

Le droit de préemption commercial. Difficultés d'application et perspectives d'évolution.

Etude sur la mise en œuvre du droit de préemption régi par le Code de l'urbanisme.

Responsables de l'étude:

Etienne FATOME

Jean-François STRUILLOU

Le GRIDAUH a conduit, avec le concours de la Société d'Economie Mixte d'Aménagement de l'Est de Paris, une recherche sur les principaux problèmes juridiques que soulève la mise en œuvre du droit de préemption commercial. Cette recherche a permis de mettre en lumière les lacunes de la réglementation qui encadre ce droit, ainsi que les difficultés d'interprétation que celle-ci entraîne. Ont également été analysées, sur la base de ce diagnostic, les mesures qui pourraient être prises pour aboutir à un droit de préemption commercial plus efficace et mieux accepté.

Il ressort de cette analyse que l'une des principales limites de ce dispositif tient à l'incomplétude de la déclaration d'intention d'aliéner, l'information ici délivrée à la commune ne lui permettant pas de préempter un bien dans des conditions satisfaisantes. Aussi est-il proposé de compléter le contenu de cet acte pour que celui-ci comporte le chiffre d'affaires réalisé au cours des trois dernières années, le nom et l'adresse de l'acquéreur ainsi que l'activité que celui-ci envisage d'exercer. Il est également suggéré que les baux commerciaux soient joints à la déclaration d'intention d'aliéner. Une évolution en ce sens éviterait les « préemptions à l'aveugle », mais aussi sécuriserait l'exercice du droit de préemption en facilitant la notification de la décision de préemption à l'acquéreur évincé.

Il a aussi été constaté que la commune n'est pas habilitée à déléguer le droit de préemption commercial à un établissement public de coopération intercommunale ou à une société d'économie mixte, alors même que ces derniers peuvent légitimement prétendre à utiliser ce droit, lorsqu'ils participent à la définition et à la mise en œuvre des politiques publiques visant à assurer la diversité commerciale. Ce constat invite sans nul doute à étendre les hypothèses dans lesquelles le droit de préemption commercial peut être délégué.

L'étude montre encore que les règles qui imposent au titulaire du droit de préemption de recueillir l'avis de France domaine manquent de cohérence. Alors que les acquisitions de fonds de commerce doivent dans certains cas être précédées d'une demande d'avis, aucune disposition ne paraît obliger les communes à recueillir cet avis avant l'acquisition d'un fonds artisanal. Il paraît dès lors nécessaire de toiletter les textes afin de lever cette ambiguïté.

L'étude est en revanche plus réservée quant à une évolution visant à soumettre au droit de préemption commercial les cessions de biens commerciaux compris dans un plan de cession d'entreprise en difficulté, ou les ventes de fonds de commerce sous forme de cessions de parts ou d'actions de sociétés commerciales. Pareillement, il paraît difficilement envisageable de faire entrer dans le champ de la préemption la

conclusion des baux commerciaux, cette évolution risquant de bouleverser en profondeur un droit qui jusqu'ici a toujours été compris comme ayant vocation à s'exercer à l'occasion d'aliénations.

Cette recherche s'est enfin intéressée aux difficultés d'interprétation que soulèvent les dispositions qui imposent à la commune de recueillir l'accord du bailleur avant de rétrocéder le bail commercial, ou encore à la question de savoir si la commune a la possibilité de modifier le genre d'activité qui peut être exercé dans les lieux loués, avant de rétrocéder un bail commercial contenant une clause de spécialisation. D'une manière générale, il ressort de cette analyse que la « préemption pour autrui » se révèle ici infiniment délicate à mettre en œuvre, la marge de manœuvre dont dispose la commune pour rétrocéder le bail commercial étant bien plus étroite que celle dont elle dispose lorsqu'elle rétrocède un immeuble. C'est dire que les bouleversements engendrés par le droit de préemption commercial, aussi légitimes qu'ils soient, ne vont pas sans heurts dès lors qu'ils autorisent une autorité publique à s'immiscer dans des processus de droit privé qui ont leur logique propre.

Sommaire

I. Contenu de la déclaration d'intention d'aliéner	5
A. Position du problème	5
B. Proposition	7
1° Enrichir le contenu de la DIA	7
a) Intérêt de cette évolution	7
a.1. Sécuriser l'exercice du droit de préemption	7
a.2. Éviter la préemption dite « à l'aveugle »	8
b) Une évolution qui a été consacrée pour d'autres droits de préemption.....	9
2° Adapter le formulaire de DIA aux évolutions législatives récentes	10
II. Champ d'application matériel	12
A. Biens compris dans un plan de cession d'entreprise en difficulté	12
1° Rappel du droit positif.....	12
2° Proposition	13
B. Bail commercial conclu à la suite de la résiliation d'un ancien bail	14
1° Position du problème.....	14
2° Proposition	14
C. Cessions de parts de sociétés commerciales	16
1° Position du problème.....	16
2° Proposition	17
III. Délégation du droit de préemption commercial	18
A. Etat du droit positif	18
B. Propositions.....	18
IV. Avis de France domaine	21
A. Intérêt	21
B. Champ d'application	21
C. Proposition	23
1° Avis des domaines et préemption des fonds artisanaux.....	23
2° Avis des domaines et préemption des baux commerciaux.....	24
V. Rétrocession du bail commercial et accord préalable du bailleur.....	26
A. Position du problème	26

1° Le droit d'opposition du bailleur à la rétrocession est « inspiré » du droit des baux commerciaux	27
a) Le droit positif	27
b) Perspectives d'évolution.....	29
2° Le droit d'opposition du bailleur à la cession ou à la rétrocession du bail commercial n'est pas un droit absolu	30
a) La cession du bail commercial	30
b) La rétrocession par la commune du bail commercial	31
b.1. Les motifs justifiant le refus du bailleur de consentir à la rétrocession du bail.....	32
b.2. Les pouvoirs du président du tribunal de grande instance	33
VI. Rétrocession et déspécialisation du bail commercial	36
A. Position du problème	36
B. Éléments de réponse.....	36
1° Changement de destination par la voie amiable.....	37
2° Changement de destination par la procédure de déspécialisation	38
a) Les modalités de mise en œuvre	38
1) Déspécialisation partielle.....	38
b) Déspécialisation plénière.....	39
b) Suspension du statut des baux commerciaux pendant la période transitoire.....	40
C. Proposition	41

I. Contenu de la déclaration d'intention d'aliéner

A. Position du problème

En application des dispositions de l'alinéa 2 de l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme, tout vendeur d'un fonds de commerce, d'un fonds artisanal, d'un bail commercial situés dans un périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité doit adresser au maire de la commune une déclaration préalable de son projet d'aliénation en précisant dans cet acte « le prix et les conditions de la cession ». À l'intérieur de ce périmètre, les aliénations à titre onéreux de terrains portant ou destinés à porter des commerces d'une surface de vente comprise entre 300 et 1 000 mètres carrés sont également subordonnées à la souscription préalable d'une déclaration d'intention d'aliéner.

Cette obligation a été instaurée afin que le titulaire du droit de préemption soit en mesure d'apprécier si l'acquisition du bien par la commune peut être de nature à assurer la sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité dans le périmètre concerné, ou encore à promouvoir cette activité dans ce secteur. L'information dispensée dans cet acte doit, par conséquent, être complète et précise, afin de permettre au titulaire du droit de préemption de savoir à quoi il s'engage en exerçant son droit¹.

Force est néanmoins de constater que la DIA – laquelle est faite à partir d'un formulaire qui a été approuvé par arrêté ministériel² – ne remplit que très partiellement le rôle qui lui est ainsi assigné, en raison de son incomplétude. Les praticiens et la doctrine juridique s'accordent à reconnaître que deux types de mentions essentielles n'apparaissent pas dans cette déclaration³.

S'agissant du bien à céder, la déclaration se contente d'une description très sommaire de ce dernier. Le vendeur n'est pas ainsi tenu de mentionner le chiffre d'affaires réalisé au cours des trois dernières années, cette information étant considérée comme facultative. Une commune n'est donc pas fondée à retourner une DIA au vendeur en exigeant que soit mentionnée une telle information. Autre inconvénient, ce même formulaire n'exige pas la communication du bail en cours, ce qui ne permet pas à la collectivité de savoir très précisément à quoi elle s'engage lorsqu'elle exerce son droit de préemption.

Quant aux informations relatives à l'acquéreur, il est aussi fort regrettable que la DIA n'oblige pas le vendeur à préciser sur cet acte l'identité, l'adresse, ainsi que – et peut-être surtout – le type d'activité que celui-ci compte exercer. Ces informations, en particulier celle relative à l'activité commerciale ou artisanale projetée, paraissent

¹ Accessoirement et même si elle n'est faite pour cela, la DIA permet également aux collectivités publiques de mieux connaître les conditions auxquelles les transactions commerciales se déroulent sur un secteur donné. Cet acte permet de constituer un observatoire des transactions commerciales, dans un contexte de relative opacité de ce marché.

² C. urb., art. A 214-1.

³ L. Rapp, L'appréhension du fonds de commerce par les politiques publiques, in *Le fonds de commerce (1909-2009)*, Gazette du Palais, numéro spécial, 26 juin 2009, p. 22. – H. Kenfack, Précisions sur le nouveau droit de préemption des communes sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce et les baux commerciaux, *Revue Lamy Droit des affaires* 2008/25, n° 1508, p. 17 et s.

pourtant essentielles, dans la mesure où cette précision pourrait conduire la commune à renoncer à l'exercice du droit de préemption, dès lors que l'activité envisagée par l'acquéreur est de nature à assurer les objectifs de diversité commerciale visés par la puissance publique.

À l'évidence, cet état du droit ne permet pas à la commune de préempter dans des conditions satisfaisantes.

D'une part, l'information qui est ici dispensée au titulaire du droit de préemption ne le met pas en état d'apprécier la valeur du fonds artisanal ou du fonds de commerce qu'il est en droit d'acquérir. Quant aux baux commerciaux, la collectivité n'est pas en mesure de savoir à quoi elle s'engage précisément faute d'information suffisante dans la DIA.

D'autre part, l'absence d'information sur le type d'activité commerciale ou artisanale que l'acquéreur compte exercer sur le bien ne permet pas à la commune de déterminer si le recours à la préemption est ou non nécessaire. Autrement dit, en raison de ces lacunes la collectivité n'a pas la possibilité de vérifier si l'activité envisagée par l'acquéreur est de nature à préserver la diversité commerciale ou artisanale dans le secteur, ou encore à promouvoir le développement de ces activités. Aussi cet état du droit peut-il conduire à des situations aberrantes ou pour le moins paradoxales, la commune étant amenée à préempter un fonds de commerce pour préserver une activité commerciale, alors même que l'acquéreur évincé se proposait lui-même d'exercer cette activité.

Ce constat renvoie à l'une des grandes problématiques du droit de préemption, celle de savoir si la préemption peut être utile alors même que l'acquéreur se proposait de réaliser le projet en vue duquel le titulaire du droit de préemption a exercé son droit. Pour l'heure, la réponse qui a été donnée à cette question par le Conseil d'État est claire s'agissant du droit de préemption immobilier : la circonstance que l'acquéreur évincé poursuive le même objectif de maintien de l'activité économique est sans incidence sur la légalité de la décision de préemption, pour autant que la commune n'est pas autorisée par la loi à se déterminer en fonction du projet de l'acquéreur⁴. Les textes ne permettant pas de juger de la légalité de la préemption en fonction des mérites de deux projets en présence, ceci exclut que la préemption soit jugée illégale au motif que le projet de l'acquéreur correspondrait à l'intérêt communal. Selon Luc Derepas, il serait hasardeux de censurer une décision de préemption « au motif qu'elle empêcherait un projet similaire de la commune, alors que rien ne peut garantir la sincérité et le caractère durable du projet de l'acquéreur évincé »⁵.

Cela étant, il n'en demeure pas moins que la commune dispose d'une très grande liberté d'appréciation pour décider de recourir ou non au droit de préemption commercial : elle a le choix entre l'édiction d'une décision et l'abstention de toute décision. Le droit ouvre donc ici à l'Administration des possibilités de choix pour éviter des comportements inopportuns ou inadaptés. Aussi lorsque la commune estime *in fine* qu'il est inopportun de recourir au droit de préemption, parce que le projet de

⁴ CE, 3 déc. 2007, Cne de Saint-Bon-Tarentaise : AJDA 2008, p. 261, concl. L. Derepas.

⁵ L. Derepas, concl. sur CE, 3 déc. 2007, Cne de Saint-Bon-Tarentaise : AJDA 2008, p. 261.

l'acquéreur correspond à l'intérêt communal, cette constatation peut la conduire à ne pas mettre en œuvre le droit de préemption. Encore faut-il que la DIA informe la collectivité de ce projet⁶.

Enfin, l'absence de toute indication dans la DIA sur le nom et l'adresse de l'acquéreur initial fait que les communes éprouvent parfois certaines difficultés pour notifier la décision de préemption à ce dernier. Cette situation est des plus problématiques pour la sécurité juridique des décisions, car si elles ne sont pas notifiées à l'acquéreur, le délai de recours contentieux ne court pas à l'encontre de ce dernier⁷, ce qui revient à donner à celui-ci un délai long et indéterminé pour attaquer la décision litigieuse. On a ainsi vu, dans le domaine du droit de préemption urbain, un acquéreur évincé contester devant le juge administratif la légalité d'une décision de préemption plus de 15 ans après son édicton. La décision litigieuse n'ayant pas été notifiée à l'acquéreur, le juge administratif a déclaré ce recours recevable⁸.

B. Proposition

Les règles qui encadrent le contenu de la DIA mériteraient d'être enrichies (1°) et adaptées aux évolutions législatives qui ont étendu le champ d'application matériel du droit de préemption commercial aux terrains commerciaux (2°).

1° Enrichir le contenu de la DIA

Il apparaît important qu'à l'avenir la loi précise que le bail et ses avenants doivent être joints à la DIA – en particulier, dans le cas où il est cédé en même temps que le fonds de commerce ou le fonds artisanal – et que la DIA comporte obligatoirement, en plus du prix et des conditions de la cession, les éléments suivants :

- Le chiffre d'affaires réalisé au cours des trois dernières années ;
- Le nom et l'adresse de l'acquéreur ;
- L'activité que l'acquéreur compte exercer.

a) Intérêt de cette évolution

De telles dispositions – qui ne semblent pas alourdir excessivement la procédure de purge du droit de préemption, ou porter atteinte à un quelconque secret – sécuriseraient en revanche l'exercice de ce droit et amélioreraient le niveau de connaissance du titulaire du droit de préemption.

a.1. Sécuriser l'exercice du droit de préemption

Tout d'abord, ces dispositions seraient de nature à améliorer sensiblement la sécurité juridique de l'exercice du droit de préemption et à préserver le droit au recours

⁶ Cf. infra.

⁷ Sur l'état de la jurisprudence, cf. R. Hostiou et J.-F. Struillou, Expropriation et préemption, Litec, 4^{ème} éd. 2011, p. 422 et s. – Cf. aussi, un arrêt ancien dans lequel le Conseil d'Etat a considéré qu'à défaut de notification, le délai de court pas, et l'administration ne peut invoquer utilement que l'adresse de l'intéressé lui était inconnue : 13 juin 1951, Goldberger : Rec. p. 330.

⁸ CE, 31 déc. 2008, M.Pereira Dos Santos Maia : Rec. p. 497 ; BJD 6/2008, p. 440, concl. A. Courrèges ; JCP N 2009, n° 24, 1202, note J.-F. Struillou.

juridictionnel dont dispose l'acquéreur contre la décision de préemption, droit reconnu par la Constitution et par la Convention européenne des droits de l'homme.

Rappelons qu'en application d'une jurisprudence constante du Conseil d'État, le délai de recours pour excès de pouvoir contre une décision de préemption est de deux mois, ce délai courant, s'agissant de l'acquéreur évincé, à compter de la date à laquelle la décision lui a été notifiée⁹. Cette solution paraît être justifiée « par la nature même de la décision de préemption qui constitue une immixtion de la puissance publique dans un contrat de vente et qui déploie ses effets directement sur les deux parties à la vente »¹⁰. Cette notification paraît d'autant plus nécessaire que la principale victime de la préemption est l'acquéreur évincé. Il paraît donc important de notifier à ce dernier la décision, et ce afin de sauvegarder sa possibilité concrète de former un recours pour excès de pouvoir. En outre, c'est la moindre des choses que l'Administration prenne le soin de faire connaître elle-même ses décisions à ceux qu'elles concernent, et ce d'autant plus lorsque ces décisions lèsent leurs intérêts.

Reste qu'ici aussi les communes éprouvent parfois certaines difficultés pour notifier la décision à l'acquéreur évincé, dans la mesure où le vendeur n'est pas tenu de faire figurer dans la DIA le nom et l'adresse de l'acquéreur. Cette situation est des plus problématiques pour la sécurité juridique des décisions, car si elles ne sont pas notifiées à l'acquéreur, le délai de recours contentieux ne court pas à leur encontre¹¹, ce qui revient à donner à ce dernier un délai long et indéterminé pour attaquer la décision litigieuse¹². Imposer au vendeur ou à son mandataire de faire figurer le nom et l'adresse de l'acquéreur initial aurait pour effet de régler une fois pour toutes cette difficulté juridique.

a.2. Éviter la préemption dite « à l'aveugle »

Les dispositions proposées visant à enrichir le contenu de la déclaration d'intention d'aliéner permettraient également à la commune d'avoir une connaissance plus précise des conditions de la cession, de la réalité du bien, ainsi que du type d'activité que l'acquéreur compte exercer, afin de prendre sa décision en toute connaissance de cause, sans que pour autant cette évolution aboutisse à un alourdissement systématique et par là même inutile des DIA. Cette évolution permettrait par conséquent à la commune de prendre sa décision en toute connaissance de cause et éviterait des « préemptions à l'aveugle », la commune pouvant être tentée de préempter un bien faute d'information suffisante sur celui-ci et alors même que

⁹ La simple publication de la décision de préemption ne paraît pas être de nature à purger les délais de recours à l'égard de l'acquéreur évincé. En revanche, cette publication fait courir les délais de recours pour les contribuables locaux qui souhaiteraient contester cet acte.

¹⁰ A. Courrèges, concl. sur CE, 1 juillet 2009, Sté Holding JLP : BJD 4/2009, p. 305 ; AJDA 2009, p. 1848.

¹¹ Sur l'état de la jurisprudence, cf. R. Hostiou et J.-F. Struillou, Expropriation et préemption, Litec, 4^{ème} éd. 2011, p. 422 et s. – Cf. aussi, un arrêt ancien dans lequel le Conseil d'Etat a considéré qu'à défaut de notification, le délai de court pas, et l'administration ne peut invoquer utilement que l'adresse de l'intéressé lui était inconnue : 13 juin 1951, Goldberger : Rec. p. 330.

¹² Cf. supra.

l'exploitation envisagée par l'acquéreur répond au souci de la collectivité d'assurer la diversité commerciale au sein de la cité.

b) Une évolution qui a été consacrée pour d'autres droits de préemption

De façon générale, il faut encore souligner en faveur de cette proposition que l'obligation de faire figurer le nom, l'adresse et la profession de l'acquéreur apparaît dans le régime juridique de certains droits de préemption, lorsque le législateur – voire même le pouvoir réglementaire – a estimé que ces informations peuvent exercer une influence légitime sur la décision de préempter¹³. Autrement dit, lorsqu'il est apparu que la finalité même d'un droit de préemption nécessite de prendre en compte l'identité, voire la profession de l'acquéreur, le législateur et le pouvoir réglementaire n'ont pas hésité à imposer que ces informations figurent dans la DIA.

S'agissant du droit de préemption des coïndivisaires, l'article 815-14 du Code civil impose ainsi de notifier aux autres coïndivisaires « *le prix et les conditions de la cession projetée, ainsi que les nom, domicile et profession de la personne qui se propose d'acquérir* ». Comme le souligne S. Pérignon, cette exigence « se justifie par une des finalités du droit de préemption, qui est de protéger les coïndivisaires contre les inconvénients que peut comporter l'entrée dans l'indivision d'une personne étrangère à cette dernière ». Toutes proportions gardées si la personne même de l'acquéreur peut exercer une influence sur la décision de préempter ou de ne pas préempter, il pourrait en aller de même s'agissant du type d'activité commerciale que l'acquéreur compte exercer.

Quant au droit de préemption des SAFER, les dispositions combinées des articles L. 143-8 et L. 412-8 du Code rural et de la pêche maritime précisent que le notaire chargé d'instrumenter la vente doit faire connaître au bénéficiaire du droit de préemption « *les nom et domicile de la personne qui se propose d'acquérir* »¹⁴. Ces dispositions ont été enrichies par l'article R. 143-4 dudit Code lequel précise que le notaire doit informer la SAFER non seulement des nom et domicile de l'acquéreur, mais aussi de sa « profession ». Les textes ont ici été rédigés de telle manière que les informations fournies dans le cadre de la DIA permettent à la SAFER de vérifier si l'aliénation envisagée ne contribuerait pas, par elle-même, à l'amélioration des structures agraires. L'idée sous-jacente à ces dispositions est donc qu'il est inutile que la SAFER exerce son droit de préemption en vue d'améliorer les structures agraires, si l'acquéreur est à même de réaliser cet objectif. Plus encore, les textes interdisent aussi à la SAFER de préempter lorsque l'acquéreur est un agriculteur dont l'installation mérite d'être encouragée (salariés agricoles, aides familiaux, associés d'exploitation, fermiers ou métayers évincés ou expropriés). Ces dispositions témoignent en quelque sorte d'une économie de moyens dont pourrait s'inspirer le régime du droit de préemption commercial. Autrement dit, l'intervention de la SAFER a été jugée inutile par le législateur, dès lors que la vente à un agriculteur permet d'une manière moins

¹³ S. Pérignon, L'indication du nom de l'acquéreur dans la déclaration d'intention d'aliéner, Defrénois 1988, p. 1201.

¹⁴ Faute de contenir le nom et le domicile de l'acquéreur, la notification adressée à la SAFER ne fait pas courir le délai de préemption : Cass. civ. 3^{ème}, 4 octobre 1977, Rép. Defrénois 1978, art. 31764, n° 31, obs. J.-L. Aubert ; Revue des loyers 1978, p. 51, note J. Viatte.

contraignante de remplir les objectifs de la politique foncière pour lesquels la SAFER a été créée¹⁵.

Enfin, les règles qui régissent le droit de préemption du fermier prévoient de manière fort originale – toujours pour éviter les préemptions non indispensables – que la DIA peut être accompagnée d'une déclaration par laquelle l'acquéreur du bien rural s'engage à ne pas mettre fin au bail du fermier pendant une durée déterminée¹⁶. Au regard de cette déclaration, le fermier peut donc être incité à ne pas user de son droit de préemption, dès lors que l'acquéreur s'est engagé à maintenir le bail en n'usant pas de son droit de reprise. L'exploitant n'étant plus menacé par l'éventuelle reprise de son exploitation par le nouvel acquéreur, il peut ainsi être tenté de renoncer à exercer son droit de préemption.

La méconnaissance de cet engagement par l'acquéreur est en outre fermement sanctionnée : le bénéficiaire du droit de préemption – le fermier – qui n'a pas exercé son droit pourra se prévaloir de cette déclaration aux fins d'annulation de tout congé portant reprise avant l'expiration de cette période¹⁷. Mais ici selon le professeur Lorvellec « la loi n'a pas osé écarter le droit de préemption lorsque l'acquéreur s'engage à ne pas porter atteinte à la stabilité du preneur en place en exerçant son droit de reprise »¹⁸.

L'existence de telles dispositions est susceptible d'enrichir la réflexion sur l'évolution du droit de préemption commercial. On peut ainsi voir dans ces règles les prémices d'un dispositif dans lequel l'acquéreur d'un bien soumis au droit de préemption commercial s'engagerait à maintenir telle ou telle activité commerciale pendant une certaine durée aux fins d'inciter la commune à ne pas préempter l'immeuble en cause. La méconnaissance de cet engagement serait aussi de nature à entraîner la nullité de la vente.

On voit l'intérêt de cette déclaration qui vise à convaincre le bénéficiaire du droit de préemption de ne pas user de son droit, dès lors que l'acquéreur du bien s'est engagé par cette déclaration à ne pas exercer son droit de reprise, c'est-à-dire à reprendre le bien qui est exploité par le preneur.

2° Adapter le formulaire de DIA aux évolutions législatives récentes

L'article 101 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a autorisé les communes à exercer le droit de préemption commercial sur les terrains portant ou destinés à porter des commerces d'une surface de vente comprise entre 300 et 1 000 mètres carrés (C. urb., art. L. 214-1 alinéa 2). Pour l'heure, le formulaire de déclaration préalable à la cession d'un bien soumis au droit de préemption commercial n'a pas été adapté à cette extension du champ d'application matériel du droit de préemption commercial.

¹⁵ L. Lorvellec, Droit rural, Masson, 1988, p. 40.

¹⁶ « Le droit de préemption du fermier désigne la faculté à lui reconnue par la loi d'acquérir en priorité la terre qu'il exploite lorsque le bailleur décide de la vendre » (ibid., p. 99). Ce droit est régi par les articles L. 412-1 et s. du Code rural et de la pêche maritime.

¹⁷ Article L. 412-8 al. 5 du Code rural et de la pêche maritime

¹⁸ Op. cit. p. 102-103.

Lorsque le terrain n'est pas situé dans une zone où s'applique le droit de préemption urbain ou le droit de préemption en ZAD, le vendeur doit déclarer l'aliénation sur un formulaire qui n'a pas été conçu à cet effet. Ce formulaire ne contient pas de rubrique permettant au vendeur d'indiquer, d'une part, s'il s'agit d'un terrain portant un commerce ou d'un terrain destiné à accueillir un commerce et, d'autre part, la désignation de l'immeuble cédé : terrain bâti ou non, adresse, référence cadastrale, surface de l'immeuble et, le cas échéant, surface de vente des bâtiments existants. Aussi, le vendeur ou son mandataire est-il tenu de faire préciser sur la déclaration préalable qu'il s'agit d'un terrain commercial et de joindre une annexe à la DIA dans laquelle est indiquée la désignation de l'immeuble.

II. Champ d'application matériel

La question qui se pose ici est celle de savoir dans quelle mesure le champ d'application matériel du droit de préemption commercial pourrait être étendu aux cessions de biens compris dans un plan de cession d'entreprise en difficulté, ou à la constitution d'un bail commercial, ou encore aux cessions de parts ou d'actions de sociétés commerciales.

A. Biens compris dans un plan de cession d'entreprise en difficulté

1° Rappel du droit positif

Le droit de préemption commercial s'exerce en principe sur toutes les aliénations à titre onéreux de fonds artisanaux, de fonds de commerce, de baux commerciaux, ou de terrains portant ou destinés à porter des commerces d'une surface de vente comprise entre 300 et 1 000 mètres carrés¹⁹.

La loi a néanmoins exclu du champ d'application de ce droit les biens commerciaux qui sont compris dans un plan de sauvegarde ou dans un plan de cession d'entreprise en difficulté²⁰. Le droit de préemption commercial ne peut ainsi être exercé à l'occasion :

- Des cessions partielles d'activité accompagnant un plan de sauvegarde²¹ et qui incluraient un fonds, un bail, ou un terrain portant ou destiné à porter des commerces d'une surface de vente comprise entre 300 et 1 000 mètres carrés ;
- Des cessions de fonds, de bail ou de terrains – portant ou destinés à porter des commerces d'une surface de vente comprise entre 300 et 1 000 mètres carrés – compris dans un plan de cession totale ou partielle d'une entreprise en redressement²² ou en liquidation judiciaire²³.

Ces exclusions ne sont pas propres au droit de préemption commercial : elles ont également été établies pour le droit de préemption urbain, le droit de préemption dans les ZAD²⁴, ou le droit de préemption des Safer²⁵, lesquels ne peuvent être exercés sur des immeubles compris dans un plan de sauvegarde ou dans un plan de cession d'entreprise en difficulté.

Ces dispositions appellent deux remarques.

D'une part, les limitations qui ont été ici apportées à l'exercice du droit de préemption ne sont pas fortuites. L'argument qui a été avancé au cours des débats parlementaires pour justifier ces exceptions, s'agissant des droits de préemption

¹⁹ C. urb., art. L. 214-1 al. 1 et 2.

²⁰ C. com., art. L. 626-1 al. 3 et L. 642-5 al. 4. Ces dispositions ont été reprises à l'article R. 214-3 du Code de l'urbanisme.

²¹ Au sens de l'article L. 626-1 du Code de commerce.

²² C. com., art. L. 631-22.

²³ C. com., art. L. 642-1 à L. 642-17.

²⁴ C. urb., art. L. 213-1 al. 1 et C. com., art. L. 626-1 al. 3 et L. 642-5 al. 4.

²⁵ C. rur., art. L. 143-4-7.

immobiliers, a été que l'exercice de ces droits « *ne peut avoir pour effet de mettre en péril un ensemble économique et l'emploi qui lui est lié* »²⁶. Le secrétaire d'État au logement a ainsi fait valoir que « *la cession globale des actifs, par la voie d'un plan de redressement ou d'une liquidation judiciaire, est souvent le seul moyen utile à même de maintenir l'activité d'une entreprise et par voie de conséquence les emplois qu'elle représente. Elle comprend souvent des actifs immobilisés indispensables au bon fonctionnement de l'entreprise. Or, celle-ci serait anéantie, bien que la décision soit prononcée par un tribunal, si le droit de préemption était exercé* ».

D'autre part, les exceptions ainsi posées ont été étroitement cantonnées par le législateur. Par exemple, celles-ci ne jouent pas lorsque la cession de l'actif – fonds de commerce, fonds artisanal, bail, terrain commercial – intervient de gré à gré par autorisation du juge-commissaire en application de l'article L. 642-19 du Code de commerce. Dans ce cas, la commune dispose d'un délai de trente jours à compter de ladite vente²⁷ pour notifier, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, au liquidateur sa décision de se substituer à l'acquéreur initial, cette substitution ne pouvant intervenir qu'aux prix et conditions notifiés. Autrement dit, la commune ne dispose ici que d'un droit de substitution, celle-ci ne pouvant pas saisir le juge de l'expropriation pour faire fixer le prix du bien.

2° Proposition

La soumission au droit de préemption commercial des cessions de biens commerciaux compris dans un plan de sauvegarde, ou dans un plan de cession d'entreprise en difficulté implique une intervention législative. Cette évolution nécessite de modifier un principe général qui a été inscrit – avec fermeté – à l'article L. 642-5 al. 4 du Code de commerce selon lequel les droits de préemption institués par le Code de l'urbanisme ne peuvent s'exercer sur un bien compris dans un plan de cession d'entreprise en difficulté, ou dans un plan de sauvegarde.

L'on peut néanmoins s'interroger sur l'opportunité d'une évolution législative qui viendrait bouleverser ce principe.

D'une part, cette modification reviendrait à fragiliser un principe général qui jusqu'à présent n'a jamais souffert d'exception. D'autre part, il faut se demander si l'objectif de maintien de la diversité du tissu commercial ne doit pas ici céder le pas devant un autre objectif d'intérêt général, celui de la survie d'une entreprise et de l'emploi qui y est attaché. Admettre, en pareilles situations, la possibilité d'une préemption pourrait dans certaines circonstances remettre en cause la survie de l'activité. Ce risque paraît d'autant plus important que les cessions qui sont réalisées dans le cadre d'une procédure collective ne portent pas en règle générale sur un seul élément d'exploitation – comme par exemple le fonds de commerce ou un bâtiment – mais sur un ensemble d'éléments. Aussi l'exercice du droit de préemption sur un seul de ces biens risque-t-il de bouleverser, voire de remettre en cause l'ensemble de l'opération.

²⁶ JOAN, débats, 14 mars 2000, p. 1945.

²⁷ Le point de départ du délai de trente jours est donc vraisemblablement le jour où le cessionnaire pressenti a accepté les conditions proposées.

B. Bail commercial conclu à la suite de la résiliation d'un ancien bail

1° Position du problème

Pour contourner le droit de préemption commercial, le bailleur peut être tenté de résilier le bail initial pour ensuite conclure un nouveau bail avec le locataire qu'il a choisi. Seules les « aliénations à titre onéreux » étant soumises au droit de préemption²⁸, la conclusion du nouveau bail commercial, qui ne peut être assimilée à une aliénation, échappe par conséquent à ce droit.

Face à une fraude de cette nature, la commune n'est pas totalement désarmée : elle a la possibilité de demander au juge judiciaire la nullité de la convention, lorsqu'il apparaît que celle-ci a été conclue pour échapper au droit de préemption. Il est ainsi possible de citer un arrêt dans lequel le juge judiciaire a estimé que le bail emphytéotique litigieux avait pour objectif délibéré de permettre aux parties d'échapper à la préemption, le preneur ayant avoué, en l'espèce, à un huissier de justice que « le bail ne se justifiait que pour faire obstacle au droit de préemption » du Conservatoire du littoral²⁹. Une convention qui a ainsi pour finalité de contourner une procédure d'ordre public instituée par la loi est frappée de nullité absolue, celle-ci pouvant être invoquée par le bénéficiaire du droit de préemption.

La mise en œuvre de cette procédure judiciaire paraît néanmoins bien incertaine, dès lors que la commune risque d'éprouver bien des difficultés pour démontrer que le bail litigieux constitue une vente déguisée destinée à faire fraude à son droit de préemption. La contestation judiciaire de ces baux paraît d'autant plus délicate que la commune n'est pas informée de ces conventions, dès lors que seule la cession de baux commerciaux est soumise au droit de préemption commercial.

2° Proposition

Pour faire obstacle à ces manœuvres frauduleuses qui sont difficiles à sanctionner, il peut dès lors être tentant d'adopter une solution radicale. Celle-ci consisterait à soumettre au droit de préemption commercial, non pas seulement les aliénations à titre onéreux de biens commerciaux, mais également la conclusion des baux commerciaux lorsque celle-ci intervient après la résiliation de la convention initiale. Serait ainsi soumise au droit de préemption l'opération par laquelle les parties contractantes s'engagent à conclure un bail commercial et qui donne naissance à leur accord. Cette évolution impliquerait nécessairement que le bailleur informe la commune de son intention de conclure un bail³⁰. Les autorités locales auraient alors la possibilité de se substituer au preneur ou, dit autrement, d'évincer le locataire qui se proposait de conclure le bail.

Cette évolution soulève plusieurs objections fortes.

²⁸ C. urb., art. L. 214-1.

²⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 28 mars 2007, Godel c/ Conservatoire du littoral : JurisDatat n° 2007-038299.

³⁰ Il ne s'agirait donc plus ici d'une déclaration d'intention d'aliéner, mais d'une déclaration d'intention de conclure un bail.

Tout d'abord, soumettre la conclusion des baux commerciaux – même dans le cadre limité où celle-ci intervient après la résiliation du bail initial – aurait pour effet de brouiller et de bouleverser la notion même de droit de préemption. Jusqu'ici ce droit a toujours été entendu comme la faculté reconnue à la puissance publique – ou à une personne privée – de se substituer à l'acquéreur d'un bien que son propriétaire a mis en vente. Comme le souligne le professeur Cornu le droit de préemption est le « nom traditionnellement donné à la faculté conférée par la loi ou par la convention à une personne d'acquérir, de préférence à toute autre, un bien que son propriétaire se propose de céder, en se portant acquéreur de ce bien dans un délai donné »³¹.

Si le droit de préemption des personnes publiques peut revêtir des formes variées, selon l'étendue de la prérogative dont jouit son titulaire, et suivre des procédures elles-mêmes diverses, il n'a jamais été admis – à notre connaissance – que ce droit puisse être exercé à l'occasion de la conclusion d'un bail. Le droit de préemption, comme il vient de l'être dit, de par sa définition même, s'exerce uniquement à l'occasion d'aliénations, c'est-à-dire de cessions de biens meubles ou d'immeubles. Il n'a donc pas vocation à s'appliquer à l'occasion de la conclusion d'un bail qui ne réalise qu'un transfert de jouissance³². Admettre une telle évolution reviendrait donc à bouleverser la notion même de droit de préemption, mais aussi à modifier concomitamment bon nombre de dispositions du code de l'urbanisme. Pour ne citer qu'un exemple, la déclaration préalable ne serait plus seulement une déclaration d'intention d'aliéner, elle deviendrait aussi une "déclaration d'intention de conclure un bail". Le contenu de la seconde serait très différent de celui de la première. La déclaration d'intention de "bailler" préciserait non pas « le prix et les conditions de l'aliénation », mais le montant du loyer du bail.

L'évolution consistant à soumettre les baux commerciaux au droit de préemption aurait ensuite pour effet de porter une atteinte supplémentaire à la liberté contractuelle, ainsi qu'à la liberté d'entreprendre en limitant le droit du commerçant de conclure un acte conventionnel nécessaire à son activité professionnelle. S'il semble indéniable que les limitations ainsi apportées à ces libertés garanties par la Constitution répondent à un objectif d'intérêt général, à savoir sauvegarder la diversité commerciale des quartiers et lutter contre la fraude au droit de préemption, il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas certain que cet intérêt général soit en mesure de justifier une atteinte aussi importante aux libertés protégées, et ce d'autant plus qu'il existe ici une ambiguïté quant à l'intérêt général poursuivi. Ces mesures seraient-elles ici édictées pour assurer la diversité commerciale au sein des cités ou pour lutter contre la fraude au droit de préemption ? Ajoutons que pour dénier le caractère proportionné de l'atteinte, le Conseil constitutionnel pourrait aussi être tenté de prendre en compte la circonstance qu'il existe déjà en droit positif un dispositif juridique visant à sanctionner les manœuvres visant à contourner le droit de préemption, ou le fait qu'il

³¹ S'agissant du droit de préemption des personnes publiques, celles-ci peuvent se porter acquéreur du bien au prix notifié, mais aussi au prix fixé par le juge de l'expropriation.

³² Le bail est un contrat par lequel le bailleur s'engage, moyennant un loyer que le preneur s'oblige à payer, à procurer à celui-ci, pendant un certain temps, la jouissance d'une chose mobilière ou immobilière. Il ne s'agit donc pas là d'une convention qui aurait pour effet de transférer la propriété d'un bien.

est possible de réprimer ces manquements au droit de préemption par le biais d'un dispositif moins contraignant, lequel consisterait à obliger le bailleur à informer la commune de son intention de résilier le bail initial pour en conclure un nouveau. Cette information permettrait à la commune de vérifier le caractère frauduleux de cette opération juridique.

C. Cessions de parts de sociétés commerciales

1° Position du problème

La loi instaurant le droit de préemption commercial n'a pas soumis à ce droit la vente d'un fonds de commerce sous forme de cessions de parts sociales.

En l'état du droit positif, seuls le droit de préemption urbain renforcé et le droit de préemption en espace naturel sensible peuvent être exercés sur des parts sociales. Le DPU renforcé peut ainsi être mis en œuvre à l'occasion de la cession de la majorité des parts d'une SCI³³. Quant à la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, elle a soumis cette même cession de la majorité des parts d'une société civile immobilière au droit de préemption dans les espaces naturels sensibles, dans le seul cas toutefois où le Conservatoire du Littoral est compétent ou susceptible de l'être par substitution au département.

S'agissant du droit de préemption commercial, l'exclusion des cessions de parts sociales de son champ d'application matériel soulève une difficulté majeure : certains cédants sont tentés de vendre le fonds de commerce sous forme de cessions de parts sociales aux fins d'échapper à toute intervention de la commune.

Aussi a-t-il été proposé à l'occasion de la discussion de la proposition de loi sur l'urbanisme commercial dont le parcours parlementaire a été interrompu en 2011 d'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 avaient pour objet un changement de secteur d'activité :

Le premier alinéa de l'article L. 214-1 du code de l'urbanisme est complété par les mots : « ainsi que les cessions de parts ou actions d'une société civile ou commerciale dont l'activité principale est la gestion d'un fonds artisanal ou d'un fonds de commerce lorsque ces cessions ont pour objet un changement de secteur d'activité »³⁴.

Une telle proposition qui permettrait l'exercice du droit de préemption sur la cession de parts ou actions d'une société civile ou commerciale comporte de multiples risques et difficultés d'application, ainsi qu'il l'a été montré dans une précédente étude réalisée par un groupe de travail du GRIDAUH³⁵.

³³ Sauf si ces parts sont cédées par une SCI familiale.

³⁴ Assemblée Nationale 11 juin 2010, Amendement n° 57 présenté par M. Ollier.

³⁵ Cf. site internet du GRIDAUH.

En cas de préemption de la totalité des parts, la collectivité se trouve dans une situation qui est proche de celle où elle acquerrait le fonds lui-même. Elle a toute latitude pour décider la dissolution de la société et l'attribution du fonds à son profit.

En revanche, l'acquisition de la seule majorité des parts ou d'un nombre moins important de parts fait de la commune un associé parmi d'autres, sans plus de droit que les autres, ni moins d'obligations. La collectivité peut dès lors se retrouver « piégée » dans la société, sans disposer à elle seule du pouvoir de décision.

Ce risque explique sans doute que le droit commun des collectivités territoriales – auquel dérogent les articles L. 211-4 d et L. 143-3 précités du Code de l'urbanisme – soumet à un formalisme très rigoureux la prise de participation d'une commune au capital d'un organisme à but lucratif puisqu'un décret en Conseil d'État est nécessaire, s'il ne s'agit pas d'une société d'économie mixte locale (CGCT, art. L 2253-1).

2° Proposition

L'assujettissement des cessions mobilières de parts de sociétés civiles ou commerciales au droit de préemption commercial paraît délicat.

En conséquence, il est préconisé dans un premier temps d'autoriser la préemption sur les parts d'une société civile ou commerciale uniquement lorsque la cession porte sur la totalité des parts. C'est seulement dans cette hypothèse que la cession peut être assimilée à celle du fonds lui-même.

Il est proposé de compléter l'alinéa 1^{er} de l'article L. 214-1 de la manière suivante :

: « ainsi que la cession de la totalité des parts ou actions d'une société civile ou commerciale dont l'activité principale est la gestion d'un fonds artisanal ou d'un fonds de commerce (*lorsque ces cessions ont pour objet un changement de secteur d'activité* ?) ».

III. Délégation du droit de préemption commercial

A. Etat du droit positif

L'autorité compétente pour exercer le droit de préemption commercial est le conseil municipal de la commune sur le territoire de laquelle il a été institué³⁶.

Pour faciliter la mise en œuvre de ce droit, le maire peut néanmoins, par délégation du conseil municipal, être chargé en tout ou partie, et pour la durée de son mandat d'exercer, au nom de la commune, le droit de préemption³⁷. En application des dispositions de l'article L. 2122-22-21° du Code général des collectivités territoriales, le conseil municipal doit ici fixer les conditions dans lesquelles ce droit peut être exercé par le maire³⁸.

L'article L. 327-1alinéa 3 du Code de l'urbanisme autorise également le conseil municipal à déléguer l'exercice du droit de préemption commercial aux sociétés publiques locales d'aménagement. Ce droit s'exerce alors par délégation « dans les conditions fixées par des conventions conclues avec l'un de leurs membres ».

Seuls le maire et une société publique locale d'aménagement peuvent donc recevoir délégation. À la différence des autres droits de préemption définis par le Code de l'urbanisme, pour lesquels le législateur a prévu de nombreuses possibilités de transfert ou de délégation du droit de préemption³⁹, la loi n'a donc pas ici autorisé le conseil municipal à consentir d'autres délégations, en particulier, au profit d'un établissement public local.

Cet état du droit positif n'est pas sans inconvénient, dans la mesure où les communes ne sont pas les seules à définir et à mettre en œuvre les politiques publiques visant à assurer la diversité commerciale et à promouvoir le développement de l'activité commerciale au sein des cités. D'autres collectivités, établissements publics ou sociétés d'économie mixte participent également – parfois d'ailleurs à titre principal – à la définition et à la mise en œuvre de ces politiques et, par conséquent, peuvent légitimement prétendre à utiliser – voire peut-être même à instaurer, en cas de carence des communes – le droit de préemption commercial.

B. Propositions

Pour favoriser l'utilisation du droit de préemption commercial et répondre à la demande des praticiens, il est suggéré d'étendre les hypothèses dans lesquelles la commune peut déléguer ce droit. Il faut pour cela une évolution de la législation, dans la mesure où faute d'autorisation adéquate, une délégation de compétence est illégale.

³⁶ C. urb., art. L. 214-1, al. 4.

³⁷ CGCT, art. L. 2122-22-21°.

³⁸ La solution est différente pour le droit de préemption urbain (CE, 2 mars 2011, Commune de Brétignolles-sur-Mer : BJDU 2/2011, p. 124, concl. C. Landais).

³⁹ Cf. J.-F. Joye et J.-F. Struillou, Les compétences des établissements publics de coopération intercommunale en matière de droit de préemption, in Droit de l'aménagement et de l'urbanisme, Le Moniteur, 2012.

Cette illégalité emporte celle des décisions du délégataire, qui sont entachées d'incompétence⁴⁰.

À cet effet, il ne semble pas opportun d'appliquer pour le droit de préemption commercial les mêmes délégations qu'en matière de droit de préemption urbain ou en matière de droit de préemption en ZAD, lesquelles sont prévues par l'article L. 213-3 du Code de l'urbanisme. Ces dispositions prévoient que le titulaire de l'un ou l'autre de ces deux droits peut le déléguer « *à l'État, à une collectivité locale, à un établissement public y ayant vocation ou au concessionnaire d'une opération d'aménagement* ». Dans le cas présent, il ne semble pas nécessaire que le champ des délégations soit aussi étendu. D'ailleurs en 2005 le législateur a refusé d'appliquer ces dispositions au droit de préemption commercial, l'article L. 214-1 alinéa 3 du Code de l'urbanisme, qui définit les modalités d'exercice du droit de préemption par référence aux dispositions communes applicables au droit de préemption urbain et au droit de préemption dans les ZAD, n'ayant pas renvoyé aux dispositions de l'article L. 213-3 du Code de l'urbanisme.

Il est donc proposé d'ajouter un nouvel alinéa après l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme ainsi rédigé :

« La commune peut déléguer son droit à un établissement public ou à une société d'économie mixte y ayant vocation. Cette délégation peut porter sur une ou plusieurs parties des zones concernées ou être accordées à l'occasion de l'aliénation d'un bien. Les biens ainsi acquis entrent dans le patrimoine du délégataire ».

Il est également suggéré d'autoriser le maire à déléguer le droit de préemption commercial à un établissement public ou à une société d'économie mixte y ayant vocation, et ce à l'occasion de l'aliénation d'un bien. L'intérêt de cette règle serait d'assouplir et d'activer la procédure d'exercice du droit de préemption. Ce droit pourrait ainsi être rapidement délégué par le maire à un établissement public ou à une société d'économie mixte, sans avoir à convoquer au préalable le conseil municipal pour délibérer sur ce point.

À cet effet l'article L. 2122-22-21° du Code général des collectivités territoriales pourrait être complété pour permettre au maire de déléguer l'exercice du droit de préemption pour une opération déterminée à un établissement public ou à une société d'économie mixte. L'article L. 2122-22-21° serait ainsi modifié :

« Le maire peut, en outre, par délégation du conseil municipal, être chargé, en tout ou partie, et pour la durée de son mandat (...) :

21° D'exercer, au nom de la commune et dans les conditions fixées par le conseil municipal, le droit de préemption défini par l'article L. 214-1 du code de l'urbanisme **et de déléguer l'exercice de ce droit à l'occasion de l'aliénation d'un bien selon les dispositions prévues au cinquième alinéa de l'article L. 214-1 de ce même code dans les conditions que fixe le conseil municipal** ».

D'une manière plus générale, il est aussi possible de s'interroger sur le point de savoir si à terme le droit de préemption commercial n'a pas vocation à être transféré aux établissements publics de coopération intercommunale, dès lors que ces EPCI sont fréquemment compétents, de par la loi ou leur statut, en matière de développement et

⁴⁰ R. Chapus, Droit administratif général, T. I, Montchrestien, 15 éd., 2011, p. 1100.

d'aménagement économique et social. Il ne serait pas incohérent que ces EPCI – qui sont par exemple habilités à créer, aménager, entretenir et gérer les zones d'activité commerciale ou artisanale – soient également compétents de plein droit pour délimiter les périmètres de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité et exercer à l'intérieur de ces périmètres le droit de préemption commercial.

IV. Avis de France domaine

A. Intérêt

Il n'est pas sans intérêt pour le titulaire du droit de préemption commercial de recueillir l'avis de France domaine sur le prix du bien qu'il souhaite acquérir par voie de préemption. Délivré par une Administration de l'État qui assure une mission d'expertise auprès des collectivités publiques dans le cadre d'opérations immobilières, cet avis est avant tout destiné à éclairer le titulaire du droit de préemption – mais aussi d'une certaine manière le juge de l'expropriation lorsque celui-ci est saisi – sur la valeur vénale du bien qu'il souhaite acquérir et donc sur le bien-fondé du prix demandé par le vendeur. Il s'agit donc là d'éviter qu'une collectivité locale ne préempte un bien à un prix qui ne correspondrait en rien à sa valeur, cet avis constituant en quelque sorte « une force de rappel utile pour les finances publiques »⁴¹. L'autre intérêt de cette procédure est qu'elle donne à la commune, lorsque celle-ci préempte à un prix inférieur à celui indiqué dans la déclaration d'intention d'aliéner, la possibilité de s'appuyer sur cet avis pour justifier auprès du vendeur sa contre-proposition de prix.

L'avis de France domaine n'est pas pour autant un « avis conforme », et ce très certainement pour respecter le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales. Il s'agit ici d'un « avis simple » ce qui signifie que le titulaire du droit de préemption n'est pas tenu par l'évaluation domaniale et peut, le cas échéant, acquérir le bien à un prix supérieur – mais aussi inférieur – à celui fixé par l'évaluation. La législation contemporaine a d'ailleurs assoupli la portée de cette formalité. Désormais lorsqu'une commune acquiert un bien à un prix supérieur à l'évaluation des domaines, celle-ci doit simplement délibérer « au vu de l'avis du service domanial »⁴², alors qu'une délibération motivée de « passer outre » était antérieurement exigée. Cette « souplesse » ne fait pas l'unanimité, le Conseil d'État ayant dans son rapport de 2008 sur le droit de préemption urbain recommandé de rétablir « l'exigence d'une délibération motivée de la collectivité lorsqu'elle entend passer outre l'avis des Domaines » ou, tout au moins, « d'obliger que la décision de préemption indique les raisons pour lesquelles la collectivité s'écarte de cet avis »⁴³. Pour l'heure, ces suggestions n'ont pas été retenues par le législateur.

B. Champ d'application

L'avis de France Domaine n'est pas seulement requis par les règles qui encadrent le droit de préemption urbain, le droit de préemption dans les ZAD, ou le droit de préemption dans les ENS⁴⁴. Le titulaire du droit de préemption commercial qui veut acquérir un bien par voie de préemption peut également être tenu de recueillir au préalable l'avis de l'Administration des domaines sur son prix. Cette consultation n'est

⁴¹ Conseil d'État, Le droit de préemption, La Documentation française, 2008.

⁴² CGCT, art. L. 1311-11.

⁴³ Conseil d'État, Le droit de préemption, La Documentation française, op. cit.

⁴⁴ Sur ces règles, cf. R. Hostiou et J.-F. Struillou, Expropriation et préemption. Aménagement. Urbanisme. Environnement, Litec 2011, 4^{ème} éd., p. 377 et s.

pas systématique : elle dépend de la nature du bien, de son prix ou de son estimation, tels qu'ils sont indiqués dans la déclaration d'intention d'aliéner, ou encore de la décision de la commune de saisir le juge de l'expropriation en cas de contestation sur le prix.

Les acquisitions par exercice du droit de préemption commercial *de terrains portant ou destinés à porter des commerces d'une surface de vente comprise entre 300 et 1 000 mètres carrés* doivent ainsi être précédées d'une demande d'avis de France domaine, dès lors que le bien a une valeur totale ou égale à 75 000 euros⁴⁵. L'article R. 214-4-1 du Code de l'urbanisme précise en ce sens que lorsque la déclaration d'intention d'aliéner porte sur ces terrains, le maire transmet copie de la déclaration dès sa réception au directeur des services fiscaux en lui précisant si cette transmission vaut demande d'avis.

De même, les acquisitions par exercice du droit de préemption commercial de *fonds de commerce* doivent être précédées d'une demande d'avis de France Domaine, lorsque le prix du bien à acquérir, ou son estimation, excède 75 000 euros. Ce montant à partir duquel la consultation est obligatoire, qui est également applicable en matière de droit de préemption urbain, a été fixé par un arrêté du 17 décembre 2001⁴⁶. L'idée sous-jacente à ces dispositions est très certainement d'éviter que l'Administration des domaines ne soit accaparée par des demandes d'expertise visant des biens de faibles valeurs, l'évaluation de ces biens soulevant moins de difficultés.

Enfin, il semble également que la commune soit tenue de recueillir l'avis de France domaine lorsqu'elle décide de préempter un *bail commercial*, lorsque ce bail a pour objet la prise en location d'un immeuble d'un loyer annuel, charges comprises, égal ou supérieur à un montant de 12 000 euros. C'est ce qui paraît ressortir incidemment des dispositions du 2° de l'article L. 1311-10 du Code général des collectivités territoriales lesquelles disposent que doivent être précédés d'une demande d'avis de France domaine les projets de « baux (...) ayant pour objet la prise en location d'immeubles de toute nature d'un loyer annuel, charges comprises, égal ou supérieur à un montant fixé par l'autorité administrative compétente ». Ce montant a été fixé à 12 000 euros par l'arrêté précité du 17 décembre 2001.

En revanche, aucune disposition ne paraît obliger les communes à demander l'avis de France Domaine avant l'acquisition par exercice du droit de préemption commercial d'un *fonds artisanal*, l'article L. 1311-10 du code général des collectivités territoriales ne visant que les « fonds de commerce ».

⁴⁵ CGCT, art. L. 1311-9 et L. 1311-10 2°.

⁴⁶ Arrêté du 17 décembre 2001 modifiant l'arrêté du 5 septembre 1986 relatif aux opérations immobilières poursuivies par les collectivités et organismes publics (JO 1er janv. 2002, p. 27, art. 1er). Ce montant de 75 000 € remplace donc le montant antérieur de 200 000 F. – V. Rép. min. n° 296 : JOAN Q., 2 sept. 2002, p. 2993 ; DAUH 2003, n° 7, p. 346 ; Collectivités-Intercommunalité oct. 2002, n° 224. – Selon cette réponse, les petites communes ne sont pas privées de l'expertise lorsque le prix de l'immeuble est inférieur ou égal à 75 000 €, « dans la mesure où la possibilité leur demeure ouverte, comme par le passé, de demander à titre facultatif une estimation de ce service quand cela s'avère nécessaire ». – V. aussi, Rép. min. n° 88345 : JOAN Q, 2 mai 2006, p. 4668. En pratique, il semblerait que le service des domaines ne répond pas à ces demandes.

Dans le cas où l'avis du service des Domaines est requis, ce service est consulté non seulement lorsque le titulaire du droit de préemption commercial désire acquérir ce bien au prix fixé dans la déclaration d'intention d'aliéner, mais aussi lorsqu'il propose de l'acquérir à un prix différent de celui mentionné dans cet acte. L'avis est réputé donné à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la saisine du service des domaines⁴⁷. Au plan contentieux, le Conseil d'État considère que la consultation de ce service, lorsqu'elle est requise, constitue une formalité dont l'omission ou l'accomplissement irrégulier entache d'illégalité la décision de préemption. Ainsi, le défaut de consultation des domaines dans les cas où elle est obligatoire, est de nature à entraîner l'annulation de la décision.

Il faut enfin relever que le titulaire du droit de préemption commercial est également tenu de recueillir l'avis des domaines dans une hypothèse particulière : celle où il décide de contester le prix et les conditions notifiés dans la déclaration d'intention d'aliéner et de saisir le juge de l'expropriation pour que celui-ci fixe le prix du bien⁴⁸. Lorsque le juge de l'expropriation a ainsi été saisi, le titulaire du droit de préemption est tenu de consigner à la Caisse des dépôts et consignation une somme égale à 15 % de l'évaluation du prix du bien faite par le directeur départemental des finances publiques⁴⁹. Le respect de cette obligation par la commune implique par conséquent que celle-ci saisisse le service des domaines sur le prix du bien. Cette obligation de consignation a été imposée aux collectivités par le législateur afin que celles-ci attestent de leur capacité financière à préempter.

La consignation doit intervenir dans le délai de trois mois à compter de la date de saisine du juge de l'expropriation, faute de quoi le titulaire du droit de préemption est réputé avoir renoncé à l'exercice du droit de préemption.

C. Proposition

1° Avis des domaines et préemption des fonds artisanaux

En raison de l'intérêt que présente l'avis de France domaine pour les communes⁵⁰, il est proposé d'étendre cette règle de procédure à l'acquisition par voie de préemption de fonds artisanaux. De telles dispositions permettraient en outre d'aligner le régime de la préemption des fonds de commerce sur celles de fonds artisanaux. Cette évolution mettrait ainsi un terme à une incohérence législative laquelle consiste à imposer, en cas d'acquisition par voie de préemption, la consultation des domaines pour les fonds de commerce, mais pas pour les fonds artisanaux.

⁴⁷ CGCT, art. L. 1311-12. Eu égard au délai réduit de deux mois dont dispose la commune pour exercer son droit de préemption, celle-ci a intérêt à demander cet avis le plus rapidement possible.

⁴⁸ Dans cette hypothèse, le juge de l'expropriation est saisi par le titulaire du droit de préemption, dans le délai de deux mois à compter de la réception de la déclaration d'intention d'aliéner, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, cette lettre étant adressée au secrétariat de la juridiction (cf. articles R. 214-5 et suivants du Code de l'urbanisme).

⁴⁹ Cette obligation résulte de l'article L. 213-4-1 auquel renvoie l'article L. 214-1 dernier aliéna du Code de l'urbanisme.

⁵⁰ Cf. supra.

Les dispositions de l'article L. 1311-10 du Code général des collectivités territoriales seraient ainsi modifiées :

« Ces projets d'opérations immobilières comprennent : (...)

*2° Les acquisitions à l'amiable, par adjudication ou par exercice du droit de préemption, d'immeubles, de droits réels immobiliers, de fonds de commerce, **de fonds artisanaux** et de droits sociaux donnant vocation à l'attribution, en pleine propriété, d'immeubles ou de parties d'immeubles, d'une valeur totale égale ou supérieure à un montant fixé par l'autorité administrative compétente, ainsi que les tranches d'acquisition d'un montant inférieur, mais faisant partie d'une opération d'ensemble d'un montant égal ou supérieur (...) ».*

En application de ces dispositions, le titulaire du droit de préemption commercial qui souhaiterait acquérir un fonds artisanal par voie de préemption devrait recueillir l'avis de France domaine, dès lors que le prix du fonds artisanal ou son estimation est supérieur à 75 000 euros. Dans le cas contraire, l'avis du service des domaines ne serait pas requis.

En tout état de cause, le seuil des 75 000 euros peut être modifié par voie réglementaire.

2° Avis des domaines et préemption des baux commerciaux

Il est également suggéré d'imposer au titulaire du droit de préemption commercial de consulter France Domaine, lorsqu'il veut acquérir un bail commercial par voie de préemption. Cette évolution présenterait l'avantage de clarifier le droit en vigueur lequel n'est pas dénué de toute ambiguïté⁵¹.

Les dispositions de l'article L. 1311-10 du Code général des collectivités territoriales seraient ainsi modifiées :

« Ces projets d'opérations immobilières comprennent : (...)

*2° Les acquisitions à l'amiable, par adjudication ou par exercice du droit de préemption, d'immeubles, de droits réels immobiliers, de fonds de commerce, **de fonds artisanaux, de baux commerciaux** et de droits sociaux donnant vocation à l'attribution, en pleine propriété, d'immeubles ou de parties d'immeubles, d'une valeur totale égale ou supérieure à un montant fixé par l'autorité administrative compétente, ainsi que les tranches d'acquisition d'un montant inférieur, mais faisant partie d'une opération d'ensemble d'un montant égal ou supérieur (...) ».*

Cette dernière évolution aurait pour effet d'imposer au titulaire du droit de préemption de consulter le service des domaines avant d'acquérir un bail commercial, dès lors que le prix, ou l'estimation de ce dernier excède 75 000 euros.

Si ce seuil paraît trop élevé, il pourrait être modifié par la voie réglementaire et fixé, par exemple, à 12 000 euros comme cela est exigé pour la conclusion d'un bail ayant pour objet la prise en location d'immeubles de toute nature d'un loyer annuel, charges comprises, égal ou supérieur à 12 000 euros.

⁵¹ Cf. supra.

Quoi qu'il en soit, le montant de ces seuils à partir desquels l'avis des domaines est obligatoire en cas d'acquisition d'un fonds de commerce, d'un fonds artisanal ou d'un bail commercial paraît devoir faire l'objet d'une discussion entre les titulaires du droit de préemption commercial et les services de France domaine. Des seuils trop bas ou l'absence de seuil – comme c'est le cas pour l'exercice du droit de préemption urbain renforcé ou pour le droit de préemption en ZAD⁵² – risque d'encombrer les services de l'État de demandes inutiles. À l'inverse, un seuil trop haut présente l'inconvénient de soustraire certaines opérations qui engagent les finances publiques d'une manière importante de l'expertise des domaines.

Il serait aussi intéressant de compléter la partie réglementaire du Code de l'urbanisme relative au droit de préemption commercial, afin que celle-ci précise les dispositions législatives susmentionnées en indiquant que :

« Le titulaire du droit de préemption doit recueillir l'avis du service des domaines sur le prix du fonds de commerce, du fonds artisanal, du bail commercial, du terrain portant ou destiné à porter des commerces d'une surface de vente comprise entre 300 et 1 000 mètres carrés dont il envisage de faire l'acquisition dès lors que le prix ou l'estimation figurant dans la déclaration d'intention d'aliéner ou que le prix que le titulaire envisage de proposer excède... ».

⁵² En ce sens, l'article R. 213-21 du Code de l'urbanisme indique que pour ces deux droits « le service des domaines doit être consulté, quel que soit le prix figurant dans la déclaration d'intention d'aliéner ». Il est donc aussi possible d'envisager un dispositif normatif dans lequel la consultation du service des domaines, à l'occasion de l'exercice du droit de préemption commercial, soit systématique.

V. Rétrocession du bail commercial et accord préalable du bailleur

A. Position du problème

Lorsqu'une commune a acquis par voie de préemption un bail commercial et qu'elle souhaite le rétrocéder à une entreprise commerciale ou artisanale, elle est tenue de recueillir, à peine de nullité, l'accord bailleur⁵³. La plupart des auteurs considèrent que cet accord est nécessaire lorsque le bail est cédé indépendamment du fonds de commerce, mais aussi lorsque la cession du bail accompagne celle du fonds de commerce⁵⁴. Cette interprétation – qui sera ici retenue – peut s'appuyer sur la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation selon laquelle la cession du fonds de commerce entraîne nécessairement la cession du bail commercial⁵⁵.

À ce stade du processus, le bailleur peut donc s'opposer au projet de rétrocession. Dans ce cas, il doit néanmoins saisir, en la forme du référé, le président du tribunal de grande instance du lieu de situation de l'immeuble dont dépendent les lieux loués « *pour faire valider son opposition à la rétrocession* »⁵⁶. À défaut d'avoir notifié à la commune, dans le délai de deux mois suivant la réception du projet d'acte, la saisine motivée de la juridiction, le bailleur est réputé avoir donné son accord à la rétrocession.

Ce dispositif paraît particulièrement rigoureux pour le titulaire du droit de préemption, dans la mesure où il place la commune dans une situation de dépendance vis-à-vis du bailleur. Celui-ci peut s'opposer à la rétrocession lorsque le bail est cédé sans le fonds de commerce, mais aussi lorsque celui-ci est cédé avec le fonds de commerce, c'est-à-dire dans une situation où le bail est un élément indispensable ou tout au moins primordial de l'activité de ce fonds. L'opposition du bailleur peut donc avoir pour effet subséquent de bloquer la cession du fonds de commerce. L'accord du bailleur a néanmoins été jugé nécessaire par le législateur, et ce très certainement dans le but de sauvegarder ses intérêts légitimes.

Proposer la modification – voire la suppression – de la règle qui subordonne ainsi la rétrocession à l'accord du bailleur suppose de répondre au préalable à deux interrogations. Il convient tout d'abord de s'interroger sur le point de savoir si le bailleur bénéficie ici d'un droit d'opposition que ne lui reconnaît pas le droit commun des baux commerciaux. Autrement dit, la loi instaurant le droit de préemption commercial a-t-elle établi au profit du bailleur un droit exorbitant du droit commun ou, au contraire, s'est-elle en quelque sorte bornée à retranscrire un droit qui existe déjà en

⁵³ C. urb., art. L. 214-2 alinéa 3. Plus précisément, le maire est tenu de recueillir le consentement du bailleur sur le projet d'acte accompagné du cahier des charges, ces pièces devant lui être transmises par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (C. urb., art. R. 214-13 alinéa 1).

⁵⁴ A. Reygrobelet et E. Flaicher-Maneval, Droit de préemption urbain sur les fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux. Décret d'application : Bulletin rapide de droit des affaires, Janvier 2008, n° 2, p. 28. – J.-P. Blatter, Le décret d'application du droit de préemption des communes sur les fonds et les baux : AJDI 2008, p. 88.

⁵⁵ Cass. civ. com., 26 octobre 1993, Epx Blondeau c- Etbs J. Eon combustibles et autres : D. 1994, som. com., p. 54 ; JurisData n° 1993-002186.

⁵⁶ C. urb., art. R. 214-13 alinéa 2.

droit commun (1°) ? Il importe ensuite de savoir si le bailleur peut s'opposer d'une manière discrétionnaire à la rétrocession du bail ou si, au contraire, son refus doit reposer sur des motifs légitimes (2). Là encore, il conviendra d'examiner la réponse qu'apporte le droit des baux commerciaux à cette question.

1° Le droit d'opposition du bailleur à la rétrocession est « inspiré » du droit des baux commerciaux

Le droit d'opposition du bailleur à la rétrocession par la commune du bail commercial qu'elle a préempté paraît être inspiré du régime des baux commerciaux.

a) Le droit positif

Rappelons d'abord que ce régime est dominé par une règle fondamentale : le droit du locataire de céder librement son bail commercial à l'acquéreur de son fonds de commerce. Le bailleur ne peut donc fixer dans le bail une clause prohibitive laquelle interdirait d'une manière générale et absolue la cession concomitante du bail et du fonds au même acquéreur⁵⁷. En ce sens, l'article L. 145-16 du Code de commerce frappe de nullité, quelle qu'en soit la forme, les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise⁵⁸. En application de ces dispositions issues du décret n° 53-960 du 30 septembre 1953, les tribunaux judiciaires prononcent donc la nullité des clauses prohibitives contenues dans le bail, c'est-à-dire celles qui interdisent d'une manière absolue et générale au locataire de céder son bail, lorsque cette cession accompagne celle de son fonds de commerce⁵⁹. Ces règles ont très certainement été établies dans le but de protéger le fonds de commerce détenu par le locataire : très souvent la cession du fonds ne se conçoit qu'avec celle du bail.

⁵⁷ Cass. civ. com., 17 février 1960, Exp. Nicolas / Crts Aubert-Lombard : Bull. com. III, n° 68.

⁵⁸ Les dispositions protectrices de l'article L. 145-16 du Code du commerce ne s'appliquent pas lorsque le bail commercial est cédé sans le fonds de commerce. Dans cette hypothèse, le droit commun précise que la cession du bail commercial sans le fonds de commerce est libre, et ce en application de l'article 1717 du Code civil. Néanmoins – et ce à la différence de la cession du bail avec le fonds de commerce – les clauses prohibitives sont ici valables et efficaces. Autrement dit, le bail peut ici comporter une clause prévoyant que la cessions du droit au bail est interdite, ou encore que la cession dudit bail n'est possible qu'avec l'accord exprès du propriétaire (Par exemple, « Le locataire 'ne pourra, dans aucun cas et sous aucun prétexte, céder son droit au présent bail ni sous-louer en tout ou partie les locaux loués sans le consentement exprès et par écrit du bailleur', sous réserve de la seule exception correspondant au cas visé par l'article L 145-16 du code de commerce, dont il a été démontré ci-dessus qu'il était inapplicable en l'espèce » : CA Rouen, 16 avril 2009, Lemoine c/ Vallet : n°08/01217 ; JurisData n° 2009-006797). Le bailleur peut donc ici s'opposer à la cession du droit au bail, ou soumettre celle-ci à conditions. Ces clauses prohibitives ou restrictives sont indispensables si le bailleur n'entend pas laisser au preneur une entière liberté de cession

⁵⁹ Cass. com. 17 février 1960, D. 1960, p. 358. – Cass. civ. 3^{ème}, 19 décembre 1983 : Bull. civ. III, n° 265. – cf. aussi, Cass. civ. 3^{ème}, 29 février 1972 : JCP 1972, II, 17192, note Boccara (Nullité d'une clause interdisant la cession de bail à toute société, celle-ci n'ayant pas pour conséquence de rendre la cession plus difficile mais bien de la rendre impossible à toute une catégorie d'acquéreurs). – Cass. civ. 3^{ème} 10 avril 1973 : Revu des loyers 1974, p. 316, note Viatte.

Ce régime de droit commun n'est nullement remis en cause par les dispositions de l'article L. 214-2 al. 3 du Code de l'urbanisme qui régit la rétrocession du bail commercial. À l'évidence, cet article n'interdit pas *stricto sensu* la rétrocession du bail commercial qui accompagne la cession du fonds de commerce. Que l'article susvisé rende cette rétrocession plus complexe en imposant à la commune de recueillir l'accord du bailleur est chose certaine, mais elle ne l'empêche pas *ab initio*.

Si le droit commun des baux commerciaux interdit comme il vient de l'être montré *la clause prohibitive*, c'est-à-dire celle qui interdit d'une manière absolue et générale au locataire de céder son bail à l'acquéreur de son fonds de commerce, en revanche, le droit commun autorise *la clause restrictive*, c'est-à-dire celle qui, sans empêcher la cession, la subordonne à des conditions particulières. Il s'agit là de clauses d'usage courant⁶⁰ qui, sans l'interdire, organisent, formalisent ou restreignent la cession du bail avec le fonds, et ce dans le but évident de protéger les intérêts du bailleur⁶¹. Ces clauses constituent ainsi un aménagement du droit de céder le bail commercial.

Entre dans cette catégorie une clause qui nous intéresse tout particulièrement, celle qui oblige le locataire à solliciter, avant la cession, l'autorisation du bailleur⁶² ou, en d'autres mots, celle qui subordonne la cession du bail à un successeur dans le commerce à l'agrément donné par le bailleur à la personne de l'acquéreur⁶³. Ces clauses ne constituent pas, selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, une interdiction générale et absolue de toute cession⁶⁴. Une cession concomitante du bail et du fonds au même acquéreur peut par conséquent être soumise à l'accord ou à l'agrément du bailleur, une telle stipulation figurant dans le bail étant licite.

Selon le juge judiciaire, l'objet de ces clauses est de permettre « *au bailleur un contrôle de la régularité de la cession, de la moralité, de la solvabilité et de la compétence de l'acquéreur éventuel* »⁶⁵, ou encore lui permet « *d'exercer un contrôle*

⁶⁰ J. Derruppé, Les baux commerciaux, Dalloz, 2^{ème} éd., 1996, p. 28.

⁶¹ Et alors même que ces clauses rendraient la cession plus difficile. Est ainsi valide la clause qui subordonne la cession du bail à la rédaction d'un acte authentique en présence du bailleur (CA Nancy, 5 avril 2011 : n° 11/01123 ; JurisData n° 2011-023046, Bailleur non convoqué à l'acte. Cession inopposable au bailleur), ou la clause qui impose la rédaction de l'acte de cession par le conseil du bailleur (CA Paris, 3 mars, 2004, Baili / Viala : n° 2002/02686 ; JurisData n° 2004-241181), ou encore la clause qui donne au bailleur un droit de préemption au cas où le preneur vendrait son fonds de commerce (Cass. civ. com., 17 février 1960, Exp. Nicolas / Crts Aubert-Lombard : Bull. com. III, n° 68), ces clauses ne portant pas selon ces arrêts atteinte aux intérêts légitime du preneur.

⁶² Cass. com., 28 février 1956, Sté Combe c/ Procédés Cellonites : Bull. com. III, n° 88.

⁶³ Cass. civ., 3^{ème}, 14 avril 1982 : JCP G 1982, IV, 217. – D'autres expressions sont parfois utilisées : clauses subordonnant cette cession à l'accord écrit du bailleur (Cass. civ. 3^{ème}, 12 juillet 1989 : n° 88-10385 ; Loyers et copropriété 1989, n° 494. – Cass. civ. 3^{ème}, 2 oct. 2002, SCI Gudini Versailles c/ Epx Kralicek et autres : Bull. civ. III, n° 192, p. 162 ; AJDI 2003, p. 30, obs. M.-P. Dumont) ou à « l'agrément exprès, écrit et préalable du bailleur » (CA Pau, 27 janvier 2011, SARL Dulong : n° 508/11 ; JurisData n° 2011/011287).

⁶⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 2 oct. 2002, SCI Gudini Versailles c/ Epx Kralicek et autres : Bull. civ. III, n° 192, p. 162 ; AJDI 2003, p. 30, obs. M.-P. Dumont.

⁶⁵ Cass. civ., 3^{ème}, 14 avril 1982 : précité. – CA Douai, 4 avril 2012, M. Delebecque : n° 10/08428 ; JurisData n° 2012-006685.

sur l'activité de l'acquéreur et notamment sur les transformations nécessitées par une nouvelle activité »⁶⁶. L'idée sous-jacente à cette jurisprudence est donc de préserver et de garantir les droits éventuels du bailleur, celui-ci devant être en mesure de se prémunir contre une cession de bail qui lui ferait supporter des risques économiques injustifiés ou anormaux, ou encore qui remettrait en cause la destination des lieux.

C'est, semble-t-il, la même idée qui est à l'origine des dispositions du Code de l'urbanisme qui soumettent la rétrocession du bail commercial par la commune à l'accord du bailleur. Ici aussi, il a été jugé nécessaire de soumettre la rétrocession du bail à l'autorisation du bailleur pour sauvegarder ses droits. Il existe néanmoins une différence entre les deux régimes. Dans le premier, la clause imposant l'agrément du cessionnaire par le bailleur peut ne pas être insérée dans le bail initial alors que, dans le second, la rétrocession du bail commercial est toujours subordonnée à l'accord du bailleur.

Face à cette situation, quelles sont les propositions qui peuvent être faites ?

b) Perspectives d'évolution

La première proposition consisterait à abroger purement et simplement les dispositions de l'article L. 214-2 al. 3 du Code de l'urbanisme qui subordonnent la cession du bail à l'accord du bailleur, au motif que cette règle donne au bailleur un pouvoir exorbitant, celui de faire obstacle à l'action de l'Administration en bloquant le processus de rétrocession du bail et incidemment celui du fonds. Cette suggestion, loin d'être iconoclaste, a par le passé été formulée par l'Association des maires de France laquelle avait demandé que ce droit d'opposition soit supprimé, au motif qu'il risquait de rendre inopérant l'exercice d'un droit nouveau confié aux élus locaux par le législateur⁶⁷. Cette demande des maires de France n'a pas été prise en compte, sans doute parce qu'elle paraissait entraîner un déséquilibre par trop important entre le bailleur et la puissance publique, celle-ci pouvant en quelque sorte rétrocéder à qui bon lui semble – et sans contrôle du bailleur – le bail. Il y avait donc ici un risque important, celui que le bail soit rétrocedé à un candidat au détriment des intérêts économiques du bailleur.

Cette proposition présente une autre limite, en ce sens qu'il n'est pas du tout certain que l'abrogation des dispositions de l'article L. 214-2 al 3 du Code de l'urbanisme ait pour effet, à tout coup, de permettre aux communes de rétrocéder librement le bail commercial. Cette abrogation n'aura selon nous aucune conséquence sur les clauses restrictives contenues dans certains baux commerciaux lesquelles imposent l'agrément du cessionnaire par le bailleur⁶⁸. Selon toute vraisemblance, ces clauses – qui sont opposables à la commune qui a préempté le bail avec ses droits et obligations – obligeront ainsi la commune de recueillir l'accord du bailleur avant la

⁶⁶ CA Rouen, 16 avril 2009, Lemoine c/ Vallet : n° 08/01217 ; JurisData n° 2009-006797.

⁶⁷ A. Reygrobelet et E. Flaicher-Maneval, Droit de préemption urbain sur les fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux. Décret d'application : Bulletin rapide de droit des affaires, Janvier 2008, n° 2, p. 28.

⁶⁸ Cf. supra.

rétrocession du bail. C'est dire que l'abrogation de ces dispositions risquerait *in fine* de se réduire à un coup d'épée dans l'eau.

La deuxième proposition – plus radicale, mais sans doute moins réaliste en raison de l'atteinte qu'elle porterait aux droits du bailleur – consisterait à renverser la règle qui est édictée à l'article L. 214-2 al. 3 en précisant que le bail peut être rétrocédé librement, c'est-à-dire sans l'accord du bailleur. Autrement dit, pour faciliter certaines opérations d'intérêt général diligentées par la puissance publique en vue de favoriser la diversité commerciale dans les centres villes, le législateur viendrait ici abroger la règle de l'article L. 214-2 al. 3, mais aussi écarter les clauses restrictives contenues dans les baux, clauses qui subordonnent à l'autorisation expresse du bailleur, la cession du droit au bail à l'acquéreur du fonds de commerce.

À première vue, cette suggestion paraît quelque peu démesurée, dès lors que les dispositions proposées paraissent porter une atteinte excessive aux droits du propriétaire bailleur, celui-ci n'étant plus en mesure dans ce cadre nouveau de « contrôler » la rétrocession. Force est néanmoins de constater que le législateur a déjà écarté, pour faciliter certaines opérations, l'application de ces clauses restrictives qui soumettent la cession du bail à l'accord du bailleur. C'est ainsi qu'il ressort des dispositions combinées des articles L. 145-15 et L. 145-51 du Code de commerce que le locataire, qui demande à bénéficier de ses droits à la retraite ou de ses droits à pension d'invalidité, peut céder librement son bail même pour des activités différentes de celles qu'il poursuivait, la loi faisant ici échec aux clauses d'agrément qui seraient contenues dans le bail au profit du bailleur. Il est vrai que dans ce cas, la loi a instauré au profit du bailleur une priorité de rachat aux conditions qui doivent lui être notifiées. De même, en cas de redressement judiciaire, les clauses restrictives du bail, imposant agrément ou formalisme préalable, ne peuvent pas faire échec à la cession globale de l'entreprise ou à une cession de certaines branches d'activité englobant le contrat de bail et approuvées par le tribunal dans le cadre d'un plan de redressement.

La troisième proposition consisterait plus simplement à aménager le droit d'opposition du bailleur pour le rendre plus lisible. C'est ce qu'il convient maintenant d'examiner.

2° Le droit d'opposition du bailleur à la cession ou à la rétrocession du bail commercial n'est pas un droit absolu

Dès lors qu'il n'est pas envisagé de supprimer le droit d'opposition du bailleur à la rétrocession du bail commercial, une autre question de droit surgit : pour quels motifs le bailleur peut-il ici s'opposer à la rétrocession du bail qui est envisagée par la commune ? Le refus du bailleur d'autoriser cette rétrocession peut-il être discrétionnaire ou, au contraire, doit-il être fondé sur des motifs légitimes ? Pour répondre à cette interrogation, il paraît essentiel de rappeler ce que décide le droit des baux commerciaux lorsqu'une clause impose l'agrément du cessionnaire par le bailleur et que le bailleur refuse de donner son agrément à la cession du bail.

a) La cession du bail commercial

En droit des baux commerciaux, la question de savoir si le refus du bailleur de consentir à la cession du bail par le locataire doit être fondé sur des motifs légitimes a été réglée depuis fort longtemps. La Cour de cassation estime que le refus du bailleur

doit reposer sur des motifs légitimes, le juge judiciaire se reconnaissant le droit le cas échéant de vérifier si ce refus est effectivement justifié par de tels motifs. Commet ainsi un abus de droit un bailleur qui refuse d'autoriser la cession du bail « pour satisfaire illégitimement un esprit de lucre et exercer une pression sur la cédante », le bailleur ayant en l'espèce réclamé en contrepartie de son accord la rétrocession d'une partie du prix de vente du bail⁶⁹. De même, les attermoiements du bailleur pour faire connaître sa position sur la cession – en posant à chaque fois des conditions nouvelles non justifiées – constituent de la part du bailleur un abus de droit dicté par l'intention de retarder cette cession, voire de décourager les acquéreurs⁷⁰. Seraient aussi très certainement considérés comme illégitimes, les refus fondés sur des faits inexacts. En revanche, un bailleur peut légitimement refuser son agrément, lorsque le candidat repreneur ne justifie pas de son honorabilité, de sa solvabilité et de sa compétence. Il a ainsi été jugé que les documents produits par le candidat repreneur à cette demande des bailleurs étayaient peu les capacités gestionnaires du candidat, qu'ils n'éclairaient en rien sa compétence, encore moins sa solvabilité, alors qu'il était aisé de produire l'accord de prêt et qu'aucun renseignement n'était versé concernant son honorabilité et que par conséquent les bailleurs étaient « devenus légitimes à refuser leur agrément aussi peu rassurés sur la qualité de la signataire du compromis »⁷¹.

Ce contrôle judiciaire vise à protéger le droit du locataire de céder le bail à l'acquéreur de son fonds de commerce contre toutes les atteintes dont ce droit peut faire l'objet. Si le refus du bailleur de donner son consentement à la cession est injustifié, le juge peut autoriser le preneur à passer outre au refus du bailleur :

*« Mais attendu que sont seules prohibées... les conventions portant interdiction absolue et générale de céder le bail et non les clauses qui obligent seulement le locataire à solliciter, avant la cession, l'autorisation du bailleur, alors que ce consentement ne peut être refusé par le bailleur sans motifs légitimes et que **le preneur peut au cas de refus injustifié demander à justice de passer outre à ce refus** »*⁷².

Le refus d'autorisation par le bailleur peut également ouvrir droit à des dommages-intérêts s'il s'avère injustifié et préjudiciable⁷³.

b) La rétrocession par la commune du bail commercial

Lorsque le bailleur entend s'opposer au projet de la commune de rétrocéder le bail commercial qu'elle a acquis par voie de préemption le bailleur doit, on le sait, saisir le président du tribunal de grande instance « pour faire valider son opposition à la rétrocession »⁷⁴.

⁶⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 18 octobre 1989, SCI Schmitt c/ Exps Babonneau : Revues des loyers et copr. 1989, n° 538 ; JurisData n° 1989-004371.

⁷⁰ CA Lyon, 18 sept. 2008, Mme Sakhri : n° 07/04987.

⁷¹ CA Douai, 4 avril 2012, Mme Delebecque : n° 10/08428 ; JurisData n° 2012-006685.

⁷² Cass. com., 28 février 1956, Sté Combe c/ Procédés Cellonites : Bull. com. III, n° 88. – Cass. civ. 10 avril 1973 : RTD Com 1973, p. 505, obs. Pédamon ; Cass. com. 4 janvier 1994 : RJDA 6/1994, n° 636.

⁷³ CA Lyon, 18 sept. 2008, Mme Sakhri : n° 07/04987.

⁷⁴ C. urb., art. R. 214-13 al. 2. En droit commun, le refus du bailleur à la cession du bail commercial n'a pas à être constaté par le juge judiciaire.

Ces dispositions soulèvent deux difficultés d'interprétation qu'il convient d'examiner, avant de proposer une éventuelle évolution du droit positif en la matière.

b.1. Les motifs justifiant le refus du bailleur de consentir à la rétrocession du bail

La première difficulté d'interprétation porte sur le point de savoir si le bailleur peut s'opposer à la rétrocession d'une manière discrétionnaire ou si, au contraire, ce refus doit être fondé sur des motifs légitimes. La loi comme le décret ne donnent sur ce point aucune certitude. Faute de règle explicite enserrant la liberté du bailleur, d'aucuns pourraient être tentés de conclure que n'importe quel motif peut justifier ce refus. En poussant ce raisonnement jusqu'à l'absurde, cela signifierait que le bailleur aurait par exemple la possibilité de s'opposer à la rétrocession pour « satisfaire illégitimement un esprit de lucre⁷⁵ », ou encore pour entraver l'action de l'Administration. Ce pouvoir absolu du bailleur reviendrait, on le voit, à porter une atteinte considérable au droit de la commune de rétrocéder le bail au candidat à cette cession.

Force est néanmoins de constater que cette interprétation paraît difficilement défendable, le droit du bailleur de refuser de consentir à la rétrocession restant selon nous cantonner, pour le moins, par la théorie de l'abus de droit. Le bailleur ne peut ainsi user de ce droit dans un but malveillant ou antisocial, cet usage ne pouvant en tout état de cause être celui que le législateur avait prévu que l'on ferait de ce droit lorsqu'il l'a consacré. Il semble donc plus exact de considérer – même si cette règle n'a pas été explicitement retranscrite dans le Code de l'urbanisme – que le bailleur ne peut faire obstacle à la rétrocession que pour des motifs légitimes. C'est cette solution fondée sur la théorie de l'abus de droit qui a d'ailleurs été consacrée par la Cour de cassation, lorsque la cession d'un bail est soumise à l'autorisation du bailleur, celui-ci ne pouvant refuser ce consentement sans motif légitime⁷⁶.

Il serait néanmoins souhaitable que cette règle selon laquelle le refus du bailleur ne peut être fondé que sur un motif légitime soit fixée dans le Code de l'urbanisme, au cas où il serait décidé de maintenir dans la loi l'accord du bailleur à la rétrocession. Une telle proposition permettrait de lever l'une des difficultés d'interprétation que soulève la mise en œuvre du droit de préemption commercial et de la sorte faciliterait l'action des communes. Une évolution en ce sens aurait aussi pour effet de dissuader davantage les bailleurs d'opposer systématiquement un refus au projet de rétrocession. Les dispositions du dernier alinéa de l'article L. 214-2 pourraient être enrichies de la manière suivante :

- « La rétrocession du bail commercial est subordonnée, à peine de nullité, à l'accord préalable du bailleur. Cet accord, **qui ne peut être refusé sans motif légitime**, figure dans l'acte de rétrocession ».
- Autre formulation : « La rétrocession du bail commercial est subordonnée, à peine de nullité, **au consentement du bailleur. Ce consentement, qui ne peut être refusé sans motif légitime**, figure dans l'acte de rétrocession ».

⁷⁵ Par exemple, je ne donne pas mon consentement au projet de rétrocession, parce que vous refusez de me reverser une partie du prix de la rétrocession.

⁷⁶ Cf. supra.

Par motif légitime de nature à justifier l'opposition du bailleur, il faut très certainement entendre les motifs tirés du règlement de copropriété qui feraient obstacle à l'activité envisagée, ou encore ceux décrits précédemment et qui portent sur la compétence ou la solvabilité du candidat à la rétrocession.

b.2. Les pouvoirs du président du tribunal de grande instance

Le second problème que soulèvent les règles analysées – et qui est subséquent à la première difficulté d'interprétation – porte sur le point de savoir si le président du tribunal de grande instance doit ici se borner à « enregistrer » l'opposition du bailleur au projet de rétrocession ou si, au contraire, le juge judiciaire a le droit de vérifier si le refus d'agrément du bailleur est fondé sur un juste motif. Si cette question se pose c'est parce que les termes qui ont été employés par le pouvoir réglementaire pour définir la mission du juge judiciaire – lequel est saisi par le bailleur « pour faire valider » l'opposition du bailleur – peuvent prêter à confusion.

Entendu dans un sens étroit, cette expression indiquerait que le rôle du juge judiciaire s'apparente à celui d'une "chambre d'enregistrement", celui-ci se bornant à constater le refus du bailleur. Si cette interprétation était retenue, cela signifierait que le président du tribunal n'a pas le pouvoir de vérifier la légitimité des motifs invoqués par le bailleur, sa mission se limitant en quelque sorte à rendre valide l'opposition du bailleur. Ce dispositif intéresserait donc davantage la forme que le fond : il aurait pour seul objet de compliquer la tâche du bailleur, celui-ci étant tenu de faire valider son opposition par le juge judiciaire, ce qui lui impose de saisir une juridiction.

À cette interprétation, il faut très certainement préférer celle qui conduit à analyser les dispositions de l'article R. 214-13 al. 2 comme conférant au juge judiciaire un pouvoir plus étendu que celui qui consisterait à constater le refus du bailleur. Saisi par ce dernier « pour faire valider » son opposition au projet de rétrocession, le juge judiciaire aurait ainsi le droit d'apprécier, de vérifier ou de contrôler si l'opposition du bailleur à la rétrocession est justifiée par un motif légitime.

Plusieurs arguments peuvent être avancés en faveur de cette interprétation.

D'une part, elle peut s'appuyer sur la définition que donne le professeur Gérard Cornu du mot "validation", ce mot désignant « une opération (déclarative) de vérification, consistant pour une autorité (juge, administration) ou une assemblée à reconnaître... la régularité d'un acte »⁷⁷. Le juge serait ainsi habilité à vérifier la validité du refus du bailleur, c'est-à-dire si cet acte est conforme aux conditions exigées par la loi, pour sa conclusion.

D'autre part, cette interprétation paraît également résulter d'une autre disposition de l'article R. 214-13 al. 2 du Code de l'urbanisme. Cette disposition précise que la saisine du président du tribunal de grande instance doit être motivée et notifiée à la commune, le bailleur étant de la sorte tenu de faire connaître au juge judiciaire et à la commune les raisons qui justifient son refus de consentir à la rétrocession du bail commercial. Il est fort probable que si le décret exige ainsi l'énonciation des motifs et leur communication au juge et à la commune, c'est pour que ces motifs puissent être appréciés et discutés devant le juge et non pour que celui-ci se borne à les entériner. À

⁷⁷ Vocabulaire juridique, PUF, 8^{ème} éd., 2000, p. 895.

quoi servirait cette communication sinon à informer la commune et le juge des raisons qui ont provoqué le refus du bailleur, ce qui permet en outre à la commune d'apprécier s'il y a pour elle matière à réclamation ?

Enfin, si cette interprétation mérite d'être retenue c'est aussi parce qu'il paraît difficile de considérer que le droit du bailleur de s'opposer à la rétrocession est un droit absolu qui serait à l'abri de tout recours⁷⁸. Comme il l'a été montré, le bailleur ne peut apparemment s'opposer au projet de rétrocession que pour des motifs légitimes. Cette règle doit par conséquent être sanctionnée par l'existence d'un recours juridictionnel permettant de vérifier la légitimité des motifs avancés par le bailleur. Il paraît dès lors cohérent que le président du tribunal de grande instance soit ici compétent pour apprécier si le refus du bailleur repose effectivement sur un motif légitime. Cette interprétation est d'autant plus plausible que les dispositions de l'article R. 214-13 alinéa 2 prévoient que le juge est saisi « en la forme du référé ». Dans ce cas, l'article 492-1 du code de procédure civile ne donne pas au juge un pouvoir qui se limiterait à constater la validité d'un acte. Bien au contraire, il est dit que « lorsqu'il est prévu que le juge statue en matière de référé ou en la forme des référés... le juge exerce les pouvoirs dont dispose la juridiction au fond et statue par une ordonnance ayant l'autorité de la chose jugée relativement aux contestations qu'elle tranche ». Tout paraît être dit dans cette règle, en ce sens que le juge n'est pas ici appelé à enregistrer un refus, mais à trancher une contestation. Tout laisse donc à penser que la décision que prend le président du tribunal de grande instance de valider ou non l'opposition du bailleur est lourde de conséquence et nécessite un débat sérieux et de fond.

In fine, il ressort de cette analyse que le bailleur ne peut refuser son consentement au projet de rétrocession du bail sans motifs légitimes et que la commune peut, en cas de refus injustifié, demander au président du tribunal de grande instance de passer outre à ce refus.

Afin de faciliter l'exercice du droit de préemption par les communes, il serait néanmoins souhaitable que ces règles soient précisées dans les textes. D'une part, il conviendrait d'indiquer à l'article L. 214-2 que le bailleur ne peut refuser son consentement à la rétrocession sans motifs légitimes⁷⁹. D'autre part, les dispositions de l'article R. 214-13 al. 2 étant susceptibles d'induire en erreur les communes⁸⁰, il serait opportun de compléter ces dispositions aux fins qu'elles indiquent plus clairement que le juge des référés est compétent pour vérifier la régularité des motifs invoqués par le bailleur pour s'opposer à la rétrocession.

L'article R. 214-13 al. 2 du Code de l'urbanisme pourrait être modifié de la manière suivante⁸¹ :

⁷⁸ Cf. supra.

⁷⁹ Cf. supra.

⁸⁰ Cf. supra.

⁸¹ Texte original : « Si le bailleur entend s'opposer au projet de rétrocession, il saisit, en la forme du référé, le président du tribunal de grande instance du lieu de situation de l'immeuble dont dépendent les lieux loués pour faire valider son opposition à la rétrocession. A défaut d'avoir notifié à la commune, dans le délai de deux mois suivant la réception du projet d'acte, la saisine motivée de la juridiction, le bailleur est réputé avoir donné son accord à la rétrocession ».

« Si le bailleur entend s'opposer au projet de rétrocession, il saisit, en la forme du référé, le président du tribunal de grande instance du lieu de situation de l'immeuble dont dépendent les lieux loués **qui statue sur la validité de son** opposition à la rétrocession. À défaut d'avoir notifié à la commune, dans le délai de deux mois suivant la réception du projet d'acte, la saisine motivée de la juridiction, le bailleur est réputé avoir donné son accord à la rétrocession ».

Cette formulation paraît plus lisible pour les communes : elle indique que le juge est ici conduit à rechercher si le refus du bailleur n'est entaché d'aucun vice de nature à justifier son annulation.

VI. Rétrocession et déspécialisation du bail commercial

La commune peut être confrontée à la question de la déspécialisation du bail commercial lorsqu'elle a préempté ce bien pour installer dans les murs un commerce différent de celui exploité.

A. Position du problème

Lorsque le bail acquis par voie de préemption contient une clause de destination, la question se pose de savoir si la commune a la possibilité de compléter ou de modifier le genre d'activité qui peut être exercé dans les lieux loués, et ce avant de céder le bail à un candidat à la rétrocession. Cette question renvoie par conséquent à celle de savoir si l'usage pour lesquels les lieux ont été loués est immuable pendant la période transitoire de deux ans au cours de laquelle le bail doit être rétrocédé ou si, au contraire, cet usage prévu par le bail peut être modifié par les autorités locales afin de pallier à l'obsolescence de certaines activités, ou pour assurer la diversité commerciale dans des secteurs où domine la mono-activité. Un bail pourrait ainsi être cédé par la commune à un candidat à la rétrocession, afin que ce dernier exerce une activité commerciale ou artisanale différente de celle prévue dans le bail mais qui, en revanche, est susceptible de favoriser l'implantation de commerces de proximité dans le secteur considéré.

B. Éléments de réponse

Rappelons que le droit commun des baux impose en principe que le locataire emploie l'immeuble loué suivant la destination qui lui est donnée par le bail⁸². Cette règle cardinale interdit par conséquent que des activités qui ne sont pas expressément visées dans la convention soient exercées dans l'immeuble. La méconnaissance de ce principe est lourdement sanctionnée, le locataire pouvant dans ce cas encourir la résiliation de son bail, ou un refus de renouvellement.

Si la force obligatoire des stipulations contractuelles relatives à l'usage du bien est, on le voit, particulièrement rigoureuse pour un commerçant – lequel doit pouvoir adapter son activité économique à la conjoncture économique – ces stipulations n'ont pas pour autant un caractère absolu : il peut y être dérogé sous certaines conditions. D'une part, en application du droit commun des contrats, rien n'interdit que le bailleur et le locataire s'entendent pour modifier la clause de destination de l'immeuble (1°). D'autre part, le législateur a également jugé nécessaire de fixer dans le statut des baux commerciaux une procédure dite de déspécialisation qui contient « des mesures spécifiques pour empêcher que la mauvaise volonté d'un bailleur puisse faire obstacle aux mutations d'activités rendues nécessaires par la conjoncture économique ou par l'évolution des structures commerciales »⁸³ (2°). Reste à savoir dans quelle mesure ces règles peuvent être mises en œuvre par la commune, lorsque celle-ci envisage de modifier l'activité commerciale qui doit être exercée dans les lieux, avant de céder le bail à un candidat à la rétrocession⁸⁴.

⁸² C. civil., art. 1728.

⁸³ J. Derruppé, *Les baux commerciaux*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1996, p. 34.

⁸⁴ Cette question de la déspécialisation du bail commercial à l'occasion de sa rétrocession ne se pose que si l'activité envisagée n'est pas « incluse » dans l'activité prévue

1° Changement de destination par la voie amiable

En application des règles susvisées, la commune qui a préempté un bail commercial contenant une clause relative à l'usage des lieux loués ne peut en principe utiliser l'immeuble à un autre usage que celui auquel il a été destiné par le bail. Le candidat à la rétrocession sera de la même manière tenu par la destination des lieux : il devra user de l'immeuble loué selon la destination qui lui a été donnée par le bail. Ces règles, on le voit, peuvent être de nature à bloquer certains projets de rétrocession, dès lors que la commune a acquis un bail par voie de préemption pour que l'immeuble loué soit utilisé pour une activité commerciale différente de celle qui doit y être exercée.

La rigueur de cette force obligatoire du contrat peut néanmoins être assouplie par la volonté des parties. La commune – voire le cessionnaire du bail commercial – a ainsi la possibilité de demander au bailleur de modifier la clause de destination de l'immeuble contenue dans le bail, et ce aux fins qu'une activité commerciale ou artisanale autre que celle prévue initialement par le contrat puisse être exercée dans les lieux loués. Par exemple, après avoir préempté un bail commercial stipulant que le preneur doit affecter les lieux à l'exploitation d'un fonds de commerce de meubles, une commune peut demander au bailleur de modifier cette clause de destination pour que l'immeuble loué puisse à l'avenir être affecté à une activité de boulangerie. Cette demande de réaménagement du contrat devra être acceptée par le bailleur, dès lors qu'en application des règles générales de l'article 1134 du Code civil tout changement d'activité implique un nouvel accord entre les parties, la commune pas plus que le cessionnaire d'un bail acquis par voie de préemption n'étant en droit de modifier unilatéralement la clause relative à l'activité commerciale ou artisanale qui doit être exercée dans les lieux. Il est sans doute préférable que ce changement de destination soit demandé par la commune au bailleur en amont de la rétrocession du bail commercial.

De la même manière, la commune a la possibilité de demander au bailleur une modification de la clause de destination aux fins d'adjoindre à l'activité principale prévue au contrat d'autres activités connexes ou complémentaires, cette modification exigeant également l'accord du bailleur. Dans un avenant au bail initial, les parties peuvent ainsi convenir d'associer aux activités initiales de « café, bar, PMU », les activités « de tabac, journaux, loterie » lesquelles devront être autorisées par le bailleur, si le contrat mentionne expressément que seules les activités initiales sont autorisées dans les lieux loués. En contrepartie de cette déspecialisation partielle, le bailleur ne peut en principe solliciter ni indemnité de déspecialisation, ni majoration du loyer, cette dernière ne pouvant intervenir qu'une fois acquis le droit à la déspecialisation⁸⁵.

au bail. Par exemple, l'activité de parapharmacie étant incluse dans l'activité de pharmacie, il n'y a pas lieu d'entamer une procédure de déspecialisation pour pouvoir vendre des produits parapharmaceutiques (Cass. civ. 3^{ème}, 21 mars 2007 : JurisData n° 2007-038084 ; Loyers et copropriété 2007, comm. 287). Il en va de même s'agissant de la vente de jeux de hasard et de boissons à emporter qui est incluse dans l'activité de « débit de tabac, presse, journaux, papeterie et vente de glaces à emporter » (CA Poitiers, 9 sept. 2008 : JurisData n° 2008-007304).

⁸⁵ Cass. civ., 3^{ème}, 19 mai 2004, Roussel c/ Pollicand : AJDI 2005, p. 30 (Il n'est pas possible d'insérer dans l'avenant au bail une clause de révision immédiate du loyer. Il est donc

2° Changement de destination par la procédure de déspécialisation

L'autre question qui se pose est celle de savoir si la commune, qui souhaite que des activités non prévues par le bail soient exercées dans les lieux loués, a également la possibilité de mettre en œuvre à cette fin la procédure de déspécialisation prévue par le statut des baux commerciaux⁸⁶. Cette procédure – qui a été instaurée par le législateur pour éviter une trop grande rigidité des structures commerciales et faciliter la reconversion des commerçants – présenterait un intérêt certain pour les autorités locales, dans l'hypothèse où le bailleur refuse de donner son consentement à une modification de la destination des lieux loués. Tout l'intérêt du processus de déspécialisation est qu'il permet d'imposer au bailleur, par l'effet d'une décision judiciaire, les changements de destination demandés par le locataire. En d'autres termes, la déspécialisation vise à assouplir la rigueur de la force obligatoire du contrat et, plus précisément, des clauses de destination contenues dans cet acte, celles-ci pouvant dans certaines circonstances être modifiées sans le consentement du bailleur (1). Reste néanmoins à savoir si la commune peut user de cette procédure pendant la période transitoire de deux ans, ce qui revient à se demander si la commune peut dans ce laps de temps bénéficier des droits conférés par le statut des baux commerciaux (2).

a) Les modalités de mise en œuvre

Deux formes de déspécialisation ont été instituées par le législateur : la déspécialisation partielle et la déspécialisation plénière.

1) Déspécialisation partielle

La déspécialisation partielle – la plus facile à mettre en œuvre – peut être utilisée par le locataire, lorsque celui-ci souhaite adjoindre à l'activité prévue au bail des activités connexes ou complémentaires. Faute de définition légale, le caractère connexe ou complémentaire d'une activité s'apprécie au cas par cas sous le contrôle du juge judiciaire. Il a par exemple été jugé que la vente de disques classiques était connexe à l'activité de libraire⁸⁷. Pour accepter la connexité ou la complémentarité de l'activité, le juge judiciaire se fonde le plus souvent sur l'identité de clientèle.

Lorsque le locataire envisage ainsi d'adjoindre à l'activité prévue par le bail une activité connexe, celui-ci doit avant toute chose notifier son intention au bailleur. Cette notification est faite par acte extrajudiciaire lequel indique l'intention du locataire de déspécialiser le bail et l'activité connexe ou complémentaire qui va être adjointe à l'activité principale. Il ne s'agit donc pas là d'une demande d'autorisation, mais d'une simple information du bailleur, la déspécialisation restreinte étant un droit pour le locataire.

plus prudent de disjoindre formellement l'autorisation du bailleur d'adjoindre un ou plusieurs activités connexes et l'avenant envisageant une majoration de loyer).

⁸⁶ C. com., art. L. 145-47 et suivants.

⁸⁷ Il a également été jugé que l'activité de boucherie est connexe à celle de charcuterie (Cass. civ. 13 février 1969 : Annales des loyers 1969, n° 1585) et que celle de bonneterie-lingerie était complémentaire de celle de prêt-à-porter féminin, ou encore qu'un commerce de vêtements pour enfants était connexe à une bonneterie (CA Riom, 26 sept. 1974 : D. 1974, som. 125).

Une fois informé de l'intention du preneur, le bailleur dispose d'un délai de deux mois, à peine de déchéance, pour contester le caractère connexe ou complémentaire de l'activité envisagée, seuls de tels motifs étant de nature à fonder son opposition. S'il ne s'oppose pas à la déspécialisation pendant ce délai, l'activité nouvelle peut être entreprise dans les lieux loués⁸⁸. Si, en revanche, le bailleur entend s'opposer au projet, il doit le faire savoir au locataire dans le délai de deux mois. Dans ce cas, l'affaire est portée par la partie la plus diligente, c'est-à-dire par la partie qui y a le plus intérêt, devant le tribunal de grande instance lequel décide si l'activité envisagée est connexe ou complémentaire avec l'activité principale. L'activité nouvelle ne pourra pas être entreprise avant qu'une décision de justice devenue définitive n'ait reconnu fonder le droit du locataire à la déspécialisation.

b) Déspécialisation plénière

La déspécialisation plénière est plus radicale que la précédente : elle a pour effet d'autoriser le locataire à exercer dans les lieux loués une activité commerciale entièrement nouvelle⁸⁹. Cette modification de la destination des lieux à laquelle peut prétendre le preneur est néanmoins soumise à des conditions plus strictes.

D'une part, la déspécialisation plénière est subordonnée à l'accord du bailleur. Aussi le locataire est-il tenu d'adresser à ce dernier une demande d'autorisation de déspécialisation par acte d'huissier, cette demande devant préciser la nouvelle activité dont l'exercice est envisagé. Une fois que cette demande a été reçue, le bailleur dispose d'un délai de trois mois pour donner sa réponse, son silence valant acceptation de la demande. S'il refuse la déspécialisation, sa décision doit être motivée.

D'autre part, le locataire doit établir que la déspécialisation est justifiée par « la conjoncture économique » et correspond « aux nécessités de l'organisation rationnelle de la distribution »⁹⁰. Le locataire doit ainsi montrer que la conjoncture économique justifie un changement, l'activité initiale n'étant plus rentable. Quant à l'organisation rationnelle de la distribution, « elle sera satisfaite si l'activité nouvelle apporte au consommateur un service dont il ne bénéficiait pas, ou qui était insuffisamment représenté dans le secteur »⁹¹.

Lorsque le bailleur refuse la déspécialisation demandée, ou lorsque le locataire conteste les conditions posées par le bailleur à un changement d'activité, l'affaire peut être renvoyée devant le juge judiciaire. Dans ce cas, le tribunal de grande instance vérifie si la demande du locataire est fondée sur les motifs légaux qui justifient la déspécialisation, ou si le refus du bailleur repose sur un motif « grave et légitime », ou encore si les activités envisagées « sont compatibles avec la destination, les caractères

⁸⁸ Cet acquiescement ne permet plus au bailleur de mettre en cause la déspécialisation, même si l'activité nouvelle n'est ni connexe, ni complémentaire.

⁸⁹ Cette activité nouvelle peut se substituer à l'activité prévue au bail, ou encore s'ajouter à cette dernière.

⁹⁰ C. com., art. L. 145-48, alinéa 1^{er}.

⁹¹ Droit et pratique des baux commerciaux, Dalloz action, 2006/2007, n° 330.220, p. 275.

et la situation de l'immeuble ou de l'ensemble immobilier »⁹². Au terme de ce contrôle le juge judiciaire accorde ou refuse la déspecialisation.

b) Suspension du statut des baux commerciaux pendant la période transitoire

Cette procédure de déspecialisation, prévue par le statut des baux, présenterait très certainement pour le titulaire du droit de préemption commercial un intérêt certain, lorsqu'il considère qu'il conviendrait, avant de rétrocéder le bail commercial, d'adjoindre à l'activité prévue au bail des activités complémentaires, ou encore d'exercer dans les lieux loués des activités entièrement nouvelles. Dans certaines circonstances, la mise en œuvre de cette procédure permettrait à la commune, en saisissant le juge judiciaire, de contrer le refus du bailleur d'autoriser un changement d'activité total ou partiel dans les lieux loués.

Reste qu'en l'état du droit positif, il ne nous semble pas que la commune soit habilitée à utiliser, pendant la période transitoire de deux ans, la procédure de déspecialisation prévue aux articles L. 145-47 et suivants du Code de commerce, dès lors que pendant cette période le statut des baux commerciaux dont est issue cette procédure est suspendu. En ce sens les dispositions de l'article L. 145-2 (II) du Code de commerce indiquent, d'une manière non équivoque, que les dispositions des articles L. 145-1 à L. 145-60 dudit code « *ne sont pas applicables, pendant la période de deux ans mentionnée au premier alinéa de l'article L. 214-2 du code de l'urbanisme, aux fonds artisanaux, aux fonds de commerce ou aux baux commerciaux préemptés en application de l'article L. 214-1 du même code* ». En d'autres termes, le législateur n'a pas jugé nécessaire d'étendre le bénéfice du statut commercial aux communes entre le moment où le bail est préempté et celui où il est rétrocédé à une personne susceptible d'exercer une activité permettant d'assurer la diversité commerciale. Cette solution n'est pas *a priori* dénuée de fondement, dans la mesure où il s'agit là d'une période transitoire pendant laquelle la commune ne se transforme pas en artisan ou en commerçant. Il ne paraissait donc pas nécessaire de procurer aux communes les prérogatives particulières que confère le statut aux commerçants et artisans, lequel ici conforte les droits du locataire en lui donnant la possibilité de réclamer et d'obtenir du bailleur que le genre de commerce ou d'industrie qui peut être exercé dans les lieux loués soit modifié⁹³.

Si en l'état du droit positif la commune ne peut ainsi, nous semble-t-il, user de la procédure de déspecialisation prévue par le statut des baux commerciaux, elle a quand même la possibilité de négocier avec le bailleur – par exemple, au moment où elle sollicite l'accord du bailleur pour la rétrocession du bien – une modification conventionnelle de la destination des lieux⁹⁴. Il n'empêche que cette voie est étroite, en ce sens que le bailleur peut s'opposer à la déspecialisation et, ainsi, tenir en échec le projet de la commune qui, pourtant, a préempté le bien dans le but d'installer dans les murs un commerce différent de celui exploité.

⁹² C. com., art. L. 145-48, alinéa 1^{er}.

⁹³ Ce qui *in fine* constitue une entorse à la liberté contractuelle.

⁹⁴ Cf. supra.

À l'évidence, ce constat met une nouvelle fois en lumière les difficultés de mise en œuvre du droit de préemption commercial, la marge de manœuvre dont dispose la commune pour rétrocéder un bail commercial étant bien plus étroite que celle dont elle dispose lorsqu'elle rétrocède un immeuble. C'est dire que les bouleversements engendrés par le droit de préemption commercial, aussi légitimes qu'ils soient, ne vont pas sans heurts dès lors qu'ils autorisent une autorité publique à s'immiscer dans des processus de droit privé qui ont leur logique propre. Contrairement aux apparences, qui laisseraient à penser que cette technique d'acquisition est tout aussi bien adaptée aux meubles qu'aux immeubles, le cadre juridique comme les réalités économiques dans lesquelles se déroulent ces "acquisitions-rétrocessions" montrent qu'il en va autrement, l'appropriation et la gestion des premiers apparaissant bien plus complexes que celles des seconds. *A priori* très séduisante, la « préemption pour autrui » se révèle donc à l'usage infiniment délicate à mettre en œuvre.

C. Proposition

Faut-il dès lors préconiser une modification du régime juridique du droit de préemption commercial, afin que la commune soit en mesure de mettre en œuvre la procédure de déspécialisation prévue par le statut des baux commerciaux ? Cette modification pourrait apparemment et sous certaines conditions dispenser la commune d'obtenir l'accord du bailleur pour déspécialiser le bail. En réalité, rien n'est moins sûr. D'une part, une évolution en ce sens pourrait ne pas atteindre l'objectif recherché. Certains auteurs ont ainsi démontré que les obstacles que doit surmonter le locataire pour déspécialiser contre la volonté du bailleur sont tels que la procédure de déspécialisation prévue par le statut des baux commerciaux est difficile à mettre en œuvre. « L'expérience prouve que si le bailleur veut faire échec à la déspécialisation, il en a aisément les moyens grâce aux conditions exigées » par ce statut⁹⁵. La commune risque donc ici aussi de s'enliser dans une procédure judiciaire et si elle obtient finalement satisfaction, elle aura sans doute beaucoup perdu dans cette « aventure ». D'autre part, cette évolution reviendrait à étendre aux communes le bénéfice de règles qui sont en principe réservées aux commerçants et artisans. Enfin et peut-être surtout on peut s'interroger sur le point de savoir si la mesure ainsi suggérée aboutirait à une procédure de préemption équilibrée. Si cette mesure est peut-être de nature à permettre aux communes de mieux satisfaire l'intérêt général ou, dit autrement, de mener une politique urbaine plus efficace en matière commerciale, en revanche, il est certain qu'elle porterait un nouveau coup à la liberté contractuelle du bailleur.

Jean-François Struillou
Directeur de recherche au CNRS
DCS (UMR CNRS 6297)
Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes

⁹⁵ J. Derruppé, *Les baux commerciaux*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1996, p. 28.