



CCI PARIS ILE-DE-FRANCE

PREEMPTION COMMERCIALE

OPPORTUNITES ET PRECAUTIONS A PRENDRE

Dominique MORENO

Janvier 2024

SOMMAIRE

I COMPETENCE	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 DE 2007	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	13
5 - PASSATION DE L'ACTE DE VENTE ET PAIEMENT DU PRIX	14
6 - CAS PARTICULIERS DE L'ADJUDICATION ET DE LA LIQUIDATION JUDICIAIRE	14
IV RETROCESSION	15
1 - RECHERCHE D'UN REPRENEUR PAR LA COMMUNE	15
2 - EXPLOITATION DU FONDS PENDANT LA PERIODE TRANSITOIRE DE RETROCESSION	16
3 - ACTE DE RETROCESSION	16
4 - ABSENCE DE REPRENEUR A L'EXPIRATION DU DELAI DE RETROCESSION	17

Régi par le Code de l'urbanisme¹, le droit de préemption urbain permet à une collectivité territoriale de se substituer à l'acquéreur lors de la vente de biens, **sachant que seuls les biens immobiliers sont visés, les biens et droits mobiliers, comme les fonds de commerce ou les baux commerciaux, en étant exclus²**. C'est la procédure la plus utilisée en pratique. Une opération de préservation et de développement du commerce dans des centres-villes ou des quartiers peut ainsi justifier une telle action, la collectivité locale ou son délégataire 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, a ouvert 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 dédié (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. 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.

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 et ses textes d'application (décret n°2015-815 du 3 juillet 2015 et décret n°2015-914 du 24 juillet 2015) apportent également leur pierre à l'édifice. La loi ELAN (évolution du logement, de l'aménagement et du numérique) n°2018-1021 du 23 novembre 2018 ne touche pas directement la préemption commerciale sauf à préciser le devenir des contrats de revitalisation artisanale et commerciale auxquels la loi 3DS n°2022-317 du 21 février 2022 substitue, à titre pérenne, le contrat de revitalisation commerciale (C. urb. art. L 300-9). La loi n°2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification du droit des sociétés intervient en matière de location-gérance. La loi sur l'industrie verte n°2023-973 du 23 octobre 2023 élargit l'exercice de ce droit pour favoriser la mutation de zones d'activité économique intégrées dans une grande opération d'urbanisme vers de la mixité fonctionnelle.

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

² Constituant une limitation 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 susceptible de délégation, notamment à une SEM locale, d'où la nécessité de veiller à une bonne coordination des périmètres et actions de préemption : 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 délégataire³.

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 m² de surface de vente. Ces sociétés peuvent être créées par les collectivités locales et leurs groupements qui en détiennent la totalité du capital, elles sont compétentes en matière d'opérations d'aménagement au sens du code de l'urbanisme sans mise en concurrence préalable.

La loi ACTPE change la donne (art. L 214-1-1) :

- 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. Cette délégation résulte d'une délibération du conseil municipal qui en précise les conditions, le cas échéant ; elle peut être retirée dans les mêmes formes ;
- D'autre part, la commune ou cet EPCI peut le déléguer à un établissement public y ayant vocation (par exemple, EP compétent en matière de développement économique, foncier, d'aménagement, EPARECA auquel se substituera au plus tard le 1^{er} janvier 2020 l'Agence nationale de la cohésion des territoires créée par la loi n°2019-753 du 22 juillet 2019...), à un concessionnaire d'une opération d'aménagement (clause ou délibération spéciale), à une SEM (même en dehors d'une concession d'aménagement) ou au titulaire d'un contrat de revitalisation commerciale. Cette délégation résulte là encore d'une délibération du conseil municipal ou de l'organe délibérant de l'EPCI ayant reçu délégation de la commune ; elle en précise, le cas échéant, les conditions et peut être retirée dans les mêmes formes. Cette délégation pourra bénéficier aux opérateurs des opérations de revitalisation du territoire

³ 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.

(ORT) créées par la loi ELAN dans les villes éligibles au plan gouvernemental « Action cœur de ville » (hors métropoles).

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

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 (CGCT, art. L. 2122-22). Pour ne pas tomber dans l'excès de formalisme, lorsqu'une commune a délibéré pour confier au maire l'exercice des droits de préemption du livre 2 du code de l'urbanisme, un acte de délégation propre à la préemption commerciale n'est pas requis sauf si dans sa formulation, la délibération initiale a exclu ce mode de préemption⁴.

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

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.

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. L'existence ou non d'un PLU est sans incidence.

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 ou de l'organe délibérant de l'EPCI auquel la compétence a été déléguée, 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.

⁴ Rep. min. Masson, n°00442 : JO Sénat, 21 sept. 2017, p. 2921. Voir aussi : M. C. Pelé, Délégation en matière de droit de préemption commerciale : innovations et constance avec le droit de préemption urbain : JCP A 2017, n°19, 2130

Les collectivités semblent utiliser plutôt à bon escient, 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.

Enfin, même si aucun texte ne l'y oblige, **il est indispensable de coordonner ces périmètres de sauvegarde avec ceux de protection des linéaires commerciaux du PLU, et ce dans une vision globale stratégique du territoire.**

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, cet avis sollicité par le maire ou le président de l'EPCI, 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.

Les critères concrets⁵ 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 son « grand intérêt », eu égard à la connaissance par ces organismes de l'activité commerciale et artisanale, il « gagnerait donc à être pris en compte »⁶.

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 ou intercommunale 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 requise⁷.

L'arrêt du Conseil d'Etat du 10 mai 2017, Société ABH Investissement⁸ précise que la délibération instaurant le droit de préemption urbain n'est pas un acte réglementaire, de même que celle

⁵ 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 ».

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

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

⁸ Req. n°398736 : jurisdata n°2017-008861 ; JCP A 2017, n°20, act. 380, L. Erstein

concernant le périmètre d'une ZAD, elle se borne à rendre applicable dans l'espace considéré les dispositions d'urbanisme relatives à la préemption et ne comporte aucune dispositions normatives nouvelles. Par conséquent, cette délibération ne peut plus être contestée dès lors qu'elle est devenue définitive, **l'exception d'illégalité à son encontre ne sera alors plus recevable lors d'un recours contre une décision individuelle de préemption**, sauf si elle constitue avec cette dernière une opération complexe, ce que nie le Conseil d'Etat.

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, 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, **l'article R 214-2 n'impose pas d'annexer le périmètre arrêté au PLU**, comme il en est obligatoirement pour les zones de préemption de droit commun (article R 151-52 du Code de l'urbanisme).

Mais rien n'interdit au maire ou au président de l'EPCI délégataire de procéder spontanément à ces mesures. Cela a été confirmé dans une réponse ministérielle⁹, 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 relatif au certificat d'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 de 2007

Certaines communes¹⁰ 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 Megaron¹¹, 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 décret¹².

⁹ Rep. min. Grosskost, n° 16349, JO AN, 19 août 2008, p. 7133

¹⁰ Plus du tiers de celles de Paris-Petite couronne.

¹¹ 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

¹² Rep. min. Cambon, n°3742, JO Sénat, 28 août 2008, p. 1733.

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. Des voies de délégation peuvent aussi être examinées à cette occasion.

III EXERCICE DE LA PREEMPTION : ENTRE DROIT COMMUN ET SPECIFICITE

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'entreprises¹³ 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 cession¹⁴. 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 2009¹⁵, 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 m². Le but est de permettre au titulaire du droit de préemption s'il 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'est envisagé un projet alternatif favorable au commerce de proximité.

¹³ Sauf cas particulier visé au nouvel article R 214-8 (voir infra).

¹⁴ Rép. Min. Santini n° 73329 du 13 juillet 2010, JO AN p. 7870

¹⁵ n°2009-753, JORF du 24 juin 2009

La loi sur l'industrie verte du 23 octobre 2023 introduit un article L 214-2-1 ouvre la faculté de recourir au droit de préemption commercial pour inciter au remembrement de terrains pour libérer du foncier en particulier en faveur de l'industrie. Le périmètre de préemption peut concerner le périmètre d'une grande opération d'urbanisme (GOU) ainsi qualifiée en vertu de l'article L 312-3 du Code de l'urbanisme ; cette GOU est prévue par un contrat de projet partenarial d'aménagement (art. L 312-1) : en raison de ses dimensions ou de ses caractéristiques, sa réalisation requiert un engagement conjoint de l'Etat, de collectivités territoriales et de leurs groupements. Le périmètre de préemption est défini par délibération motivée sur tout ou partie d'une zone d'activité économique au sens de l'article L 318-8-1 du présent code (zone d'activité industrielle, commerciale, tertiaire, artisanale, touristique, portuaire ou aéroportuaire) pour favoriser la mixité fonctionnelle. L'acte de qualification de la GOU ou tout acte ultérieur peut délimiter des secteurs d'exercice du droit de préemption après avis de la commune.

Dans ces secteurs sont soumis au droit de préemption les aliénations à titre onéreux de terrains accueillant ou destinés à accueillir des commerces d'une surface de vente comprises entre 1 000 et 4 000 m².

Le droit de rétrocession peut alors être porté à 6 ans, voire 7 ans en cas de location-gérance.

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. En cas de délégation, le maire ou le président de l'EPCI (ayant reçu la déclaration du maire) la transmet au délégataire.

La loi de 2005 prévoyait certes de mentionner dans la déclaration le prix et les conditions de l'aliénation. Mais 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, doivent mentionnés le nombre de salariés du cédant et la nature de leur contrat de travail. Le bail doit être joint et le chiffre d'affaires précisé si la cession porte sur un fonds ou un bail. Le titulaire du droit de préemption pourra ainsi prendre sa décision de préempter en toute connaissance de cause.

Le formulaire de déclaration n°13644*02 a été mis à jour pour intégrer ses modifications¹⁶.

Par ailleurs, apparaît subitement dans le formulaire spécifique de déclaration un droit de délaissement, dont l'instauration relève normalement de la loi. Concrètement, ce droit est fléché sur le bailleur, donc en pratique dans le cas où il n'y aurait plus de locataire commerçant et de potentiel repreneur, il peut alors mettre en demeure la commune d'acheter le bien, celle-ci ayant deux mois

¹⁶ Rep. min. Apparu, n°61679 : JOAN, 16 mai 2017, p3636, concernant l'obligation de mentionner l'activité de l'acquéreur pressenti.

pour réagir en donnant suite ou en renonçant tacitement ou expressément, étant bien précisé que le titulaire du droit de préemption reste toujours libre d'acquérir ou pas¹⁷.

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. L'article R 214-10 spécifie qu'elle s'exerce devant le tribunal judiciaire du lieu de situation du fonds ou des locaux loués.

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

3 - Décision de préemption

Le silence du titulaire du droit de préemption 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 le titulaire du droit de préemption notifie au cédant :

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

La procédure de demande de pièces complémentaires issue du droit commun de préemption (C. urb. art. L 213-2 al. 1) n'est pas applicable au droit de préemption commercial et ne lui sera pas étendue. En effet, ce droit spécifique intervient dans un domaine très circonscrit et est exercé dans le seul but d'une rétrocession ultérieure à un commerçant ou artisan. De plus, les informations contenues dans la déclaration précisées en 2014 sont suffisantes pour établir l'authenticité de l'aliénation¹⁸

¹⁷ Rep. Min. Portelli, n°04864 : JO Sénat, 28 août 2008, p. 1727

¹⁸ Rep. min. Meunier, n°23366 : JOAN, 17 mars 2020, p. 2252

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. S'il est identifié dans la déclaration, il convient de notifier également à l'acquéreur évincé afin de faire courir le délai de recours, sinon celui-ci sera possible à tout moment.

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.

- 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 », Commune de Genevilliers¹⁹, 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, selon un arrêt de principe du Conseil d'Etat du 27 juillet 2015, Commune de Genevillier, en cas de **renonciation à préempter**, expresse (dans le délai de deux mois) ou tacite (à l'expiration du même délai), le titulaire du droit de préemption se trouve dessaisi et ne peut ensuite retirer cette décision et décider de préempter. Si la déclaration est incomplète, il peut solliciter les précisions manquantes, demande qui proroge d'autant le délai de deux mois, mais une fois la renonciation intervenue soit tacitement par expiration du délai, soit expressément par décision prise pendant ce délai, il ne peut plus se rétracter. Si le contrat de cession a été passé et s'il estime que la déclaration était entachée de lacunes substantielles de nature à entraîner la nullité de ladite cession, il peut alors saisir le juge judiciaire. En l'espèce, la déclaration visant expressément une cession de bail, 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. En effet, la renonciation ressortait d'une mention inscrite sur le formulaire de déclaration signée par le premier adjoint au maire. Enfin, il ressort de l'arrêt qu'il importe peu que la lettre de notification de la décision de préemption ait été envoyée par courrier simple et non par RAR.²⁰ En tout état de cause, on rappellera qu'une décision de préemption irrégulière peut toujours être retirée dans un délai de 4 mois à compter de sa signature ou de son intervention tacite (Code des relations entre le public et l'administration, article L 242-1).

¹⁹ Req. N° 342329, AJDA 2011, p. 874 ; Constr-urb. 2011, n°6, comm. 85, L. Santoni ; BJD 3/2011, p. 220, concl. C. Landais

²⁰ CAA Versailles, 17 octobre 2013, req. n°12VE01796, SARL LB Prestations et SARL Flash Back, confirmé par CE 27 juillet 2015, req. n°374646, Commune de Genevilliers : JCP A 2015, n°36, act. 747, L. Erstein, AJDA 2015, p. 1565

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).

FOCUS SUR L'OBLIGATION DE MOTIVATION

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 est insuffisante. 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'art²¹. **En revanche, le maire ne peut se fonder sur des considérations étrangères au commerce comme la 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'urbanisme²².

Dans un important arrêt du 15 décembre 2023, SAS NM Market c/Cne de Sainte-Foy-lès-Lyon (n°470167 : AJDA 2023, p. 2369), le Conseil d'Etat applique au droit de préemption commercial le principe dégagé en droit commun par sa jurisprudence du 6 juin 2012, Société RD Machines Outils²³ relative à la réalité du projet justifiant la préemption et l'existence d'un intérêt général suffisant. Cette jurisprudence irrigue l'ensemble du régime de la motivation de toute décision de préemption en considérant qu'il appartient au juge administratif de vérifier si le projet envisagé par le titulaire du droit de préemption est de nature à justifier légalement l'exercice de ce droit eu égard notamment aux caractéristiques du bien faisant l'objet de l'opération ou au coût prévisible de cette dernière et si ce projet répond à un intérêt général suffisant.

Dans l'affaire jugée en 2023, la décision de préemption prise par le maire portait sur la cession du droit au bail consentie par une société d'auto-école au profit de la SAS NM Market qui exploitait un commerce de boucherie attenant et souhaitait ainsi l'agrandir tout en complétant son activité notamment par une offre de traiteur oriental. En tant qu'acquéreur évincé, la SAS avait demandé, sans succès, au juge des référés du TA de suspendre l'exécution de la décision de préemption.

Pour censurer l'ordonnance de rejet du référé-suspension, le Conseil d'Etat énonce :

- En premier lieu, qu'aux termes de l'article L. 210-1 du code de l'urbanisme renvoyant à l'article L 300-1, le droit de préemption peut être exercé pour les actions ou opérations d'aménagement ont pour objets d'organiser la mutation, le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques ;

²¹ CAA Bordeaux, 26 mars 2013, req. n° 11BX03234, Commune d'Espelette : jurisdata n°2013-006279, Constr-urb. 2013, n° 5 comm. 67, X. Couton

²² 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

²³ N°342328

- En deuxième lieu, qu'il résulte des articles L 214-1 et L 214-2 du même code fixant les conditions d'exercice spécifique du droit de préemption commerciale, combinés aux articles L 210-1 et L 300-1 précités, que les collectivités titulaires du droit de préemption peuvent **légalement** exercer ce droit :
 - d'une part, **si elles justifient, à la date à laquelle elles l'exercent, de la réalité d'un projet d'action ou d'opération d'aménagement répondant aux objets mentionnés à l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme**, alors même que les caractéristiques précises de ce projet n'auraient pas été définies à cette date ;
 - et d'autre part, **si elles font apparaître la nature de ce projet dans la décision de préemption** ;
 - en outre, la mise en oeuvre de ce droit doit, eu égard notamment aux **caractéristiques du bien, en l'occurrence le fonds artisanal ou commercial ou le bail commercial**, faisant l'objet de l'opération ou **au coût prévisible de cette dernière, répondre à un intérêt général suffisant** ».

En l'espèce, une délibération du conseil municipal avait délimité plusieurs périmètres de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité dans les secteurs de la commune où des menaces pesaient sur la diversité commerciale et artisanale, dont l'un incluait le lieu de situation du commerce en cause.

Selon le Conseil d'Etat, « en écartant comme n'étant pas propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée les moyens tirés, d'une part, de l'absence de justification de la réalité d'un projet répondant aux objectifs mentionnés à l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme et, d'autre part, de ce que la mise en oeuvre du droit de préemption ne répondait pas à un intérêt général suffisant, alors que ni la décision de préemption attaquée, qui se borne à se référer à cette délibération et à indiquer que l'extension d'un commerce déjà existant va à l'encontre de l'objectif de diversité commerciale et artisanale ayant présidé au choix de délimiter ce périmètre, n'apportait de précision quant à la nature du projet poursuivi, notamment la ou les activités commerciales ou artisanales dont l'installation ou le développement seraient organisés dans le périmètre en cause, laquelle ne ressortait pas non plus de la délibération délimitant le périmètre, ni les autres pièces du dossier qui lui était soumis n'indiquaient la nature de ce projet, le juge des référés du tribunal administratif a dénaturé les pièces du dossier et commis une erreur de droit ».

- Quant à la **condition d'urgence** liée au prononcé du référé-suspension d'une décision de préemption, le Conseil d'Etat confirme sa jurisprudence sur la **présomption d'urgence** :
 - **Eu égard à l'objet d'une décision de préemption et à ses effets vis-à-vis de l'acquéreur évincé, la condition d'urgence doit en principe être regardée comme remplie** lorsque celui-ci demande la suspension d'une telle décision.
 - **Il peut toutefois en aller autrement dans le cas où le titulaire du droit de préemption justifie de circonstances particulières, tenant par exemple à l'intérêt s'attachant à la réalisation rapide du projet qui a donné lieu à l'exercice du droit de préemption.**

Il appartient au juge des référés de procéder à une appréciation globale de l'ensemble des circonstances de l'espèce qui lui est soumise. En l'espèce, la commune ne justifiait pas de la nécessité de réaliser le projet ayant donné lieu à l'exercice du droit de préemption dans des délais rapides et, ce faisant, de circonstances particulières de nature à permettre que la condition d'urgence ne soit pas, en l'espèce, regardée comme satisfaite.
- **Enfin, quant à l'existence d'un moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée**, le Conseil d'Etat relève que les moyens tirés de l'absence de justification

de la réalité d'un projet répondant aux objectifs mentionnés à l'article L. 300-1 et de l'absence de preuve apportée par la commune d'un intérêt général suffisant, sont propres à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision de préemption.

Au final, la décision de préemption est donc suspendue jusqu'à ce qu'il soit statué au fond sur sa légalité.

4 - Fixation judiciaire du prix

Selon l'article R 214-6, en cas de désaccord sur le prix ou les conditions de vente, le titulaire du droit de préemption, s'il 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, au seul titulaire 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 parfois craindre 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 des services fiscaux (plus précisément la Direction de l'immobilier de l'Etat -DIE-, ex. France Domaines) en lui précisant si cette transmission vaut demande d'avis (article R 214-4-1). Une consignation de 15% du montant estimé par les Domaines est réalisée dans les conditions du droit commun (C. urb. art. L 213-4-1)

Quant à la saisine des Domaines, pour les fonds de commerce, l'article L 1311-10 du CGCT impose une telle consultation, au-delà d'un montant fixé et mis à jour par arrêté (valeur de 180 000 euros) avant toute acquisition, y compris par voie de préemption. Pour les baux, le seuil est de 24 000 euros toutes charges comprises.

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).

Toujours par renvoi au droit commun (art. L 213-7), 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 au titulaire du droit de préemption. En cas de renonciation par ce dernier à la préemption après fixation judiciaire du prix, le cédant retrouve la liberté d'aliénation mais au **prix de la DIA actualisé**.

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

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

Surtout, le texte comporte une avancée importante : il précise expressément que « le prix est payé au moment de l'établissement de l'acte constatant la cession » ; cela bien évidemment sous réserve de l'accomplissement des mesures de publicité prévues par les articles L 141-12 et suivants du Code de commerce pour les ventes de fonds de commerce (enregistrement de l'acte, publication d'un extrait dans un support 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.

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

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 30 jours au moins avant la date fixée pour la vente. Puis dans un délai de 30 jours à compter de l'adjudication, le titulaire du droit de préemption notifie s'il 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 cas de délégation, le maire ou le président de l'EPCI (ayant reçu la déclaration du maire) la transmet au délégataire.

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 commerce²⁴). 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. En cas d'acquisition par le titulaire du droit de préemption, le liquidateur en informe l'acquéreur évincé. A l'exception de ce cas particulier des ventes de gré à gré autorisées par le juge-commissaire, il n'est pas envisagé d'étendre la préemption commerciale dans le domaine des procédures collectives : ces deux droits poursuivent des objectifs différents (diversité commerciale d'un côté et survie d'une entreprise de l'autre), de plus, l'intervention du juge de l'expropriation n'est pas compatible en termes de délai avec la nécessité d'assurer la poursuite de l'activité d'une entreprise²⁵.

²⁴ 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.

²⁵ Rep. min. Aubert, n°88120 : JOAN, 26 janv. 2016, p. 796

IV RETROCESSION

1 - Recherche d'un repreneur par la commune

Le titulaire du droit de préemption 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 – 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 ou l'organe délibérant de l'EPCI ayant reçu délégation, 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, le titulaire du droit de préemption a un délai assez court pour trouver un repreneur, commerçant ou artisan. Dans le cas de terrains préemptés, il s'agira de disposer d'un projet commercial alternatif favorable au commerce de proximité.

Pour ce faire, l'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. En cas de délégation, le délégataire transmet au maire cet avis et c'est ce dernier qui en assure la publicité.

Le risque contentieux reste présent : 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 loi ACTPE énonce 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. La question de la gestion d'une clientèle par le titulaire du droit de préemption est délicate. 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. Le titulaire du droit de préemption doit être donc en mesure de faire face financièrement à une situation très dommageable de perte de valeur du fonds. De plus, **il devra s'acquitter à l'égard du bailleur de l'ensemble des obligations contenues dans le bail ainsi que des loyers et il 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)²⁶. Il lui faut donc se montrer prudent avant de s'engager dans un processus de préemption.**

Le recours à la location-gérance a fait longtemps débat jusqu'à ce que la **loi Warsmann du 22 mars 2012 consacre expressément la possibilité de location-gérance au titre de la préemption commerciale.**

La loi n°2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification du droit des sociétés supprime l'obligation pour le propriétaire du fonds de commerce de l'avoir exploité pendant deux ans avant de le mettre en location-gérance, obligation dont étaient toutefois dispensés les collectivités locales et l'EPARECA mais avec des exceptions qui créaient des distorsions²⁷. Cette obligation ne vaut plus quelle que soit la personne concernée.

La loi ACTPE précise qu'en cas de location-gérance, le délai de rétrocession est prolongé de 2 à 3 ans pour permettre au titulaire du droit de préemption de continuer à bénéficier de ce dispositif tant qu'il n'a pas trouvé de repreneur.

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.

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

²⁶ Réponse ministérielle Reynès, n° 20233, JO AN, 23 décembre 2008, p. 11122

²⁷ Cette dispense ne concernait pas les EPCI, les SEM, les concessionnaires d'aménagement et les établissements publics autres que l'EPARECA (auquel se substituera l'Agence nationale de la cohésion des territoires). Ces entités devaient donc obtenir une ordonnance du président du TGI, rendue sur simple requête et après avoir entendu le ministère public, les autorisant à s'affranchir de cette obligation d'exploitation pendant deux ans, à condition de justifier de l'impossibilité d'exploiter le fonds personnellement ou par l'intermédiaire d'un préposé (art. L 144-4 du code de commerce).

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. En cas de délégation, le délégataire transmet cet avis au maire qui en assure la publicité. En cas de délégation, le délégataire transmet cet avis au maire qui en assure la publicité.

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 ; aura ainsi été préempté un fonds et rétrocédé un bail²⁸.

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

En cas de volonté d'opposition, le bailleur saisit le président du tribunal judiciaire du lieu de situation selon la procédure accélérée au fond, pour la faire valider judiciairement.

La saisine motivée doit néanmoins être notifiée au titulaire du droit de préemption 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.

Cela étant, il est utilement prévu 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 dans le délai légal de deux ans.

L'article R 214-16 a certes tenté de pallier cette lacune en faisant 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 commune²⁹). 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.

²⁸ 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

²⁹ Rep. min. Domergue, n° 24592, JO AN, 27 janvier 2009, p. 772

S'agissant du cas des terrains, le titulaire du droit de préemption a tout intérêt à avoir pressenti un projet commercial alternatif avant de décider de préempter, afin d'éviter de se retrouver avec une friche.

Sur ce dernier point, il faut signaler que la loi ACTPE (art. 18) 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.
