N° 470167 Société NM Market

1ère et 4ème chambres réunies

Séance du 29 novembre 2023
Décision du 15 décembre 2023

CONCLUSIONS

M. Thomas JANICOT, Rapporteur public

1. Créé par l'article 58 de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME[1] et codifié aux articles L. 214-1 et suivants du code de l'urbanisme, le droit de préemption commercial, qui cherche à « *préserver la diversité commerciale et éviter que les commerces de proximité, principalement les commerces de bouche, ne soient éliminés au profit d'une concentration de succursales et de franchises de grands réseaux* »[2], n'a connu qu'un succès modéré auprès des communes. Si la publication de son décret d'application deux ans après l'intervention du législateur n'a pas favorisé son déploiement[3], ce phénomène s'explique aussi par les contraintes particulières encadrant son exercice.

La première concerne le champ d'application du droit de préemption commercial. Celui-ci ne peut concerner, à l'occasion de leur aliénation à titre onéreux, que des fonds artisanaux, des fonds de commerce, des baux commerciaux, et depuis 2008, des terrains « *portant ou destinés à porter* » des commerces d'une surface de vente comprise entre 300 et 1 000 mètres carrés, situés à l'intérieur d'un « *périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité* », délimité par le conseil municipal (v. art. L. 214-1). Les marges de manœuvre de la collectivité sont donc limitées, d'autant que peu de communes disposent d'un tel périmètre[4].

La seconde contrainte porte sur le devenir du bien préempté, une fois celui-ci aliéné par la collectivité. Contrairement au droit de préemption urbain, il ne s'agit pas de lui permettre de

[1] Loi n° 2005-882
[2] Bernard-Henri Dumortier, Fasc. 1455 : Bail commercial – Droits de préemption. – Droit de préemption des communes. – Droit de préemption du locataire commercial, sept. 2023.
[3] Décret n° 2007-1873 du 26 décembre 2007
[4] 422 communes en disposaient en 2014, v. Rapp. n° 1338, de M. Verdier, au nom de la commission des aff. écon., enregistré à la présidence de l'Ass. Nat., 29 janv. 2014

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

réaliser un projet d'aménagement propre ou d'exploiter elle-même le bien sous la forme d'un bail commercial. Le bien doit ainsi être cédé à une entreprise, dans le délai de deux ans à compter de l'aliénation, « *en vue d'une exploitation destinée à préserver la diversité et à promouvoir le développement de l'activité commerciale et artisanale dans le périmètre concerné* » (v. art. L. 214-2). Cela suppose donc pour la commune d'être, dès le début de l'opération, confiante dans sa capacité à trouver dans ce délai un repreneur, tâche d'autant plus délicate que ce dernier doit être, en vertu de l'article L. 214-2, obligatoirement accepté par le bailleur, sous peine de nullité.

Compte-tenu de ces difficultés, seules 81 opérations avaient été réalisées en 2014 depuis l'entrée en vigueur du dispositif, pour 6 rétrocessions, et rien n'indique que ces chiffres auraient sensiblement augmenté depuis lors[5]. De manière mécanique, votre jurisprudence est donc presque vierge sur ses modalités d'exercice. L'affaire qui vient d'être appelée, qui vous permettra de préciser les obligations pesant sur la commune exerçant ce droit de préemption, est donc particulièrement bienvenue.

2. La commune de Sainte-Foy-lès-Lyon s'est dotée d'un périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité par une délibération de son conseil municipal du 31 mars 2016. Le 6 septembre 2022, la société Auto-école fidésienne, exploitante d'un local de 34,5 mètres carrés situé place Saint-Luc, inclue dans ce périmètre, a souhaité céder son droit au bail à la société NM Market, qui exploite un commerce de boucherie jouxtant le local, afin de lui permettre de s'étendre et de diversifier son activité. Toutefois, par une décision du 10 novembre 2022, le maire a exercé le droit de préemption prévu à l'article L. 214-1 du code de l'urbanisme sur cette cession. La société NM Market en a demandé la suspension au juge des référés du tribunal administratif de Lyon. Ce dernier ayant rejeté sa demande pour défaut de moyens propres à faire naître un doute sérieux sur la légalité de la décision de préemption, elle se pourvoit contre son ordonnance.

3. Par un premier moyen, elle soutient que le juge des référés aurait commis une erreur de droit et dénaturé les pièces du dossier en ne retenant pas le caractère sérieux de son moyen tiré de ce que la commune ne justifiait pas de la réalité d'un projet répondant aux objectifs de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme. Cette critique soulève deux questions.

3.1. La première est de savoir s'il appartenait bien à la commune de justifier de la réalité d'un projet répondant à ces objectifs. La question est inédite mais appelle selon nous une réponse positive.

Vous savez que cette exigence est issue de votre décision du 7 mars 2008 *Commune de Meung-sur-Loire*, relative au droit de préemption urbain[6]. Vous y avez jugé que ses titulaires

[5] Idem.
[6] n° 288371, Rec.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

peuvent légalement l'exercer, s'ils justifient, à la date à laquelle ils l'exercent, de la réalité d'un projet d'action ou d'opération d'aménagement répondant aux objets mentionnés à l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme et s'ils font apparaître la nature de ce projet dans la décision de préemption[7].

Comme l'indique la décision, cette obligation se déduit de l'article L. 210-1 du code de l'urbanisme. Ce dernier prévoit ainsi que « *toute décision de préemption doit mentionner l'objet pour lequel ce droit est exercé* » et que les droits de préemption institués par le titre I du livre II de la première partie du code de l'urbanisme « *sont exercés en vue de la réalisation, dans l'intérêt général, des actions ou opérations répondant aux objets définis à l'article L. 300-1* », au titre desquels figurent notamment l'organisation de la mutation, le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, la mise en œuvre d'un projet urbain ou d'une politique locale de l'habitat ou la réalisation d'équipements collectifs.

Le droit de préemption commercial instauré aux articles L. 214-1 et suivants du code étant au nombre des droits de préemption mentionnés par l'article L. 210-1, il est donc bien soumis aux exigences qu'il fixe, d'autant qu'il ne correspond pas à l'un des cas précisément identifiés par cette disposition dans lesquels le projet d'action ou d'aménagement envisagé peut ne pas répondre aux objectifs de l'article L. 300-1, à l'image de ceux visant à sauvegarder ou à mettre en valeur les espaces naturels (v. pour la protection des espaces naturels sensibles, CE, 8 avril 2015, *Commune de Saint-Aignan-Grandlieu*, n° 376821, T.).

Rien ne fait donc selon nous obstacle à ce que vous transposiez votre jurisprudence *Commune de Meung-sur-Loire* au droit de préemption commercial, alors au demeurant que la commune se place elle-même dans ce cadre d'analyse, à l'image de l'approche également retenue par la doctrine[8] et certaines de vos décisions de jugeant seules (v. CE, 26 avril 2013, *M. X...*, n° 362949).

3.2. La seconde question est alors de savoir si, en l'espèce, la commune justifiait de la réalité d'un projet répondant aux objectifs de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme. Pour y répondre, vous pourrez vous référer à votre jurisprudence relative au droit de préemption urbain.

Comme l'indique votre décision *Commune de Meung-sur-Loire*, il n'est pas attendu que les caractéristiques du projet soient précisément définies. Il est seulement attendu que sa réalité soit établie, par exemple par la production d'études préalables de faisabilité, une précédente

[7] Solution moins exigeante que celle issue d'une précédente décision de Section, 26 février 2003, *M. et Mme Bour et autres* (n° 231558, p. 59), qui exigeait une justification de l'existence, à la date de la préemption, d'un projet d'action ou d'opération d'aménagement suffisamment précis et certain

[8] « *Au-delà du visa des motifs ayant présidé à la délimitation du périmètre de sauvegarde, la décision doit mentionner in specie la réalité du projet d'action ou de l'opération d'aménagement envisagé* », Fasc. 1946 : Droit de préemption commercial, Cyril Grimaldi, 2016.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

proposition d'acquisition amiable ou par des précédents attestant qu'il s'insère dans une politique cohérente rendant sa réalisation quasi-certaine (v. par ex. CE, 26 juillet 2011, *SCI du Belvédère*, n° 324767 ; CE, 6 juin 2012, *Société RD Machines-outils*, n° 342328, T.).

La décision de préemption ne peut en revanche renvoyer à un projet vague ou dont la réalisation apparaît peu vraisemblable (CE, 10 mars 2010, *Société civile immobilière GFM*, n° 323543, T. sur un autre point ; CE, 7 juillet 2008, *Etablissement public foncier de la région Nord Pas-de Calais*, n° 300836, inédite). Comme le résume la doctrine, le contrôle de la réalité du projet crée un « *pallier intermédiaire entre le contrôle de la « plausabilité abstraite » du projet qui est nécessairement insuffisant pour permettre au juge un contrôle efficace (…) et le contrôle du projet tangible, mettant le plus souvent le titulaire du droit de préemption dans l'incapacité de fournir des éléments permettant de prouver les caractères suffisamment précis et certain du projet* »[9].

En l'espèce, la décision de préemption attaquée est assez laconique sur le projet poursuivi par la commune. Selon elle, la préemption « *se justifie par le choix de maintenir une diversité commerciale et artisanale forte dans le quartier de la place Saint-Luc, excentré du centre-ville et dont la population reste majoritairement résidentielle* » et le fait que « *l'extension d'un commerce déjà existant va à l'encontre de cet objectif* ». La commune y joint aussi la délibération instaurant un périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité dans les secteurs « *où des menaces pèsent sur la diversité commerciale et artisanale* », comme la place Saint-Luc. Mais c'est à peu près tout…

A raisonner comme en droit de préemption urbain, nous pensons que la décision attaquée n'est pas suffisamment justifiée.

Elle répond certes à l'un des objectifs de l'article L. 300-1, à savoir la mutation, le maintien l'extension ou l'accueil d'activités économiques. Mais à aucun moment la commune ne dit ce qu'elle souhaite réaliser à l'issue de la préemption du local de l'auto-école. Or, même si une décision préemption répond à une logique « *d'aubaine* »[10] elle ne peut jamais se réaliser « *à l'aveugle* », sans que la collectivité n'ait une quelconque idée du devenir du bien préempté. Ici la commune ne produit aucun document laissant apparaître une réflexion en ce sens. Et le pourvoi indique qu'aucun projet de préemption n'a été mené depuis l'instauration du périmètre de sauvegarde, de sorte qu'aucun précédent ne viendrait conforter ou témoigner des intentions de la commune dans cette zone.

Vous pourriez cependant tenir compte de la particularité de l'exercice du droit de préemption commercial, notamment son articulation avec le périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité, en vous interrogeant sur le point de savoir si le simple renvoi à ce

[9] Les motifs et la motivation des décisions d'exercice du droit de préemption urbain, D. Dutrieux, SJNI, n° 14, 6 avril 2012.
[10] V. les éclairantes conclusions de Vincent Villette sous CE, 15 juillet 2020, *M. et Mme B...*, n° 432325, T.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

périmètre par la décision de préemption pouvait suffire à démontrer la réalité du projet porté par la commune.

Il est en effet possible de considérer que l'existence de ce périmètre, dans lequel intervient obligatoirement la préemption, démontre, par elle-même, que la commune souhaite développer un projet de diversification de l'activité commerciale et artisanale, sans qu'elle ait besoin d'en dire plus, alors au demeurant qu'il lui est difficile, voire impossible, de connaître par avance l'identité du repreneur du bail ou du fonds de commerce, lequel sera choisi au bout de deux ans à l'issu d'un appel à projet (v. art. R. 214-12 du code de l'urbanisme). Cette incertitude pourrait justifier, si ce n'est de l'indulgence, du moins une relative souplesse dans l'appréciation de la réalité du projet motivant la préemption, d'autant plus bienvenue qu'elle pourrait lever certains freins à l'usage aujourd'hui limité du dispositif.

Cette approche s'apparenterait ainsi à celle retenue pour les préemptions s'exerçant dans le périmètre d'un programme local d'habitat (PLH). L'article L. 210-1 du code de l'urbanisme autorise ainsi la commune, lorsqu'elle a défini un PLH, à se référer dans sa décision de préemption aux dispositions de la délibération l'instituant, ce qui suffit à justifier de la nature du projet poursuivi (CE, 20 novembre 2009, *Commune de Noisy-le-Grand*, n° 316961, T.). Vous retenez la même solution s'agissant d'une préemption située dans le périmètre de réalisation d'une opération d'aménagement (CE, 20 novembre 2009, *Commune d'Ivry-sur-Seine*, n° 316732, T.).

Nous pensons malgré tout que la simple référence à l'existence du périmètre de sauvegarde ne suffit pas à établir, à elle-seule, la réalité du projet.

Premièrement, car une préemption menée sur le fondement de l'article L. 214-1 portera toujours sur un bien situé dans ce périmètre. Permettre de seulement renvoyer à son existence pour justifier de la réalité du projet reviendrait donc purement et simplement à renoncer à demander une telle justification puisque ce périmètre existera dans tous les cas. Or non seulement cette condition découle de l'article L. 210-1 mais cette solution reviendrait surtout à présumer de la réalité du projet, au risque que la commune fasse usage de ce droit, pourtant fortement dérogatoire à la liberté contractuelle, sans qu'elle n'ait à dire quoique ce soit sur ce qu'elle souhaite faire du bien préempté. Ce résultat nous paraît inopportun, y compris pour la collectivité, pour laquelle cette exigence est souvent l'occasion de réfléchir sur ses intentions futures sur le bien.

Deuxièmement, le parallèle avec la possibilité de se référer au PLH a ses limites. En effet, la référence à ce programme permet de remplir la condition de motivation de la décision de préemption (c'est la référence à la « nature » du projet poursuivi faite par la décision *Commune de Meung-sur-Loire*). Mais le renvoi au PLH ne permet pas, à lui seul, d'établir la réalité du projet. Et à supposer que cela soit le cas, la comparaison entre un PLH et une zone

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

de sauvegarde du commerce de proximité paraît malvenue, la première définissant une réelle programmation, la seconde un simple zonage et non un projet d'action ou d'aménagement au sens de l'article L. 210-1 du code de l'urbanisme. C'est d'ailleurs pourquoi celui-ci permet à la décision de préemption de se référer au PLH mais ne dit mot d'un éventuel renvoi au périmètre de sauvegarde en matière de droit de préemption commercial.

Troisièmement, exiger que la commune justifie de la réalité du projet motivant la préemption ne nous semble pas être une contrainte insurmontable.

Comme dans le cadre de la jurisprudence *Commune de Meung-sur-Loire*, il nous paraît inenvisageable d'attendre que les caractéristiques du projet soient précisément définies, à l'image de l'identité ou de l'activité du futur repreneur du bail ou du fonds commercial concerné. Une telle condition serait presque impossible à remplir deux ans avant la rétrocession du bien et compte tenu du passage obligatoire par un appel à candidature et de l'existence d'un droit de véto du bailleur.

En revanche, la collectivité devra en dire un peu plus qu'une simple référence à l'existence d'un périmètre de sauvegarde, en indiquant notamment la ou les activités commerciales ou artisanales qu'elle souhaite développer dans le périmètre, comme par exemple l'installation de commerces de bouche, de cafés, de restaurants, d'équipements de proximité ou de certains types de magasins. Nous n'excluons pas d'ailleurs que la délibération définissant le périmètre de sauvegarde entre dans ce niveau de détail et établisse un véritable programme de diversification et de développement du commerce de proximité, auquel cas nous pensons que la commune pourra utilement s'y référer dans sa décision de préemption pour démontrer la réalité du projet poursuivi. Mais ce critère sera alors rempli en raison du contenu de la délibération l'instaurant et non du simple fait de son existence.

Dans les deux cas, la collectivité doit donc indiquer les activités qu'elle entend développer dans le périmètre de sauvegarde, ce qui ne paraît pas trop exigeant mais permet de s'assurer de la réalité de ses intentions et qu'elle ne dégaine pas avec trop de légèreté l'arme redoutable de la préemption.

Précisons que cette approche empêche selon nous de justifier une préemption au seul motif que l'activité de l'acquéreur évincé ne correspond pas à celles qu'elle souhaite développer dans le périmètre. Une décision de préemption ne pouvant intervenir, selon l'article L. 210-1, qu'en vue de la réalisation d'une « *action* » ou d'une « *opération* » répondant aux objectifs de l'article L. 300-1, elle doit nécessairement déboucher sur la réalisation d'actes « positifs » par la personne publique, c'est-à-dire sur la mise en œuvre d'une politique publique à des fins d'intérêt général. Autrement dit, on ne préempte pas par simple opposition à un projet mais bien parce que l'on souhaite en développer un.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Si vous nous suivez, vous constaterez, d'une part, que la commune défenderesse ne dit rien des types de commerces qu'elle souhaite concrètement développer au sein de son périmètre de sauvegarde et, d'autre part, qu'elle ne pouvait se contenter d'affirmer que l'extension d'un commerce existant va à l'encontre de l'objectif de diversité commerciale dans le quartier Saint-Luc.

Le juge des référés nous paraît donc avoir commis une erreur de droit manifeste[11] en ne retenant pas le caractère sérieux du moyen tiré de ce qu'elle n'établissait pas la réalité d'un projet répondant aux objectifs de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme.

3.3. Vous pourrez censurer son ordonnance pour ce motif, sans examiner le deuxième moyen reprochant, sous l'angle de l'erreur de droit et de la dénaturation, au juge des référés d'avoir écarté le moyen tiré de ce que la commune ne démontrait pas l'existence d'un intérêt général suffisant. Il nous semble toutefois utile de s'y arrêter un instant au cas où vous estimeriez utile d'éclairer les juges du fond sur ce point.

Nul besoin de vous rappeler que cette exigence s'applique déjà à l'exercice du droit de préemption urbain, conformément à votre décision du 6 juin 2012 *Société RD Machines-outils*, (n° 342328, Rec.), selon laquelle la mise en œuvre du droit de préemption doit, eu égard notamment aux caractéristiques du bien faisant l'objet de l'opération ou au coût prévisible de cette dernière, répondre à un intérêt général suffisant. Comme le rappelait Claire Landais dans ses conclusions, le caractère d'intérêt général de la décision de préemption est présumée, dès lors qu'il existe bien un projet réel répondant aux objectifs listés à l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme mais peut être remis en cause, notamment au regard de l'éventuel coût excessif de l'opération.

Cette obligation découle de l'article L. 210-1 du code de l'urbanisme, si bien qu'il nous semble qu'elle peut être transposée au droit de préemption commercial, ce que votre décision pourra indiquer. Quant à l'application de ce critère au cas d'espèce, deux voies s'offrent à vous.

Vous pourriez d'abord déduire de ce que la commune ne démontrait pas la réalité d'un projet répondant aux objectifs de l'article L. 300-1, l'absence d'intérêt général suffisant à la préemption. Pour le dire autrement, faute de projet tangible, il est difficile d'estimer que la décision attaquée répond à un tel intérêt. C'est la solution qui a notre préférence.

Vous pourriez aussi déconnecter réalité du projet et intérêt général suffisant pour examiner si, indépendamment de la première, la commune doit être regardée comme ayant agi pour le second. L'extension d'un commerce de bouche plaide en ce sens au regard des objectifs du

[11] s'agissant du contrôle adapté de l'erreur de droit vis-à-vis du juge des référés de droit commun, CE, Section, 29 novembre 2002, *Communauté d'agglomération de Saint-Etienne*, n° 244727, p. 421.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

périmètre de sauvegarde, d'autant qu'il souhaitait diversifier son activité par la vente de fromages, de boissons et de spécialités orientales. On peine donc à comprendre ce qui a pu conduire la commune à s'opposer à cette extension, même si elle fait valoir qu'elle pourrait y implanter un autre commerce qu'une boucherie, comme une poissonnerie ou un caviste (tout en soutenant de manière contradictoire que le local est trop petit pour accueillir un autre commerce).

3.4. Quoiqu'il en soit, vous annulerez l'ordonnance attaquée et réglerez l'affaire au fond. La condition d'urgence est remplie, l'acquéreur évincé bénéficiant d'une présomption en la matière (CE, 13 novembre 2022, *H...*, n° 248851, Rec.) et celle-ci ne pouvant être renversée qu'en présence de circonstances particulières dont la commune défenderesse ne démontre pas l'existence. Compte-tenu de ce que nous vous avons dit, vous retiendrez le caractère sérieux des deux moyens de la société critiquant la réalité du projet ayant justifié l'exercice du droit de préemption et l'intérêt général suffisant attaché à l'opération de préemption litigieuse. Vous suspendrez donc l'exécution de la décision du 10 novembre 2022 du maire de Sainte-Foy-lès-Lyon.

Par ces motifs, nous concluons à l'annulation de l'ordonnance attaquée, à la suspension de l'exécution de la décision du 10 novembre 2022 du maire de Sainte-Foy-lès-Lyon, à ce que celle-ci verse à la société NM Market une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA et au rejet des conclusions présentées par la commune sur ce fondement.

***

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.