

N° 374646

Commune de Gennevilliers

1<sup>ère</sup> et 6<sup>ème</sup> sous-sections réunies

Séance du 8 juillet 2015

Lecture du 27 juillet 2015

## CONCLUSIONS

### M. Alexandre LALLET, rapporteur public

Le droit de préemption communal sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce et les baux commerciaux, qui ambitionnait de revivifier les centres-villes en favorisant le maintien ou l'implantation de petits commerces de détail, notamment alimentaires, fêtera le mois prochain ses dix ans dans la discrétion, sinon la clandestinité. Il n'y a guère aujourd'hui que les magasins de cigarette électronique et les opticiens pour « concurrencer » les banques, les assurances et les agences immobilières dans le peuplement commercial des centres urbains. Et leur installation ne doit rien à ce droit de préemption largement boudé des collectivités<sup>1</sup>. Il faut dire que sa mise en œuvre n'est pas aisée. La présente affaire le confirme.

Sont en cause des locaux initialement à usage de bar-tabac exploités par la société Flash Back, à Gennevilliers, dans un périmètre de préemption commerciale. Après une première procédure restée sans suite<sup>2</sup>, une déclaration préalable a été adressée à la commune en mai 2010 portant sur la cession du bail commercial. La déclaration précisait que l'activité exercée était celle de « CAFE BAR PMU ». La commune a alors envoyé au cédant un courrier lui indiquant qu'elle ne souhaitait pas préempter. Mais elle s'est rapidement aperçue que le cessionnaire potentiel, à savoir la société LB Prestations de services, avait pour objet l'exploitation de transports de personnes par cars, et non de bars-tabacs. De fait, le bail commercial a été renouvelé début juillet 2010 et modifié pour permettre l'exercice d'une telle activité dans les locaux. Revenant sur sa renonciation, la commune a alors décidé d'exercer son droit de préemption. Après une première instance infructueuse, la SARL LB Prestations de service a obtenu l'annulation de cette décision par la cour administrative d'appel de Versailles. Précisons que l'appel de la SARL Flash Back a pour sa part été déclaré irrecevable, en raison de la dissolution de cette société. La commune se pourvoit en cassation contre l'arrêt en tant qu'il annule la décision de préemption.

---

<sup>1</sup> Selon l'étude d'impact du projet de loi Pinel de 2014, environ 422 communes ont défini un périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité, 81 biens ont été préemptés et seuls 6 cas de rétrocession ont été observés.

<sup>2</sup> En 2009, une déclaration préalable avait été adressée à la commune, à laquelle était jointe une promesse de cession prévoyant une cession du fonds de commerce, incluant le droit au bail, au profit d'une personne physique. La promesse stipulait que les lieux loués étaient destinés à abriter exclusivement un commerce de café, bar, PMU et jeux de la Française des jeux. La commune a renoncé alors à exercer son droit de préemption commercial. Cette transaction n'a toutefois jamais été menée à bien.

Le seul moyen délicat, qui fait écho à la divergence entre le tribunal et la cour, est tiré de l'erreur de droit de la cour à avoir jugé que la commune n'avait pu être induite en erreur sur l'objet de la transaction faisant l'objet de la DIA, alors que celle-ci ne mentionnait pas l'activité que le cessionnaire entendait exercer.

Le présupposé de l'arrêt comme du moyen de cassation est que, si la commune avait été induite en erreur par une DIA incomplète, elle aurait pu légalement revenir sur sa décision initiale. Nous croyons utile de vous entretenir à titre liminaire de cette question, dont l'intérêt pourrait justifier que vous sur-motiviez la décision de rejet que nous vous proposons d'adopter, ou qui pourrait vous conduire à une substitution de motifs en cassation si vous ne partagez pas notre avis sur la réponse à donner au moyen soulevé.

En matière de droit de préemption urbain, le titulaire du droit de préemption qui a renoncé à exercer ce droit, expressément ou, à l'expiration du délai de deux mois, implicitement, ne peut plus revenir sur sa décision (CE, 12 novembre 2009, Sté Comilux et Chavest, n° 327451, aux T.). Cette jurisprudence, qui rompt avec la théorie classique du retrait des actes créateurs de droits, est explicitement mue par des considérations de sécurité juridique des transactions immobilières. Elle est tout à fait transposable à notre droit de préemption « commercial ». Sa formulation est générale. Il n'est toutefois pas certain que vous ayez envisagé le cas d'une DIA incomplète ou erronée. Dans cette hypothèse, vous avez seulement jugé que :

- le délai de deux mois imparti au titulaire du droit de préemption peut être interrompu par une demande de complément adressée par l'administration au propriétaire si et seulement si la DIA est incomplète ou entachée d'une erreur substantielle portant sur la consistance du bien objet de la vente, son prix ou les conditions de son aliénation (CE, 24 juillet 2009, Sté Finadev, n° 316158, aux T.) ;
- et que, lorsque l'administration décide d'exercer le droit de préemption, les vices susceptibles d'entacher la DIA sont sans incidence sur la légalité de la décision de préemption, sauf fraude (CE, 12 février 2014, Sté Ham Investissement, n° 361741, aux T. ; CE, 26 juillet 2011, SCI du Belvédère, n° 324767, aux T.).

Votre jurisprudence recherche donc un équilibre entre la sécurité juridique des parties à l'avant-contrat, d'une part, et celle de l'administration dans l'exercice du droit de préemption, d'autre part.

Dans ses conclusions sur la décision que vous avez rendue, dans ce même litige, en référés-suspension, Claire Landais estimait que cet équilibre serait rompu si vous interdisiez à l'administration de revenir sur une renonciation qu'elle n'a consentie qu'au bénéfice d'une DIA ne répondant pas, sur des points substantiels, aux exigences du code de l'urbanisme ou à la réalité de la transaction envisagée, lorsqu'elle se rend compte de la lacune ou du subterfuge. Il est vrai que, si les protagonistes de la transaction peuvent légitimement aspirer à la sécurité juridique, et ne pas faire les frais d'une valse-hésitation de l'administration, il y a aussi intérêt à les discipliner dans la rédaction de la DIA. Elles peuvent d'autant plus s'accommoder d'un degré d'exigence assez élevé en la matière que la déclaration est en général remplie par un notaire.

Mais ces considérations moralisatrices, auxquelles nous avons été sensible dans un premier temps, ne nous paraissent pas devoir emporter la solution, à la réflexion.

En premier lieu, lorsque la DIA est simplement incomplète, la commune est tout à fait à même de s'apercevoir de cette lacune et de réagir. Sa renonciation doit être réputée faite en connaissance de cause.

En deuxième lieu, lorsque le titulaire du droit de préemption ne se prononce pas dans le délai de deux mois qui lui est imparti, il est réputé avoir renoncé, selon les termes mêmes du code de l'urbanisme. Il est certain qu'il ne peut plus préempter, quand bien même s'apercevrait-il *a posteriori* d'une erreur substantielle dont la DIA serait entachée. Si la vente est réalisée, il peut obtenir du juge judiciaire qu'il en prononce la nullité, puisque le droit de préemption doit être réputé ne pas avoir été correctement purgé lorsque la DIA est entachée d'une irrégularité substantielle (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 29 juin 1994, n° 92-15929 et 92-17763, au Bull. ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 4 novembre 1998, n° 96-20031, au Bull.).

Il nous paraît logique de faire produire le même effet à une renonciation expresse : cette dernière met fin à la procédure de préemption ; elle rend caduque aussi bien la DIA que le délai de deux mois. Si la commune considère *a posteriori* que la DIA ne répondait pas aux exigences légales et réglementaires, que ce soit ou non dans le délai de deux mois, la bonne réponse n'est pas de préempter à l'improviste, sur la base d'une déclaration potentiellement bancale, au beau milieu de la transaction que les parties sont en train de mener à bien, avec, le cas échéant, toutes les conséquences qui s'attachent à l'exécution d'une décision d'annulation de la décision de préemption si la DIA était, en réalité, suffisante ; il est préférable que la commune avertisse le vendeur que le droit de préemption n'a pas été purgé et qu'il lui appartient, s'il envisage de céder le bien, de déposer une nouvelle DIA complète et correcte, à défaut de laquelle il s'expose à une action en nullité. S'il est trop tard pour ce faire ou si le vendeur passe outre l'avertissement, parce qu'il estime que sa DIA était régulière, c'est devant le juge judiciaire que les choses ont vocation à se régler.

Il n'en résulte à nos yeux aucun déséquilibre au détriment du titulaire du droit de préemption :

- d'une part, il faut tout de même rappeler qu'il n'est jamais tenu de signifier une renonciation expresse au propriétaire : cette pratique n'est d'ailleurs pas très répandue.
- d'autre part, la commune peut toujours solliciter des précisions pour lever une incomplétude ou une erreur substantielle et, comme on l'a vu, interrompre du même coup le délai de deux mois. Plus encore, la loi ALUR lui permet désormais d'exiger la production d'un certain nombre de documents et d'informations sur la consistance ou l'état du bien, et même de visiter le bien mis en vente, ce qui a pour effet, dans les deux cas, de suspendre le délai de préemption<sup>3</sup>. Elle est donc loin d'être privée de moyen d'action face à un vendeur distrait ou indélicat. Si elle décide d'emblée de renoncer plutôt que d'user de ses prérogatives, elle doit en assumer les conséquences.

Ajoutons que, si vous décidiez de permettre à la commune de revenir sur sa renonciation en cas d'erreur substantielle de la DIA, vous devriez logiquement réserver le cas de la fraude. Comme nous l'avons dit, la commune ne peut légalement préempter sur la base d'une DIA frauduleuse (décision Sté Ham Investissement). Il vous faudrait alors opérer le départ au cas par cas entre la simple erreur et la fraude.

<sup>3</sup> Il est par ailleurs prévu que, lorsque la durée restant à courir est inférieure à un mois, elle est portée à un mois.

Nous vous invitons plutôt à en rester à une solution simple, peut-être un peu rustique, mais qui envoie un message clair aux acteurs : **en matière de préemption, toute renonciation est définitive**. Ce faisant, vous ne feriez rien d'autre que de réaffirmer dans sa généralité la jurisprudence Comilux.

Si vous hésitez à nous suivre, vous pourriez réserver cette question en vous bornant à répondre au moyen de cassation, qui consiste à déterminer si une déclaration préalable en matière de droit de préemption commercial doit faire mention de l'activité du cessionnaire potentiel. A dire vrai, l'intérêt de votre réponse sera purement rétrospectif. L'article L. 214-1 du code de l'urbanisme, dans sa rédaction résultant de la loi dite Pinel du 18 juin 2014 (n° 2014-626), exige désormais expressément que la déclaration préalable précise le prix, le nombre de salariés du cédant, la nature de leur contrat de travail, les conditions de la cession et, précisément, l'activité de l'acquéreur pressenti. Une copie du bail commercial doit également être jointe.

Dans sa rédaction applicable en l'espèce, l'article L. 214-1 prévoyait seulement l'indication du prix et des « *conditions de la cession* ». La question est de savoir si vous devez, avant même la réforme de 2014, inclure dans ces « conditions » la nature de l'activité que le cessionnaire potentiel envisage d'exercer.

L'hésitation est permise en raison de la philosophie propre du droit de préemption des fonds de commerce et baux commerciaux, qui se distingue nettement de celle des droits de préemption urbain ou en ZAD. Ces derniers ont pour objet de permettre au titulaire du droit de préemption de mener à bien un projet d'aménagement qui lui est propre et qui doit même exister dans ses grandes lignes à la date de la décision de préemption. L'administration ne peut légalement tenir compte des intentions de l'acquéreur potentiel. Et la circonstance que l'acquéreur évincé exercerait une activité conforme à l'objectif poursuivi par la décision de préemption est sans incidence sur la légalité de celle-ci (CE, 3 décembre 2007, Commune de Saint-Bon Tarentaise, n° 306949, aux T.). La DIA peut tout au plus faire apparaître l'identité de l'acquéreur évincé, ce qui, depuis la loi ALUR, lui garantit un certain nombre de droits, notamment en matière de rétrocession.

S'agissant du droit de préemption commercial, la problématique est très différente : selon l'article L. 214-2, la commune doit, dans le délai d'un an<sup>4</sup> à compter de la prise d'effet de la cession à son profit, rétrocéder le fonds ou le bail commercial à une entreprise en vue d'une exploitation destinée à préserver la diversité de l'activité commerciale et artisanale dans le périmètre. Elle n'a pas vocation à développer un projet propre. Par conséquent, l'information sur l'activité que le cessionnaire potentiel envisage d'exercer lui permettrait de ne pas « *préempter à l'aveugle* »<sup>5</sup> mais, au contraire, de procéder à un arbitrage au cas par cas au regard de l'objectif de diversité commerciale. Si l'activité n'a pas vocation à être modifiée, ou si elle l'est au profit d'une activité qui répond aux exigences de la commune, il serait absurde que celle-ci acquière le fond ou le droit au bail.

---

<sup>4</sup> Délai porté à 2 ans par la loi Pinel.

<sup>5</sup> Pour reprendre l'expression du rapport du GRIDAUH consacré à ce sujet.

Il serait donc logique que la déclaration préalable éclaire l'administration sur la destination envisagée du bien. Mais il ne nous semble pas que vous puissiez prétoriennement remédier à cette faiblesse du dispositif, pour deux raisons.

La première est que les obligations déclaratives à la charge du cédant sont définies limitativement dans un formulaire, établi par l'article A. 214-4, pris pour l'application de l'article R. 214-4 du code de l'urbanisme, et qui n'est pas argué d'illégalité. Ce formulaire comporte une rubrique « *description du bien* » comportant une sous-rubrique consacrée à la « *description du fonds artisanal, du fonds de commerce ou du bail commercial* », où doivent être indiqués, à titre obligatoire, l'activité exercée par le cédant et, à titre facultatif, le chiffre d'affaires réalisé au cours des trois dernières années. Il n'est pas prévu de renseigner l'administration sur l'activité susceptible d'être exercée par le preneur pressenti. A dire vrai, il n'est même pas prévu à titre obligatoire de mentionner l'identité de l'acquéreur, ce qui est cohérent avec l'article R. 214-16, qui envisage un droit de rétrocession de l'acquéreur évincé « *dans le cas où son identité a été mentionnée dans la déclaration préalable* ». Cette distance tranche avec d'autres droits de préemption pour lesquels les textes prévoient expressément la mention de l'identité de l'acquéreur potentiel<sup>6</sup>.

Ce laconisme, sinon cette lacune du formulaire, a été dénoncé en doctrine<sup>7</sup> ainsi que par de nombreux parlementaires<sup>8</sup>. C'est la raison pour laquelle, on l'a dit, le législateur y a remédié, avec la claire intention d'innover, et non d'explicitier l'état du droit antérieur<sup>9</sup>. Avant cette réforme, tous les acteurs ont donc vécu avec l'idée d'une déclaration préalable muette sur ce sujet. En prenant le contre-pied, vous risqueriez, par ricochet judiciaire, de fragiliser les cessions de fonds de commerce et de baux de commerciaux dans les périmètres de préemption, étant rappelé que le délai de prescription de l'action en nullité est de 5 ans en la matière<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> V. notamment : art. 815-14 du code civil pour les coindivisaires ; articles L. 143-8, L. 412-8 et R. 143-4 du code rural et de la pêche maritime pour le droit de préemption de la SAFER

<sup>7</sup> V. l'excellent rapport du GRIDAUH, coécrit par E. Fatôme et J.-F. Struillou : « *Le droit de préemption commercial – Difficultés d'application et perspectives d'évolution* », 2013 ; D. Dutrieux, *Droit de préemption communal sur les fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux – Publication du formulaire de déclaration préalable*, Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 16, 17 avril 2008, act. 194 ; 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.

<sup>8</sup> V. notamment : question n° 61679 du député Apparu, JO AN du 29 juillet 2014 ; question n° 39920 de la député Dagoma, JO AN du 15 octobre 2013 ; question n° 17619 du sénateur Ries, JO Sénat du 11 août 2011 ; et question n° 04864 du sénateur Portelli, JO Sénat, 9 juin 2008, p. 1186 : on comprend mal la réponse ministérielle du 28 août 2008 à cette question. L'administration justifie le silence du formulaire sur ce point par le fait que « *la détermination de la future activité exercée appartient à la commune, et non pas au repreneur ou au cédant* », ce qui nous paraît hors sujet (Rép. min. JO Sénat, p. 1727).

<sup>9</sup> Selon l'exposé des motifs de l'amendement du rapporteur adopté en commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale : « *Cet amendement a pour objet de renforcer l'information de la commune en exigeant que le projet de cession du fonds, du bail ou du terrain mentionne expressément l'activité du repreneur pressenti* ».

<sup>10</sup> Ce délai figurait auparavant au dernier alinéa de l'article L. 214-1. L'article 101 de la loi de modernisation de l'économie a supprimé cet alinéa, sans explication figurant dans les travaux préparatoires. Nous comprenons que cette suppression tire les conséquences de la loi du 17 juin 2008, qui fixe à 5 ans le délai de prescription de droit commun.

La seconde raison est que le texte même de l'article L. 214-1 ne nous paraît pas autoriser une telle solution. Nous pensons en effet que ni l'activité envisagée par le cessionnaire, ni même le changement d'activité abritée par le local ne constitue, en toute rigueur, une « *condition de la cession* » entre le titulaire du bail et l'acquéreur potentiel. Il s'agit d'une opération juridique distincte, qui met aux prises le preneur et le bailleur. Un tel changement peut résulter d'un simple accord entre les deux parties, ou de la mise en œuvre de la procédure dite de « *désécialisation plénière* », par laquelle le preneur à bail peut exercer une activité différente de celle qui est prévue au bail sous réserve de respecter une série de conditions assez strictes<sup>11</sup>. La cession du droit au bail peut donc fort bien être muette sur un éventuel changement d'activité par le cessionnaire<sup>12</sup>.

Il nous paraît donc exclu, compte tenu des textes alors applicables, d'exiger du cédant qu'il précise l'activité du cessionnaire potentiel.

Les autres moyens ne justifient pas l'annulation, sans qu'il soit besoin pour nous de vous en entretenir. Nous vous proposons de rejeter le pourvoi, de mettre à la charge de la commune une somme de 1500 euros au profit de la SARL LB Prestations de service au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, et de rejeter les conclusions présentées au même titre par la société Flash Back, qui ne saurait être défenderesse ni intervenante à l'instance concernant l'autre société. **Tel est le sens de nos conclusions.**

---

<sup>11</sup> Il faut que le changement soit justifié par la conjoncture économique et les nécessités de l'organisation rationnelle de la distribution, et que la nouvelle activité soit compatible avec la destination, les caractères et la situation de l'immeuble ou de l'ensemble immobilier. Seule cette seconde condition est exigée lorsque le preneur cède le bail pour prendre sa retraite ou bénéficie d'une pension d'invalidité. L'accord du bailleur est requis préalablement à la désécialisation, et l'article L. 145-49 du code de commerce prévoit que la demande au bailleur doit, à peine de nullité, comporter l'indication des activités dont l'exercice est envisagé. Un éventuel refus peut être surmonté par décision du juge judiciaire.

<sup>12</sup> De surcroît, en présence d'un bail « tous commerces » ou d'un bail énumérant de manière large les activités commerciales susceptibles d'être exercées dans les locaux, un changement d'activité pourra intervenir après cession sans que l'administration en soit avertie et puisse exercer un droit de préemption, et sans même que soit mise en œuvre la procédure de désécialisation. C'est la raison pour laquelle la réforme Pinel prévoit aussi la transmission du bail commercial lui-même. On peut toutefois craindre que cette réforme ne suffise pas. La seule réponse efficace, à notre avis, consisterait à élargir le droit de préemption à l'hypothèse de la désécialisation, voire du changement d'activité, ou au moins à prévoir que la cession est assortie d'un engagement de l'acquéreur de ne pas modifier l'activité abritée par les locaux.