

à la une

Département : Immobilier

La loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises a créé un droit de préemption au profit des communes sur les cessions de fonds de commerce et les cessions de baux commerciaux (art L. 214-1 à 214-3 du code de l'urbanisme). Les conditions d'application de ce texte ont été fixées par un décret du 26 décembre 2007 (art R. 214-1 à 214-16 du code de l'urbanisme). Le modèle de déclaration préalable de cession a fait l'objet d'un arrêté du 29 février 2008.

Le thème du mois : Droit de préemption des communes sur les fonds de commerce et les baux commerciaux : protection du tissu local, alourdissement des formalités, mise à risque des transactions

Le droit de préemption des communes sur les cessions de fonds de commerce et les cessions de baux commerciaux n'est pas d'application automatique. Il doit être institué par une décision de la commune **(I)**. Son champ d'application, tant en ce qui concerne les actifs visés, que la nature des opérations qui ouvrent l'exercice du droit, est défini par le texte **(II)**. Les conditions de son exercice sont strictement réglementées **(III)**. En cas de préemption, le bien préempté doit faire l'objet d'une « rétrocession » dans un certain délai **(IV)**.

I. L'institution du Droit de Préemption

L'institution du droit de préemption est une faculté pour les communes.

Le droit de préemption est institué par une délibération du conseil municipal.

Le projet de délibération doit être accompagné de deux documents :

- un projet de plan délimitant le périmètre de sauvegarde,
- un rapport analysant la situation du commerce de proximité à l'intérieur de ce périmètre et les menaces pesant sur la diversité commerciale.

Le projet de délibération doit être soumis pour avis (i) à la chambre de commerce et d'industrie et (ii) à la chambre des métiers et de l'artisanat. Ces organismes disposent d'un délai de deux mois pour notifier leur avis. En l'absence de notification dans ce délai, l'avis est réputé favorable. Il convient de préciser que l'avis desdits organismes ne lie pas la commune.

Après accomplissement des formalités ci-dessus, la délibération du conseil municipal doit faire l'objet d'un affichage en mairie et de deux publications dans le département.

Il convient d'observer que plusieurs communes ont institué un droit de préemption, après la publication de la loi du 2 août 2005, mais avant la publication du décret du 26 décembre 2007, sans respecter les formalités rendues nécessaires par ce dernier texte. La validité de ces droits de préemption est sujette à discussion. La majorité de la doctrine considère que les conditions de mise en œuvre n'ont pas été observées et que les droits ne sont pas opposables. Un arrêt du Conseil d'Etat semble prendre une position différente (CE, 21 mars 2008, Ste Mégaron).

II. Le Champ d'Application du Droit de Préemption

Le droit de préemption porte sur certains actifs limitativement énumérés **(1)** et s'exerce dans le cadre de certaines transactions **(2)**.

1. Les actifs

Les actifs visés sont les fonds de commerce, les fonds artisanaux et les baux commerciaux.

Le dispositif ne vise pas spécifiquement le « commerce de proximité » (qui en tout état de cause ne constitue pas une catégorie juridique en soi).

Il a donc vocation à s'appliquer à toutes les cessions de fonds de commerce ou de baux commerciaux.

On mesure ici l'impact du texte. Ce sont toutes les opérations portant sur des fonds qui se trouvent potentiellement affectées :

- la cession de fonds, par exemple, portant sur une activité commerciale isolée de type « commerce de proximité » ;
- mais également la cession d'un fonds isolé dans le cadre d'une transaction portant sur un ensemble de fonds distincts exploités sous une enseigne commune au plan régional ou au plan national ;
- mais également encore la cession d'un fonds exploité en France dans le cadre d'une transaction portant sur une activité exploitée au plan international et dont la cession se trouve structurée sous forme de cession d'actifs.

2. Les transactions

Le nouveau dispositif vise les « cessions ».

La majorité de la doctrine s'accorde à considérer que le texte s'applique exclusivement aux ventes au sens strict et ne s'applique pas aux cessions à titre gratuit, aux apports, non plus qu'aux cessions de titres de sociétés propriétaires d'un actif dont la cession elle-même serait soumise à droit de préemption.

Le texte ne trouvera pas non plus à s'appliquer en cas de fusion, de scission, ou d'apport partiel d'actif soumis au régime des fusions.

Le dispositif par ailleurs exclut expressément certaines aliénations intervenant dans le cadre d'une procédure collective.

III. L'Exercice du Droit de Prémption

La cession doit faire l'objet d'une déclaration préalable (1). L'absence de déclaration est sévèrement sanctionnée (2). Le droit de prémption de la commune s'exerce selon certaines modalités précisées par le texte (3). L'acte de cession en cas de prémption obéit à certaines règles (4).

1. La déclaration préalable

Toute cession doit être précédée d'une déclaration préalable faite par le cédant et adressée au maire de la commune du lieu de situation de l'actif. La déclaration est faite sur un modèle préétabli. Elle précise l'actif dont la cession est envisagée, l'identité du vendeur (mais non de l'acquéreur), l'identité du bailleur, le prix ainsi que les conditions de la cession.

2. L'absence de déclaration

A défaut de déclaration, l'acte est entaché de nullité. L'action en nullité se prescrit par cinq ans à compter de la prise d'effet de la cession. L'action en nullité est exercée par la commune.

3. Les modalités d'exercice du droit de prémption

Le droit de prémption est exercé par le conseil municipal ou par le maire sur délégation du conseil.

La commune dispose d'un délai de deux mois pour notifier sa décision au cédant. L'absence de décision dans ce délai vaut renonciation à l'exercice du droit de prémption.

La commune peut soit :

- renoncer à acquérir,
- décider d'acquérir aux conditions qui lui ont été notifiées,
- décider d'acquérir à des conditions qui seront fixées par le juge de l'expropriation.

Le dispositif s'applique aussi à l'hypothèse de cession par adjudication, ainsi qu'à l'hypothèse de cession de gré à gré autorisée par le juge commissaire en application de l'article L. 642-19 du code de commerce.

4. L'acte de cession

L'acte de cession doit être dressé dans les trois mois de l'accord sur le prix ou de la décision du juge de l'expropriation devenue définitive fixant le prix. La non observation de ce délai n'est assortie d'aucune sanction.

Le prix est payé au moment de l'établissement de l'acte. En cas de prémption portant sur un fonds, l'acte de cession obéit au formalisme applicable aux cessions de fonds et le prix est payé au moment de l'établissement de l'acte sous réserve des dispositions applicables aux cessions de fonds (publicité, séquestre du prix, ...).

IV. L'Obligation de Rétrocession

L'actif préempté, fonds ou bail, doit être « rétrocedé » par la commune dans un délai d'un an de la prémption « en vue d'une exploitation destinée à préserver la diversité de l'activité commerciale [...] dans le périmètre concerné ». Il ne s'agit pas à proprement parler d'une rétrocession mais d'une cession à un tiers extérieur à la première transaction.

La procédure de rétrocession obéit à un certain formalisme et comporte plusieurs étapes (1). La gestion de l'actif pendant cette période n'est pas fixée par le texte (2). En cas d'échec de la rétrocession, l'acquéreur préempté bénéficie d'un droit de « priorité d'acquisition » (3).

1. La procédure de rétrocession

La procédure de rétrocession obéit à un certain formalisme et comporte plusieurs étapes :

(i) La commune élabore un cahier des charges.

(ii) Le maire publie un avis de rétrocession par voie d'affichage en mairie pendant 15 jours.

(iii) Dans l'hypothèse où l'actif rétrocedé inclut un bail commercial (rétrocession d'un fonds), ou consiste lui-même en un bail commercial, le projet est subordonné à peine de nullité à l'accord préalable du bailleur sur le projet d'acte et le cahier des charges. Si le bailleur souhaite s'opposer au projet, il doit, dans un délai de 2 mois de la réception du projet, saisir en référé le président du TGI pour faire valider son opposition. Pendant la durée de la procédure, le délai d'un an imparti à la commune pour réaliser la rétrocession est suspendu.

(iv) La rétrocession au tiers dont la candidature aura été retenue doit ensuite être autorisée par délibération du conseil municipal.

(v) En cas de rétrocession portant sur un fonds, l'acte de rétrocession obéit au formalisme applicable aux cessions de fonds et le prix est payé conformément aux dispositions applicables aux cessions de fonds.

(vi) La rétrocession fait l'objet d'une publication par voie d'affichage en mairie pendant 15 jours.

2. L'exploitation de l'actif pendant la période de rétrocession

Il convient de distinguer la situation du fonds et celle du bail :

Le texte ne prévoit pas de disposition spécifique en ce qui concerne l'exploitation du fonds. Il reviendra à la pratique de mettre en place toute solution permettant de concilier les contraintes de gestion auxquelles se trouve soumise la commune et les impératif de maintien de la consistance du fonds. Une solution évoquée par la doctrine consiste en la mise en place de conventions de location-gérance.

Le texte prévoit une disposition spécifique en ce qui concerne le bail. Le principe est que, pendant la période de rétrocession, le bail se poursuit et que son titulaire (en l'occurrence la commune) doit en payer le loyer, mais que le statut des baux commerciaux (art L.145-1 et s du code de commerce) ne lui est pas applicable.

3. Le sort de l'actif en cas d'échec de la rétrocession

Si la rétrocession n'est pas intervenue dans le délai d'un an, l'acquéreur préempté, sous réserve que son identité ait été communiquée dans la déclaration préalable, bénéficie d'un « droit de priorité d'acquisition ». Le texte ne comporte aucune précision quant à la nature non plus qu'aux conditions de mise en œuvre de ce droit.

V. Alourdissement des Formalités et Mise à Risque des Transactions

Le nouveau dispositif appelle de nombreuses critiques :

Il est incomplet : plusieurs dispositions restent floues.

Il est lourd : déclaration préalable, décision de prémption, recours au juge de l'expropriation, avis de rétrocession, droit d'opposition du bailleur, etc. : les différentes étapes du processus sont nombreuses et sont parfois complexes.

Il met à risque la réalisation de certaines transactions. Les différents délais applicables : deux mois pour la décision de prémption, plus le délai le cas échéant pour la décision du juge de l'expropriation, puis douze mois pour la rétrocession, plus le délai le cas échéant en cas de contestation du bailleur, peuvent bloquer un actif sur un période supérieure au total à quatorze mois ! Cette situation se trouve être difficilement compatible avec les impératifs des circuits économiques actuels.

PDGB Avocats
Alexandre de Gouyon Matignon
Sonia Doubin
Céline Demaison