l'exercice du droit de préemption afférent, peuvent donc être délégués par la commune à cet EPCI (4).

## Le parcours du projet de délibération

Le projet de délibération du conseil municipal ou, le cas échéant, de l'organe délibérant de l'EPCI, doit être soumis pour avis à la chambre de commerce et d'industrie (CCI) territoriale et à la chambre des métiers et de

l'artisanat dans le ressort desquelles se trouve la commune. Leurs avis seront réputés être favorables en l'absence d'observations dans les deux mois de leur saisine. Par ailleurs, le projet de délibération doit être accompagné du projet de plan délimitant ledit périmètre et 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.

Enfin, la délibération délimitant le périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité doit faire l'objet de mesures de publicité et d'information, à savoir un affichage en mairie pendant un mois et une insertion d'une mention dans deux journaux diffusés dans le département.

## Une déclaration préalable obligatoire

L'exercice du droit de préemption commercial exige, au





préalable, une déclaration spécifique du cédant (5). Celle-ci précise le prix, l'activité de l'acquéreur pressenti, le nombre de salariés du cédant, la nature de leur contrat de travail et les conditions de la cession. Elle comporte également le bail commercial, le cas échéant, et précise le chiffre d'affaires lorsque la cession porte sur un bail commercial ou un fonds artisanal ou commercial.

La déclaration préalable peut également indiquer les honoraires de négociation à la charge de l'acquéreur, qui seront alors opposables au titulaire du droit de préemption. Elle est obligatoire sous peine de l'annulation de la vente, sachant qu'une action en nullité peut être exercée devant le juge judiciaire dans un délai de cinq ans à compter du jour où le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer (6).

La déclaration préalable doit être adressée en quatre exemplaires au maire de la commune où est situé le fonds, l'immeuble dont dépendent les locaux loués ou le terrain portant les commerces ou destiné à porter des commerces d'une surface de vente comprise entre 300 et 1 000 mètres carrés, par lettre recommandée avec demande d' accusé de réception (LRAR), ou par voie électronique en un seul exemplaire. La déclaration peut aussi être déposée en mairie contre récépissé.

Le Conseil d'Etat a rappelé, dans un arrêt de principe, que la déclaration préalable vise notamment à ce que les propriétaires qui ont décidé de vendre un bien susceptible de faire l'objet d'une préemption sachent de façon certaine et dans de brefs délais s'ils peuvent ou non poursuivre l'aliénation envisagée (7).

■ Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, dite loi « Pinel ».

■ Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

■ Arrêté du 29 février 2008 relatif à la déclaration préalable à la cession de fonds artisanaux, de fonds de commerce ou de baux commerciaux et modifiant le code de l'urbanisme.

■ Code de l'urbanisme, art. L. 213-1 à L. 213-3, R. 214-1 à R. 214-9, et A. 214-1.

■ CGCT, art. L. 1231-2, L. 2122-22 et L. 5211-9.

### Des cas spécifiques à surveiller

Il existe toutefois, dans certaines hypothèses, quelques spécificités. Ainsi, lorsque l'aliénation porte sur le terrain sus-défini, la déclaration doit préciser, selon le cas, la surface de vente du commerce existant sur le terrain ou la possibilité d'implanter sur le terrain, dans les cinq ans suivant l'aliénation, un commerce d'une surface de vente comprise entre 300 et 1 000 m<sup>2</sup>. Par ailleurs, en cas de cession par voie d'adjudication, c'est le commissaire-priseur, le greffier de la juridiction ou le notaire chargé de procéder à la vente, selon la nature de l'adjudication, qui procède à cette déclaration préalable. Elle est alors adressée au maire trente jours au moins avant la date fixée pour la vente par LRAR ou par voie électronique. En cas de cession de gré à gré concernant une entreprise en liquidation judiciaire, le liquidateur procède, avant la signature de cet acte, à une déclaration préalable dans les mêmes formes.

A noter enfin que lorsque la commune a délégué son droit de préemption, le maire doit transmettre la déclaration au délégataire, et lorsque le délégataire est un EPCI ayant lui-même délégué ce droit, son président doit transmettre à son tour la déclaration à son délégataire.

### Une décision de préemption à motiver

La décision de préemption doit intervenir dans le délai de deux mois à compter de la réception de la déclaration préalable. Elle est notifiée par LRAR au cédant ou au bailleur commercial si la cession porte sur le bail commercial.

Dans l'hypothèse d'une déclaration incomplète, le titulaire du droit de préemption peut adresser au propriétaire une demande de précisions complémentaires, qui proroge le délai de deux mois (8). A défaut de réponse du titulaire du droit de préemption commercial dans le délai ainsi imparti, son silence vaut renonciation à l'exercice de ce droit. Le cédant peut alors réaliser la vente aux prix et conditions figurant dans sa déclaration. Il convient de noter qu'en cas de préemption sur adjudication, le titulaire du droit de préemption dispose seulement d'un délai de trente jours à compter de l'adjudication pour notifier, par LRAR ou par voie électronique, au greffier ou au notaire sa décision de se substituer à l'adjudicataire. La substitution ne peut intervenir qu'au prix et aux conditions de la dernière enchère ou de la surenchère.

La décision de préemption doit être motivée et mentionner l'acceptation du prix proposé ou l'offre d'un autre prix, à peine d'illégalité. Elle devra notamment faire apparaître les

raisons pour lesquelles l'acquisition concourt à la sauvegarde des activités artisanales et commerciales, en pérennisant leur présence ou en diversifiant l'offre. La seule référence à la motivation de la délibération instituant le périmètre ne saurait a priori suffire. En tout état de cause, les motifs de la décision de préemption doivent pouvoir être rattachés au droit de préemption commercial (9). Si le titulaire du droit de préemption souhaite acquérir malgré un désaccord sur le prix ou les conditions indiquées dans la déclaration préalable, il devra saisir le juge de l'expropriation dans le délai de deux mois suivant la réception de la déclaration préalable de cession.

### L'exercice du droit de préemption peut être délégué

Le conseil municipal (ou le cas échéant l'organe délibérant de l'EPCI) peut choisir de déléguer son droit de préemption au profit du maire (ou président de l'EPCI). Il peut également leur déléguer le pouvoir de subdéléguer. Par ailleurs, la délégation d'exercice du droit de préemption commercial peut bénéficier à une tierce personne. En effet, ce droit peut être délégué par la commune ou subdélégué par l'EPCI à un établissement public y ayant vocation, à une société d'économie mixte, au concessionnaire d'une opération d'aménagement, à la personne titulaire d'un contrat de revitalisation artisanale et commerciale ou encore à l'opérateur dans le cadre d'une opération de revitalisation de territoire (ORT). Cette délégation du droit de préemption résulte d'une délibération du conseil municipal ou, le cas échéant, de l'organe ●●●



●●● délibérant de l'EPCI qui précise les conditions auxquelles est subordonné l'exercice des compétences déléguées. Elle peut porter sur une ou plusieurs parties du périmètre de sauvegarde ou être accordée à l'occasion de l'aliénation d'un fonds de commerce, d'un fonds artisanal, d'un bail commercial ou de terrains.

## La cession : prix, conditions et délais

L'acte constatant la cession est dressé dans un délai de trois mois suivant la notification de l'accord sur le prix et les conditions indiqués dans la déclaration préalable ou de la décision judiciaire devenue définitive. Le non-respect de ce délai paraît toutefois sans conséquence puisqu'il n'est pas de nature à fonder une demande de rétrocession du propriétaire. Le paiement du prix doit, en principe, intervenir au moment de l'établissement de l'acte constatant la cession.

## La rétrocession afin de doper l'activité commerciale

Le titulaire du droit de préemption, qui n'a pas vocation à conserver indéfiniment le fonds, le bail ou le terrain préempté, doit trouver un repreneur. La rétrocession doit intervenir dans le délai de deux ans à compter de la prise d'effet de l'aliénation à titre onéreux, au bénéfice d'une entreprise immatriculée au registre du commerce et des sociétés (RCS) ou au répertoire des métiers. Cette rétrocession s'effectue via un appel à candidatures, qui s'accompagne de l'établissement d'un cahier des charges permettant d'assurer le respect des objectifs de diversité de l'activité commerciale ou artisanale. Ce cahier des charges

est approuvé par délibération du conseil municipal (ou le cas échéant de l'organe délibérant de l'EPCI) qui accepte la rétrocession et indique les raisons du choix du cessionnaire.

## Une publicité imposée

La décision de rétrocession devra faire l'objet de mesures de publicité. En effet, d'une part, préalablement à ladite décision, le maire doit publier, par voie d'affichage en mairie pendant une durée de quinze jours, un avis de rétrocession, comportant l'appel à candidatures, la description du fonds, du bail ou du terrain, le prix proposé et mentionnant que le cahier des charges peut être consulté en mairie. Lorsque la rétrocession porte sur un bail commercial, l'avis précise que la rétrocession est subordonnée à l'accord préalable du bailleur. Il indique le délai dans lequel les candidatures doivent être présentées. D'autre part, dans le mois suivant la signature de l'acte de rétrocession, le maire doit procéder à l'affichage en mairie, pendant 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. A noter que lorsque l'exercice du droit de préemption a été délégué, le délégataire transmet les avis susvisés au maire qui en assure la publicité dans les mêmes conditions. L'acte de rétrocession peut être résilié en cas d'inexécution par le cessionnaire du cahier des charges.

Il existe une particularité lorsque la rétrocession porte sur un bail commercial : dans cette hypothèse, la rétrocession est subordonnée, à peine de nullité,

à l'accord préalable du bailleur. En effet, ce dernier peut s'opposer au projet de rétrocession, en saisissant, selon la procédure accélérée au fond, le président du tribunal judiciaire du lieu de situation de l'immeuble dont dépendent les lieux loués. Il devra, le cas échéant, notifier au titulaire du droit de préemption, dans un délai de deux mois suivant la réception du projet d'acte, la saisine motivée de la juridiction ; à défaut, il est réputé avoir donné son accord à la rétrocession.

Le délai imparti au titulaire du droit de préemption pour procéder à la rétrocession est suspendu à compter de la notification du projet d'acte au bailleur jusqu'au recueil de son accord ou, à défaut d'accord, pendant la durée de la procédure jusqu'à l'intervention d'une décision juridictionnelle devenue définitive.

## Attention à l'utilisation temporaire du fonds préempté !

Par ailleurs, il convient d'être particulièrement vigilant sur l'utilisation temporaire du fonds préempté. Certes, il peut être mis en location-gérance pendant le délai à l'issue duquel il doit être procédé à la rétrocession. Mais encore faut-il trouver un commerçant ou un artisan intéressé, d'où un risque de vacance qui doit être anticipé afin d'éviter une dépréciation du fonds et sa dévalorisation. En cas de location-gérance, le délai de rétrocession du fonds de commerce ou artisanal est porté à trois ans. Enfin, l'acquéreur évincé, dans le cas où son identité a été mentionnée dans la déclaration préalable, bénéficie d'un droit de priorité d'acquisition si la rétrocession n'est pas intervenue à l'expiration du délai de deux

ans susvisé (ou trois ans en cas de location-gérance).

Dans la mesure où les conditions de l'exercice de ce droit de priorité ne sont pas précisées par le législateur, la commune (ou l'EPCI compétent) dispose d'une large marge de manœuvre en la matière.

(1) Qualifié comme tel par le rapport sur la mise en application de la loi du 2 août 2005, transmis par le gouvernement au Parlement le 5 juillet 2006.

(2) En sont exclus les biens ou droits inclus dans la cession d'une ou de plusieurs activités prévues dans un plan de sauvegarde ou dans un plan de cession organisé dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, de même que les cessions non onéreuses.

(3) CA Paris, 15 juin 2011, n° 11/02341.

(4) La commune peut également faire le choix de ne déléguer que cette dernière compétence.

(5) Il s'agit de la déclaration préalable visée à l'art. A. 214-1 du code de l'urbanisme, formulaire Cerfa n° 13644\*02.

(6) Article 2224 du code civil.

(7) CE, 27 juillet 2015, n° 374646.

(8) CE, 27 juillet 2015, précité.

(9) Tel n'est pas le cas des motifs de protection de la sécurité et de l'ordre public (CE, 26 avril 2013, n° 362949).

Par Barbara Rivoire, avocate associée, Sensei avocats