

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

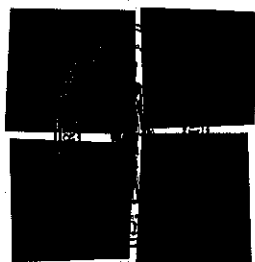
Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>

Université Fédérale



Toulouse Midi-Pyrénées

THÈSE



En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par :

Université Toulouse 1 Capitole (UT1 Capitole)

Présentée et soutenue par :

Madame Jessica Grisier

le 25 janvier 2016

Titre :

L'élargissement du droit de préemption urbain aux biens commerciaux et artisanaux: l'étude d'un instrument d'intervention public dans la sphère commerciale

École doctorale et discipline ou spécialité :

ED SJP : Droit

Unité de recherche :

Institut de Droit Privé

Directeur/trice(s) de Thèse :

Monsieur Hugues Kenfack, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole, Doyen de la faculté de droit et de science politique

Monsieur Philippe Dugot, Maître de conférence HDR, Université Toulouse Jean Jaurès

Jury :

Madame Marie-Pierre Dumont-Lefrand, Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier.

Monsieur Joël Monéger, Professeur émérite de l'Université Paris-Dauphine.

Madame Dominique Moréno, Secrétaire générale de la Commission Commerce et experte des politiques législatives et juridiques, de la CCI de Paris Ile-de-France.

Monsieur Jean-Pierre Blatter, Professeur honoraire à l'ICH (CNAM), Avocat à la cour d'appel de Paris.

L'université n'entend ni approuver ni désapprouver
les opinions particulières du candidat.

Mes premiers remerciements s'adressent à mon directeur de recherches, Monsieur le Doyen Kenfack pour avoir accepté de diriger mes recherches. Je tiens à lui exprimer ma gratitude pour sa confiance, et sa capacité d'écoute d'égal à égal permettant de révéler le meilleur en chacun.

Je souhaite exprimer toute ma reconnaissance à la Région Midi-Pyrénées et au PRES pour le soutien apporté à la recherche.

Mes pensées vont à mes amis qui ont été d'un soutien rare et réconfortant.

Toute mon amitié va en particulier à Imen qui partage avec moi bien plus que l'étude des baux commerciaux.

À Sophie et Cyntia, mes copines depuis si longtemps, que la souffrance de la fin de mes études ne sera qu'anecdotique dans plusieurs années et quelques coupes de champagne après...

À Stéphanie, Lucie, Nicole et Jérémy qui ont su répondre à temps pour m'aider.

À mes-amis et collègues docteurs et doctorants, Latifa, Anne-Laure, Sandrine, Anouk, Sarah, Quentin, Jennifer, Rachid, Nessian, Joe, Joss, Bertrand, Anthony... avec qui je partage plus que des années d'étude et des charges d'enseignement, car ce sont avant tout de beaux moments et de très bons souvenirs, sachez que je n'oublierais pas.

À Éric, qui a cru en moi avant moi même.

À ma famille, et à mes grands-parents qui ont travaillé dur toute leur vie, avec honneur et intégrité, et ont su transmettre cette valeur essentielle.

À mes parents qui m'ont aidée au-delà de mes besoins et me soutiennent avec bienveillance, force et courage.

SOMMAIRE

TABLE DES ABRÉVIATIONS
INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE

Les conditions de mise en œuvre de la procédure de préemption

Titre premier . L'établissement de la procédure de préemption

CHAPITRE PREMIER . LA DÉLIMITATION DU PÉRIMÈTRE DE PRÉEMPTION : LE CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL

CHAPITRE SECOND . LES CONSÉQUENCES DE LA MISE EN PLACE DU PÉRIMÈTRE DE PRÉEMPTION : LE CHOIX D'USER DU DROIT DE PRÉEMPTION

Titre second . L'application du droit de préemption aux biens commerciaux et artisanaux aliénés à titre onéreux

CHAPITRE PREMIER . LES BIENS SOUMIS AU DROIT DE PRÉEMPTION

CHAPITRE SECOND . LES MUTATIONS SOUMISES AU DROIT DE PRÉEMPTION

SECONDE PARTIE

Les limites à l'exercice du droit de préemption

Titre premier . Les garanties légales opposables à l'exercice du droit de préemption

CHAPITRE PREMIER . LES LIBERTÉS FONDAMENTALES APPLIQUÉES À LA VIE DE L'ENTREPRISE

CHAPITRE SECOND . LE CONTRÔLE DE L'ÉQUILIBRE ENTRE LE DROIT DE PRÉEMPTION ET LE RESPECT DES LIBERTÉS

Titre second . L'exercice limité du droit de préemption, les causes de l'inefficience

CHAPITRE PREMIER . LA LIMITE EXPLICITE : LE RENVOI AU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

CHAPITRE SECOND . LES LIMITES IMPLICITES ISSUES DE LA PRATIQUE DES AFFAIRES

CONCLUSION GÉNÉRALE

BIBLIOGRAPHIE

INDEX

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES ABRÉVIATIONS

A

al. : Alinéa
AJ : Actualité jurisprudentielle
AJDA : Actualité juridique, droit administratif
AJDI : Actualité juridique de droit immobilier
ADLC : Autorité de la concurrence
AN : Assemblée Nationale
Art : Article (d'un code)
Ass. plén. : Assemblée plénière

B

BJDU : Bulletin de jurisprudence de droit de l'urbanisme
BO : Bulletin officiel
BODAC : Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales
BPIM : Bulletin pratique immobilier, Francis Lefebvre
BRDA : Bulletin rapide de droit des affaires, Francis Lefebvre
Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation

C

c/ : contre
CA : Cour d'appel
CAA : Cour administrative d'appel
Cass : Cour de cassation
Cass. ass. plén. : Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. ch. mixte : Arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. ch. réun. : Arrêt rendu par les chambres réunies de la Cour de cassation.
Cass. req. : Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
CC : Code civil
CCI : Chambre(s) de commerce et de l'industrie
CCIP : Chambre de commerce et de l'industrie de Paris
C. Com : Code de commerce
CE : Conseil d'État
CEDH : Convention européenne des droits de l'Homme
CEE : Communauté économique européenne
CGCT : Code général des collectivités

territoriales

Ch. mixte : Arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
Chr. : Chronique
Ch. réun. : Arrêt des chambres réunies de la cour de cassation
Civ : Cassation, chambre civile
CJA : Code de justice administrative
CJCE : Cour de justice des communautés européennes
Comm. conc : Commission de la concurrence
Cons. conc. : Conseil de la concurrence
consid. : considérant

D

D : Dalloz, Recueil Dalloz-Sirey
DC : décision du Conseil constitutionnel
déc. : décision
décr. : décret
Defrénois : Répertoire du notariat
Defrénois
délib. : délibération
DF : Documentation française
DIA : déclaration d'intention d'aliéner
Dict. perm. : Dictionnaire permanent
dir. : directive
Doct. : Doctrine

E

EPCI : Établissement public de coopération intercommunale
EURL : Société unipersonnelle à responsabilité limitée
EIRL : Entreprise individuelle à responsabilité limitée

F

fasc. : fascicule
FISAC : Fonds d'intervention pour les services, l'artisanat et le commerce

G

Gaz. Pal. : Gazette du palais

I

Ibid. : Au même endroit
INC : Institut national de la consommation
Infra : ci-dessous
ICC : Indice du coût de la construction
ICAV : Indice du chiffre d'affaires du commerce de détail en valeur

ILAT : Indice des loyers des activités tertiaires
ILC : Indice des loyers commerciaux
IPC : Indice des prix de la consommation

J

J : Jurisprudence
J.-Cl : JurisClasseur (civil, pénal...)
Jcl. adm. : JurisClasseur administratif
JCP : Semaine juridique (JurisClasseur périodique : générale, entreprises, commerce et industrie, sociale,...)
JO : Journal officiel
JOAN : Journal officiel de l'Assemblée nationale
JOAN Q : Journal officiel de l'Assemblée nationale (Questions réponses)
JOCE : Journal officiel des communautés européennes
JORF : Journal officiel de la République française
JOUE : Journal officiel de l'Union européenne
jurispr. : jurisprudence

L

L. : Loi
Lebon : Recueil des arrêts du Conseil d'Etat
LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence
Loc. cit. : loco citato, passage précité d'un article ou d'un ouvrage
LPA : Les Petites Affiches

N

n. : note

O

obs. : Observations, commentaires doctrinaux
Op. cit. : Opere citato, cité précédemment
Ord. : Ordonnance

P

p. : page
PA : Petites affiches
Pan : Panorama de droit administratif
PGD : Principes généraux du droit
plén. : plénière
PLU : Plan local d'urbanisme
POS : Plan d'occupation des sols
préc. : précité

Q

QPC : Question prioritaire de constitutionnalité

R

RCS : Registre du commerce et des sociétés
RDA : Revue de droit administratif
RDC : Revue trimestrielle de droit civil
RDCA : Répertoire Dalloz contrats administratifs
RDI : Revue de droit immobilier
Rec CE : Recueil des décisions du Conseil d'Etat (Recueil Lebon)
Rec. CJCE : Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes
rect. : rectificatif
Rép. civ. : Répertoire Dalloz de droit civil (encyclopédie Dalloz)
Rep com. Dalloz : Répertoire commercial Dalloz
RFDA : Revue française de droit administratif
RFDC : Revue française de droit constitutionnel
RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDC : Revue Lamy droit civil
RTDC ou RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com. : Revue trimestrielle de droit commercial

S

S : Recueil Sirey
SAS : Société par action simplifiée
SCI : Société civile immobilière
SCOT : Schéma commun d'organisation du territoire
SRADT : schéma regional d'aménagement et de développement du territoire
SEM : Société d'économie mixte
Supra : ci-dessus

T

TGI : Tribunal de grande instance
TI : Tribunal d'instance

Z

ZAD : Zone d'aménagement différé
ZUP : zones à urbaniser en priorité
ZIF : zones d'intervention foncière

« Attention Hop ! Tiens l'enseigne de la boucherie chevaline a perdu une oreille. Ce rire c'est celui du mari de la fleuriste, il a des petites rides de malice au coin des yeux. Oh dans la vitrine de la pâtisserie y'a des sucettes pierrot Gourmand ! Humm vous sentez ce parfum ? C'est Péponne qui fait goûter ses melons aux clients. Ah, chez Marion, ils font de la glace aux calissons. On passe devant la charcuterie : 79 le jambon à l'os, 45 le travers demi sec. On arrive chez le fromager 12,90 les picotouls de l'Ardèche et 23,90 le capitoul du Poitou. Chez le boucher, il y a un bébé qui regarde un chien qui regarde les poulets rôtis. Voilà, maintenant on est devant le petit kiosque à journaux, juste devant l'entrée du métro. Et moi je vous laisse ici. »¹

INTRODUCTION GENERALE

1 – Un nouveau droit de préemption : l'interventionnisme communal en faveur du « petit » commerce – La création d'un droit de préemption communal sur les biens commerciaux et artisanaux est un oxymore. Ce nouveau droit janusien suscite alors débat. Droit fondamentalement transversal, sa source est publiciste, mais son application s'insère dans une logique commercialiste. Voué à être inséré au Code de commerce² il sera finalement introduit au Code de l'urbanisme en raison de sa finalité et de son mécanisme fondé sur les principes du droit de préemption urbain. Ainsi le droit de préemption des communes est codifié au Code de l'urbanisme sous le chapitre IV intitulé « *droit de préemption des communes sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce et les baux commerciaux* ». Le Code de commerce a lui aussi été modifié, par l'ordonnance du 18

¹ JEUNET J-P., LAURANT G., *Le fabuleux destin d'Amélie Poulain*, Dialogue : Séq. 37, ext. soir, rue, Parole du film (33'30 à 34'33) : Amélie Poulain à l'aveugle, éd. Lettmotif, p.46.

² CORNU, G., CHATEL, L.-M., et POIGNANT, S., *Rapport : Commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du Projet de Loi relatif aux petites et moyennes entreprises*, 11 et 13 juillet 2005, Assemblée Nationale Sénat.

décembre 2008³, afin de préserver la cohérence de la procédure qui sera applicable aux biens commerciaux et artisanaux. Il s'agit alors d'un nouvel outil au service des communes qui peuvent ainsi préempter des fonds artisanaux, fonds de commerce ou baux commerciaux. Véritable nouveauté, ce droit correspond même à une révolution institutionnelle. Cette préemption étant alors qualifiée par certains de « *socialisme municipal* »⁴. L'interventionnisme « étatique » dans la sphère commerciale poursuit l'idée d'un État providence. La loi part alors du postulat que le maire peut, par son intervention au sein de sa commune, régler les problèmes de désertification commerciale ou de monoactivité sectorielle. La commune devient acteur du commerce en crise⁵. L'objectif de la loi est de lutter contre la disparition des petits commerces dans les zones rurales comme dans les centres-villes⁶. Mais ce nouvel outil d'urbanisme modifie la logique qui gouverne le droit de préemption urbain d'application immobilière. Cela aboutit comme le précise Madame Moreno « à une « *fusion-absorption* » de l'aménagement commercial dans l'urbanisme général »⁷. Il s'agit donc d'un droit à part dans le paysage des outils d'aménagement du territoire, il ne peut être appréhendé avec la même démarche que les autres droits de préemption urbains. En effet, le droit de préemption sur les biens commerciaux et artisanaux procède d'un transfert de propriété dans le patrimoine de la personne de droit public, or la nature mobilière de ces biens change le rapport patrimonial. Ainsi, l'éloignement de ce droit avec le droit de l'urbanisme général devient prégnant. L'approche commercialiste est donc fondatrice, impliquant pour les communes d'appréhender les règles du droit commercial. Cette ambivalence provoque une dynamique contraire que le législateur, par sa seule volonté, réunit. Il s'agira d'envisager la procédure propre au droit de l'urbanisme (§1) applicable aux biens commerciaux et artisanaux fondant le commerce de « proximité » (§2) permettant de dégager une approche analytique et compartiste transversale (§ 3).

§1. Les droits de préemption

³ Ord. N° 2008-1345 du 18 décembre 2008.

⁴ SAVARIT-BOURGEOIS, I., "Le cadre juridique du droit de préemption commercial," *JCP N*, n°10,1123, 12 mars 2010, p. 37.

⁵ PEDAMON, M., et KENFACK, H., *Droit commercial - Commerçants et fonds de commerce - Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 4ème éd., 2015, n°482.

⁶ MONEGER, J., CHAVANCE, E., COLIN, A., PETIT, M.-O., REGNAULT, H., REGNAULT, S., et SAINT GENIEST, C., *Guide des baux commerciaux*, LexisNexis, 2014, n°619.

⁷ MORENO, D., *Commerce et urbanisme : entre liberté et régulation*, La documentation française, 2008, p 27.

2 – Les droits de préemption – Le droit de préemption est traditionnellement défini comme « 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 aux prix et conditions de la cession projetée »⁸. Le terme de « droit de préemption » recouvre plusieurs mécanismes juridiques distincts et disparates⁹. Une première *summa divisio* existe entre les préemptions conventionnelles et celle légales. Une seconde *summa divisio* doit être prise en compte entre les préemptions de droit privé et les préemptions de droit public. Le droit de préemption sur les biens commerciaux et artisanaux est au profit de la commune, personne morale de droit public ; il s'agit dès lors d'un droit public par nature. Issu, par ailleurs, de la loi, ce droit de préemption est légal. Cette dernière catégorie a fait l'objet d'une étude théorique unitaire permettant de dégager une vision globale d'un droit aux facettes multiples¹⁰. En effet, il serait même préférable d'employer le pluriel et parler des droits de préemption. Les droits de préemption relevant du droit privé et de nature légale, sont nombreux, et peuvent concerner les indivisaires¹¹, les locataires d'habitation et de droit ruraux. D'ailleurs, récemment, la loi du 18 juin 2014 dite « loi Pinel » a créé un nouvel article au Code de commerce¹² instaurant un droit de préemption au profit du preneur lors de la vente de l'immeuble portant le bail commercial¹³. Il ne s'agit donc pas d'un mécanisme désuet, il est un véritable outil de levier économique et juridique auquel le législateur fait appel. De même, les droits de préemption de nature publique sont nombreux, d'application variable, ils concernent la politique de l'urbanisme. Ainsi, les droits de préemption urbain¹⁴ ont vocation à s'appliquer sur les actions ou opérations d'aménagement, ou sur la protection des espaces naturels et des zones à risque,

⁸ CORNU, G., *Association Henri Capitant - Vocabulaire juridique*, 9ème éd., 2011.

⁹ HOSTIOU, R., et STRULLOU, J.-F., *Expropriation et préemption*, Litec 4ème éd., 2011, n°18.

¹⁰ SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit de préemption*, LGDJ, 1979.

¹¹ Article 815-14 al. 1^{er} du Code civil : DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," *Dalloz Action*, septembre 2011. n°62-521.

¹² Article L. 145-46-1 du code de commerce.

¹³ GRISIER, J., "(R)évolution du bail commercial," *Lamy patrimoine*, n°80, septembre 2014, p.1-5; LEGRIX DE LA SALLE, S., "Les incidences de la loi Pinel en matière de baux commerciaux," *JCP E*, n°27, Juillet 2014, 1371; MUTELET, C., PRIGEN, J., et RODRIGUEZ, M. L., "Réforme du régime des baux commerciaux," *Revue des Loyers*, n° 949, 2014; SIDIER, N., et POULIGUENMANDRIN, A., "Réflexions autour d'une « rénovation » des baux commerciaux," *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 87, 2013; SOMMAIRE, "loi "Pinel", " *JCP E*, n°26, 26 juin 2014, act.460.

¹⁴ LEVENEUR, L., et SEMERE, T., "Droits de préférence et de préemption," *JCP N*, n°11, 13 mars 2015, p.22.

sur le maintien dans un logement, et enfin sur les biens commerciaux et artisanaux, dont la finalité est la protection du commerce de « proximité »¹⁵.

3 – Les origines de l’action étatique par la préemption – L’action de l’État dans la gestion du territoire et de l’économie est apparue depuis des décennies comme une réponse étatique à des difficultés sociales. Le terme de « droit de préemption » n’apparaît qu’à la Révolution. Aussi sous l’Ancien Régime un droit de priorité d’acquisition d’un bien encadré par la loi ne concernait que l’offre au proïsme ou le retrait¹⁶. L’offre au proïsme permet de conserver un bien au sein d’une famille et d’éviter la transmission à un tiers. Le retrait est un mécanisme différent de la préemption car il procède après la vente imposant le remboursement des sommes versées¹⁷. À la Révolution le mécanisme dit « de préemption » est issu de la loi du 16-22 août 1791 permettant aux employés de l’administration des Douanes de payer le prix de la valeur des marchandises imposées afin d’en devenir propriétaire¹⁸. L’extension du droit de préemption se fait au XX^e siècle avec une « inflation » législative¹⁹ et une « prolifération des droits de préemption »²⁰. Le droit de préemption va après guerre devenir un formidable outil d’aménagement urbain tant il permet d’obtenir des informations sur les mutations en passe de se réaliser sur le territoire, mais aussi, et surtout, entant que moyen d’intervention foncière. En 1945, ce mécanisme juridique est instauré par la mise en place des baux ruraux. Le droit de préemption tiendra une place importante dès les années 1950 en tant qu’outil de politique foncière et prend un véritable essor depuis ces deux dernières décennies²¹. Ainsi, dès les années soixante cet outil d’aménagement du territoire fait l’objet de nombreuses réglementations. Tout d’abord, le décret n° 58-1147 du 31 décembre 1958 a créé les zones à urbaniser en priorité abrogées en 1991²². La loi de finances du 3 décembre 1960 a quant à elle institué un droit de préemption au profit des départements à l’intérieur de zones définies comme des

¹⁵ BOUBLI, B., CHAUVAUX, D., GELU, C., HUYGHE, M., NEUMAYER, P., SUQUET-COZIC, M., KURGANSKY, A., PELPEL-MOYNOT, J., TIXIER, J.-L., BONNEAU, O., et STEMMER, B., "Urbanisme, Construction," Memento Pratique - Francis Lefebvre, 2016. n°31955 à 31975.

¹⁶ SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit de préemption*, LGDJ, 1979. n° 2.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Op. cit.* n°3.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ LEVENEUR, L., et SEMERE, T., "Droits de préférence et de préemption," *JCP N*, n°11, 13 mars 2015, p.22.

²¹ LACAVE, M., "L'évolution du droit de l'urbanisme en France depuis la seconde guerre mondiale," *L'interventionnisme économique de la puissance publique : études en l'honneur du doyen Georges Péquignot*, Centre d'études et de recherches administratives de Montpellier, 1984, p. 393.

²² Loi n° 91-663 du 13 juillet 1991 d'orientation pour la ville.

« périmètres sensibles ». Par la suite ont été créés les zones d'aménagement différencié²³ dont l'objectif était de restreindre le phénomène spéculatif exercé par les détenteurs de terrains situés autour des ZUP. Leur régime est particulièrement complexe puisqu'il existe trois ZAD dont l'application se fait sans concurrence les unes avec les autres²⁴. De même dans les années soixante, ont été créées les zones réservées aux services publics mais ce droit de préemption fut abrogé en 1975 par la loi relative aux zones d'intervention foncière²⁵. Cette loi va marquer un tournant dans l'évolution du droit de préemption urbain puisqu'elle renforça les pouvoirs des communes. Les ZIF ont un double objectif, d'une part, le développement d'un nouvel instrument foncier en milieu urbain et notamment en centre-ville, d'autre part, la création de logements sociaux en centre urbain. En 1985 sera créé un droit de préemption en faveur des départements concernant les « espaces naturels sensibles »²⁶. Mais dès 1985 il s'agira de réformer le droit de préemption urbain selon trois objectifs : poursuivre la volonté de décentralisation de l'urbanisme, d'adapter les outils juridiques aux nouvelles exigences économiques, sociales et urbaines nées des opérations d'aménagement, et enfin tirer les enseignements de la pratique antérieure afin d'uniformiser au mieux les différents droits de préemption. S'en suivra une succession de dispositifs législatifs et réglementaires allant de la loi dite « Méhaignerie » en 1986 à la loi dite « loi Gayssot » du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain, et plus récemment les lois « Alur » et « Pinel »²⁷. De manière générale, la loi « Alur » du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové²⁸, a sur le terrain de la préemption immobilière modifié le champ d'application matériel en élargissant les pouvoirs de l'action publique²⁹. La loi « Pinel » du 18 juin 2014³⁰, s'attache à réformer nombre d'aspects du droit³¹, les baux commerciaux et baux professionnels, le statut de l'artisan, le régime des entreprises individuelles et de l'EIRL, ainsi que l'urbanisme commercial. Au titre de cette réforme, la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises sera réformée. La loi de 2005 a instauré le nouveau droit de préemption sur les biens

²³ Loi n°62-848 du 26 juillet 1962.

²⁴ HOSTIOU, R., et STRUILLOU, J.-F., *Expropriation et préemption*, Litec 4ème éd., 2011, n°9.

²⁵ Loi n° 75-1328 du 31 décembre 1975 relative aux zones d'intervention foncière.

²⁶ Loi n° 85-729 du 18 juillet 1985.

²⁷ DUGOT, P., et POUZENC, M., *Territoires du commerce et développement durable*, L'Harmattan, 2010, p.147 à p.150 et p. 168 et p.175.

²⁸ Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.

²⁹ LEVENEUR, L., et SEMERE, T., "Droits de préférence et de préemption," *JCP N*, n°11, 13 mars 2015, p.22, n°12 et 13.

³⁰ Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises.

³¹ SOMMAIRE, "loi "Pinel", " *JCP E*, n°26, 26 juin 2014, act.460.

commerciaux et artisanaux en faveur des communes. Cette nouveauté législative, déjà modifiée en 2012, s'inscrit dans un mouvement législatif qui s'explique par la matière commerciale en prise avec une réalité économique en perpétuelle évolution³². Les réformes des différents aspects du droit de l'urbanisme renforcent l'idée d'instabilité juridique de cette matière. Le droit de l'urbanisme est un droit en crise, l'insécurité juridique résulte ainsi de la multiplication des recours. Le Conseil d'État a rendu un rapport en 2010 préconisant une réforme du droit de l'urbanisme. Ce rapport envisage une refonte réelle de l'urbanisme en envisageant de remplacer l'actuel droit de préemption urbain par deux mécanismes distincts, le droit de préemption « planifié » et le droit de préemption « d'opportunité ». Le premier correspond aux actions des collectivités locales en matière de stratégie foncière ou d'opération d'aménagement du territoire déterminée. Le second s'appliquerait aux zones urbaines ou d'urbanisation future des plans locaux d'urbanisme et dont le projet ne serait pas défini préalablement. Ces propositions de réforme ont été reprises par la proposition de loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit³³. L'idée défendue est celle de l'intégration de l'urbanisme commercial à l'urbanisme général. L'enjeu est celui de l'efficacité des politiques d'aménagement du territoire et du commerce par l'action des pouvoirs publics. Comme le souligne Monsieur Dugot : « *le jour où toute réflexion sur les aménagements commerciaux, en périphérie comme dans des centralités plus traditionnelles, sera précédée d'une telle contextualisation des implications urbaines, l'urbanisme commercial, et l'urbanisme tout court d'ailleurs, aura fait un grand pas dans la direction d'une gestion durable de la production urbaine* »³⁴. Mais la réforme de l'urbanisme a été abandonnée au cours des lectures et des votes en Chambres. L'idée n'est pourtant pas remise et comme le précise Monsieur Talau : « *la réforme de l'urbanisme commercial est un vieux serpent de mer ; ce n'est peut-être pas terminé... Depuis qu'il est apparu que la loi Royer ne parviendrait pas à endiguer l'affaiblissement du petit commerce face au développement de la grande distribution* »³⁵. Ainsi, la loi du 18 juin

³² Mouvement et réformes de la préemption : HOSTIOU, R., et STRUILLLOU, J.-F., *Expropriation et préemption*, Litec 4ème éd., 2011.n°10 et 11.

³³ Proposition de loi de M. Jean-Luc Warsmann de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, Assemblée nationale, n°1890, du 7 août 2009.

³⁴ DUGOT, P., et POUZENC, M., *Territoires du commerce et développement durable*, L'Harmattan, 2010, p.175.

³⁵ TALAU, J.-M., "Revue de détail des questions sur l'urbanisme commercial après les lois ALUR et ACTPE," *JCP A et CT*, n°3, 19 Janvier 2015, 2014.

2014³⁶ comporte aussi un volet relatif à la réforme de l'urbanisme commercial³⁷. Elle « instaure une procédure d'autorisation unique dès lors que la demande de permis de construire a fait l'objet d'un avis favorable d'une commission d'aménagement commercial »³⁸. Il est aussi prévu « le dépôt d'un dossier unique et complet au regard du droit des sols et des critères commerciaux vérifiés par les commissions d'aménagement permettra d'éviter les divergences entre le projet soumis aux commissions et le projet objet du permis de construire. Le recours contentieux ne pouvant être engagé qu'à l'encontre du permis, le notaire devra seulement veiller au caractère définitif de ce dernier. Par exception au principe d'incessibilité, lorsque l'autorisation d'exploitation commerciale est sollicitée par le demandeur en qualité de promoteur, ce dernier peut procéder à la vente en l'état futur d'achèvement du projet »³⁹.

4 – Un droit autonome – Le droit de préemption légal de la personne publique doit être distingué d'autres mécanismes d'intervention étatique. La préemption est en effet un mécanisme autonome. Il se distingue du droit d'expropriation. L'expropriation et la préemption sont des mécanismes juridiques proches car la puissance publique peut porter atteinte au droit du propriétaire de disposer librement de son bien. Selon Messieurs Hostiou et Struillou, « Historiquement et techniquement différenciées, l'expropriation et la préemption relèvent, à l'évidence, d'une même logique, qui consiste à permettre à la puissance publique de procéder unilatéralement à l'acquisition de biens immobiliers indispensables à la réalisation des politiques d'aménagement, d'urbanisme ou d'environnement qu'elle entend engager. »⁴⁰. Pour autant, ces deux droits se distinguent, le droit de l'expropriation est une prérogative contraignante d'acquisition de la propriété, alors

³⁶ Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises : JORF n°0140 du 19 juin 2014 page 10105 texte n° 1; Décret n° 2015-914 du 24 juillet 2015 modifiant certaines dispositions du code de l'urbanisme relatives au droit de préemption des communes sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce, les baux commerciaux et les terrains faisant l'objet de projets d'aménagement commercial : JORF n°0171 du 26 juillet 2015 page 12791 texte n° 19.

³⁷ JOYE, J.-F., "La réforme de l'urbanisme commercial par la loi du 18 juin 2014 - Un peu plus d'urbanisme, un peu moins de commerce," *AJDA*, 2014, p. 1994; NOGUELLOU, R., "La loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises : évolution des règles sur l'urbanisme commercial et fonds de commerce sur le domaine public," *Revue de Droit Administratif*, n° 8-9, Août 2014, alerte 64; TALAU, J.-M., "Revue de détail des questions sur l'urbanisme commercial après les lois ALUR et ACTPE," *JCP A et CT*, n°3, 19 Janvier 2015, 2014; VANDERMEEREN, R., "Nouvelle réforme de l'urbanisme commercial," *BPIM 4/14*, 2014, n°221.

³⁸ MENG, J.-P., "L'aménagement commercial réformé par la loi Pinel du 18 juin 2014," *Deffrénois*, n°17, 15 septembre 2014, p. 891.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ HOSTIOU, R., et STRUILLOU, J.-F., *Expropriation et préemption*, Litec 4ème éd., 2011.n°1.

que le droit de préemption repose sur la volonté du propriétaire de vendre⁴¹. Le droit de préemption des communes sur les biens commerciaux et artisanaux doit aussi être distingué du droit de priorité dont bénéficient les communes et les Epic⁴² sur les projets de cession de biens immobiliers. En raison de la nature des biens visés par les mécanismes⁴³, les fonds de commerce ou artisanaux sont des biens mobiliers et le bail commercial est un droit de créance. De même une distinction s'opère entre le droit de préemption et le droit de préférence en raison de la possibilité qui est reconnue aux collectivités publiques d'obtenir du juge la fixation du prix de vente, le droit de préemption se faisant aux prix et conditions de la déclaration d'intention d'aliéner.

Le droit de préemption est une procédure et un mécanisme juridique. La procédure est instaurée par la loi, elle est strictement encadrée par celle-ci. Elle est bien souvent propre à chaque préemption, malgré certaines règles générales applicables à toutes préemptions urbaines. Le mécanisme de la préemption est similaire quelle qu'en soit sa nature. Ainsi, trois aspects fondamentaux se dégagent, toute préemption a un champ d'application spatial et matériel et ne peut être exercé que par un titulaire habilité par la loi⁴⁴. Le champ d'application spatial, ce qui implique un zonage permettant de définir la zone d'action géographique dans laquelle le titulaire du droit pourra exercer ses prérogatives⁴⁵. Le champ d'application matériel est strictement défini par la loi qui détermine la catégorie ou la nature des biens qui seront soumis à la préemption⁴⁶. Enfin, le titulaire du droit de préemption est par principe la commune, des exceptions issues du mécanisme de délégation de pouvoir amènent à considérer plusieurs acteurs⁴⁷.

L'action de la commune sur les opérations de vente fait intervenir une tierce personne dans la relation contractuelle. Il s'agit donc d'une relation tripartite. En effet, à l'origine de l'opération il y a une volonté d'aliéner et un acquéreur peut donc être présent. La vente est donc formée une fois accord sur la chose et sur le prix. Mais le titulaire du droit de préemption peut intervenir au contrat. Dès lors, il s'agit d'opérer une analyse des

⁴¹ HOSTIOU, R., et STRUILLLOU, J.-F., *Expropriation et préemption*, Litec 4ème éd., 2011.n°2, SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit de préemption*, LGDJ, 1979.n°350 et s.

⁴² Epic : personnes morales publiques distinctes de l'État ou des collectivités territoriales exerçant une activité industrielle et commerciale qui entre dans le champ d'application de l'article L.110-1 du Code de commerce.

⁴³ SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit de préemption*, LGDJ, 1979, n°14 et s.

⁴⁴ AUBY, J.-B., PERINET-MARQUET, H., et NOGUELLOU, R., *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Montchrestien - Lextenso, 9ème éd.n°613.

⁴⁵ *Op. Cit.* n°614 et 615.

⁴⁶ *Op. Cit.* n°617 et 618.

⁴⁷ *Op. Cit.* n°616.

opérations juridiques tripartites qui permettent à deux contractants de créer un droit propre au profit d'un tiers dont les fondements trouvent leur appui dans la relation contractuelle de l'acquéreur d'origine⁴⁸. Deux procédés correspondent à la substitution d'une personne à une autre dans une relation contractuelle. Ces mécanismes permettront soit la disparition du rapport juridique ancien, soit la création d'un rapport juridique nouveau⁴⁹. Le droit de préemption correspond à une cession forcée de contrat suite à une aliénation à titre onéreux. Dès lors, la cession de contrat est la convention par laquelle est effectué un transfert, d'un contractant à un tiers, d'un ensemble de rapports juridiques issus d'un contrat. L'effet principal est de réaliser une substitution de sujet, dans un rapport juridique, aussi bien en ce qui concerne l'aspect actif de l'obligation que l'aspect passif de cette dernière⁵⁰. En effet le droit de préemption engendre une cession de contrat règlementée par la loi, c'est par l'effet de la loi qu'il y aura substitution d'acquéreur dans les droits et obligations issus du contrat objet de la préemption⁵¹. La cession de contrat, que le droit de préemption opère, a pour effet de libérer le cédant qui disparaît du rapport contractuel. Dès lors, le droit de préemption se distingue de la stipulation pour autrui, du mandat et de la cession de créance⁵² par l'effet de substitution de cocontractant qui la caractérise.

5 – L'intervention de la personne de droit public – L'utilisation des outils d'aménagement du territoire par la personne publique met en exergue l'importance de l'intervention de l'État dans l'économie. La détermination des contours de la notion « d'interventionnisme » ou « d'intervention » de l'État révèle un point de vue et un parti pris. En effet, l'utilisation du « isme » inscrit la notion « d'intervention » dans un système structurellement générateur de problèmes⁵³. Au delà de l'aspect éventuellement péjoratif, il s'agit de considérer que l'action de l'État est systématisée dans un processus établi, identifiable et définissable. Ainsi, le mécanisme de préemption procède à ce mouvement de systématisation de l'intervention de l'État. L'approche de la notion par la doctrine n'est pas

⁴⁸ SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit de préemption*, LGDJ, 1979.n° 202.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Op. Cit.* n° 214.

⁵¹ *Op. Cit.* n° 220 et n° 225 à 229.

⁵² *Op. Cit.* n° 202 et s.

⁵³ PAVIA, M.-L., "Un essai de définition de "l'interventionnisme", *L'interventionnisme économique de la puissance publique : études en l'honneur du doyen Georges Péquignot*, Centre d'études et de recherches administratives de Montpellier, 1984, p.549.

unitaire⁵⁴. Ainsi, l'analyse historique permet de considérer l'évolution opérée relativement à l'action de l'État dans la sphère économique. Souvent considérée en strates, l'intervention de l'État peut alors être appréhendée de façon quantitative par le développement du nombre de tâches de l'administration dans l'économie⁵⁵. Or, ce domaine d'action doit être précisé, les activités économiques sont ainsi, envisagées par les économistes comme les moyens par lesquels « *se forment, se répartissent, se consomment les richesses* »⁵⁶. Juridiquement, comme le note Messieurs Moulin et Brunet⁵⁷, l'activité économique est envisagée au regard des définitions de la jurisprudence européenne comme « *une prestation de travail salarié ou une prestation de services rémunérés* »⁵⁸ correspondant à « *toute activité qui consiste à offrir des biens ou des services sur un marché donné* »⁵⁹. Selon ces derniers, sont considérées « *comme économiques les activités généralement reconnues à caractère « marchand » c'est-à-dire se rattachant directement à la production et à l'échange, le plus souvent à titre lucratif, de biens et de services sur un marché* ». Dès lors, l'intervention de la commune, personne de droit public, dans la transmission d'un bien commercial ou artisanal relève de cette définition de l'activité économique. La préemption commerciale et artisanale entre donc dans le champ d'analyse de la notion « d'interventionnisme » procédant à « *un rapprochement des secteurs publics et privés* »⁶⁰. Or, la distinction droit privé et droit public ne peut « éclater » par la simple interconnexion de ces secteurs⁶¹. Il s'agit bien plus d'un « *brouillage de la frontière entre les catégories juridiques* »⁶² sans incidence sur la distinction traditionnelle. La complexité générée par la confusion des matières questionne. L'intérêt et le but de ces interventions sont alors scrutés. L'influence

⁵⁴ MOULIN, R., et BRUNET, P., *Droit public des interventions économiques*, LGDJ, 2007; PAVIA, M.-L., "Un essai de définition de "l'interventionnisme", *L'interventionnisme économique de la puissance publique : études en l'honneur du doyen Georges Péquignot*, Centre d'études et de recherches administratives de Montpellier, 1984, p.549.

⁵⁵ PAVIA, M.-L., "Un essai de définition de "l'interventionnisme", *L'interventionnisme économique de la puissance publique : études en l'honneur du doyen Georges Péquignot*, Centre d'études et de recherches administratives de Montpellier, 1984, p.549; RAPP, L., TERNEYRE, P., et SYMCHOWICZ, N., "Lamy droit public des affaires," Lamy, 201, n°37.

⁵⁶ JANNENEY, J.-M., *Éléments d'économie politique*, PUF, 1974, p.12.

⁵⁷ MOULIN, R., et BRUNET, P., *Droit public des interventions économiques*, LGDJ, 2007.

⁵⁸ CJCE, 20 novembre 2001, Jany c/ Pays-Bas, aff. C-268/99, *Rec.* p.1-8615.

⁵⁹ CJCE, 16 juin 1987, Commission c/ Italie, aff. C-118/85, *Rec.* p.2599.

⁶⁰ PAVIA, M.-L., "Un essai de définition de "l'interventionnisme", *L'interventionnisme économique de la puissance publique : études en l'honneur du doyen Georges Péquignot*, Centre d'études et de recherches administratives de Montpellier, 1984, p.549.

⁶¹ MOULIN, R., et BRUNET, P., *Droit public des interventions économiques*, LGDJ, 2007; PAVIA, M.-L., "Un essai de définition de "l'interventionnisme", *L'interventionnisme économique de la puissance publique : études en l'honneur du doyen Georges Péquignot*, Centre d'études et de recherches administratives de Montpellier, 1984, p.549.

⁶² HUBRECHT, H.-G., *Droit public économique*, Dalloz, 1ère éd., 03 novembre 1997, p.6.

de la théorie libérale impose la méfiance face l'action étatique. En effet, l'activité économique selon cette théorie se régule par elle-même, générée par l'unique levier des initiatives privées. L'État et les personnes publiques n'ont qu'un rôle de garantie. Ainsi, est amorcé « *un double mouvement de désengagement et de dérèglementation* »⁶³. L'État « providence » devient alors « *régulateur* »⁶⁴ provoquant une mutation des formes d'interventions notamment par un effet de « *déplacement* » des compétences de l'État vers les collectivités locales, ou des entreprises publiques vers des sociétés d'économie mixte⁶⁵. Mais cette dilution des pouvoirs étatiques sur l'activité économique n'a pas limité l'intervention de l'État dans ce secteur. En effet, les domaines de compétences se sont étendus et les prérogatives de puissance publique se sont accrues. Le rôle de l'État dans la sphère économique a pour autant pris un tournant non négligeable à la suite de la crise des *subprimes*. Cette crise financière a pris naissance aux Etats-Unis après l'éclatement de la bulle spéculative immobilière. L'insuffisance de l'encadrement juridique des marchés spéculatifs est un des facteurs de cette crise. Cette situation résulte d'une trop grande méfiance à l'égard de la réglementation et d'une confiance excessive en la capacité d'autorégulation des marchés boursiers aggravée par la « *sophistication des techniques bancaires, d'informations et de communication* »⁶⁶. Le rôle de l'État en tant que garant est devenu prioritaire afin de maintenir la stabilité financière. L'interventionnisme étatique est alors apparu comme salvateur⁶⁷. Si cette crise a focalisé l'attention sur les pouvoirs publiques elle a aussi fragilisé l'action des collectivités locales. En effet, la crise de *subprimes* n'a pas seulement atteint le secteur bancaire « privé » mais aussi « public ». En effet, les communes sont aussi des acteurs de l'économie, leurs actions nécessitent souvent de faire appel à des emprunts. Or le systhème de titrisation⁶⁸ à l'origine de la crise a provoqué un déséquilibre budgétaire pour nombres de communes. Celles-ci ne pouvant faire face au remboursement de leurs emprunts, elles ont dû faire face à un déficit, l'action des communes se trouve donc mise à mal. Leur intervention par l'exercice de la préemption

⁶³ MOULIN, R., et BRUNET, P., *Droit public des interventions économiques*, LGDJ, 2007.

⁶⁴ MOULIN, R., et BRUNET, P., *Droit public des interventions économiques*, LGDJ, 2007; RAPP, L., TERNEYRE, P., et SYMCHOWICZ, N., "Lamy droit public des affaires," Lamy, 2015, n°36 ; PEDAMON, M., et KENFACK, H., *Droit commercial - Commerçants et fonds de commerce - Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 4ème éd., 2015.n°483.

⁶⁵ RAPP, L., TERNEYRE, P., et SYMCHOWICZ, N., "Lamy droit public des affaires," Lamy, 2015, n°36.

⁶⁶ *Op. Cit.* n°73.

⁶⁷ *Op. Cit.* n°71 et s.

⁶⁸ *Op. Cit.* n°75.

implique pourtant un investissement financier non négligeable. La crise des *subprimes* a donc une influence sur l'efficacité du droit de l'urbanisme commercial et de la préemption.

§2. La sauvegarde des commerces de proximité

6 – *Commerces et ville* – Le commerce est défini au Larousse comme une « *activité consistant dans l'achat, la vente, l'échange de marchandises, de denrées, de valeurs, dans la vente de services ; métier de celui qui achète des objets pour les revendre* »⁶⁹. Cette définition révèle une liste d'actions, aussi est-il possible de parler « des commerces ». Par ses modèles et ses formes multiples, le commerce doit être considéré au pluriel. Dès lors, l'élargissement du vocable par le pluriel permet de considérer pareillement l'artisanat. En effet, si l'artisanat ne consiste pas en l'achat d'objets pour la vente mais en une création, grâce au savoir-faire de l'artisan, il est possible d'englober l'artisanat à la notion de « commerces » en focalisant la définition sur sa fonction principale, à savoir l'échange. L'échange « *suppose la disponibilité de biens commercialisables et l'organisation de circuit reposant sur un système d'entrepôt et de bureau, impliquant des flux de marchandises, informations et de personnes et engendrant en compensation des mouvements de capitaux* »⁷⁰. Mais la notion de simple « échange » ne suffit pas à définir les commerces, leur rôle peut aussi concerner l'animation de la vie urbaine, l'organisation de l'espace, et contribuer ainsi au lien social. Le lien entre commerces et ville se fait jour. L'échange a en effet impulsé l'apparition des villes au Moyen Âge. Au XI^e siècle les commerçants et artisans se sont regroupés territorialement afin de se dégager des contraintes du système féodal. La question de la propriété et de la contrainte de l'impôt explique ce mouvement⁷¹. La ville de Toulouse est un exemple de cette construction historique. La ville s'est inscrite dans l'Histoire au XI^e siècle avec l'apparition du catharisme. Mais il faudra attendre le XV^e siècle pour voir apparaître un essor commercial prospère avec le commerce du pastel. La ville se construit alors autour du commerce et autour des voies commerciales, dont la Garonne. Les vestiges de cette construction sont encore visibles au sein de la ville par la simple référence aux noms des rues de la « *veille* » ville. Les exemples sont alors nombreux, comme la rue des Tourneurs, initialement appelée

⁶⁹ <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/commerce/17486?q=commerce#17355>.

⁷⁰ MERENNE-SCHOUMAKER, B., *Géographie des services et des commerces*, PUR, 2^{ème} éd., 2008.

⁷¹ AUBY, J.-B., *Droit de la ville - du fonctionnement des villes au droit à la Ville*, LexisNexis, 2013, p.6 et 161.

la rue des Armuriers en raison des commerçant, armuriers, installés dans cette rue⁷². La rue de la Fonderie doit son nom à une fonderie de canons installée pendant la Révolution à cet endroit⁷³. De même pour la rue et la place de la Bourse qui accueille toujours le Tribunal de commerce⁷⁴. Les exemples peuvent se multiplier : la rue du Poid de l’Huile, la rue des amidonniers⁷⁵, la rue des Potiers, la rue des Teinturiers, la rue des Couteliers, la rue des Filatiers, la rue des Marchands... Par la suite, au XIX^e et au XX^e siècle la révolution industrielle a façonné les villes par un phénomène « *d’étallement* »⁷⁶ et « *d’écèlement* »⁷⁷. Ainsi, la ville correspond à « *l’accumulation de la consommation* »⁷⁸. Mais ces évolutions ont amené la ville à subir de profondes mutations. La polarisation et la financiarisation du tissu urbain en sont les facteurs⁷⁹. Les « *institutions en charges des villes* »⁸⁰ ont alors eu un rôle à jouer dans la création d’une dynamique pérenne entre ville et commerces⁸¹, ayant tantôt un rôle de régulateur, tantôt, un rôle de soutien⁸². L’importance dans le processus de la notion géographique « *d’espace* » et « *d’espace économique pertinent* »⁸³, replace au centre de l’action « *les institutions en charge de la Ville* », en raison de l’action et de l’interaction qu’elles peuvent avoir avec le commerce en agissant par le biais des règles du droit de l’urbanisme. En effet, l’urbanisme commercial représente un levier économique pour l’État. L’urbanisme commercial peut être considéré comme un des « *champ de l’urbanisme dans lequel on s’efforce soit de concevoir ou de réaliser, soit adapter et de restructurer les équipements commerciaux urbains en fonction d’objectifs d’intérêt général, socio-économiques et spatiaux* »⁸⁴. L’approche ainsi proposée vise trois critères pouvant justifier l’action étatique dans la sphère commerciale : l’intérêt général, et les objectifs socio-économiques et spatiaux. En effet, il est nécessaire d’apporter des raisons à une telle action, car par principe, « l’État » ne peut s’arroger le droit d’intervenir dans le choix d’implantation d’activités économiques sur le territoire. Cette intrusion dans la liberté

⁷² CHALANDE, J., *Histoire des rues de Toulouse*, 11^{ème} éd., 1920, tome VIII, p. 323 à 334.

⁷³ *Op. Cit.* p. 188-195.

⁷⁴ CLEMENT, C., et RUIZ, S., *Toulouse secret et insolite - les trésors cachés de la ville rose*, Les beaux jours, 2007.

⁷⁵ MAILLEBLAU, C., *Le Dictionnaire de Toulouse*, Loubatières, 2004.

⁷⁶ DUGOT, P., et POUZENC, M., *Territoires du commerce et développement durable*, L’Harmattan, 2010.p.23.

⁷⁷ *Op. Cit.* p.18.

⁷⁸ AUBY, J.-B., *Droit de la ville - du fonctionnement des villes au droit à la Ville*, LexisNexis, 2013.p. 162.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ MERENNE-SCHOUMAKER, B., *Géographie des services et des commerces*, PUR, 2^{ème} éd., 2008, p.187.

⁸² AUBY, J.-B., *Droit de la ville - du fonctionnement des villes au droit à la Ville*, LexisNexis, 2013, p.164 et 165.

⁸³ *Op. Cit.* p. 165.

⁸⁴ MERENNE-SCHOUMAKER, B., *Géographie des services et des commerces*, PUR, 2^{ème} éd., 2008, p.187

d'implantation, porte atteinte tant au droit de propriété⁸⁵ qu'à la liberté d'entreprendre⁸⁶, il est alors indispensable de fonder l'action étatique sur des critères impérieux. L'intérêt général est une notion juridique qui armature tout le droit de l'urbanisme. La définition de cette notion renvoie à celle « d'utilité publique » considérée comme la « *qualité qu'une déclaration officielle de l'autorité publique reconnaît à une institution ou à une opération en considération de l'intérêt qui s'y attache pour le bien public et qui entraîne l'application d'un régime juridique plus ou moins exorbitant du droit commun* »⁸⁷. Les critères socio-économiques et spatiaux relèvent de matières différentes du droit, soit la sociologie et la géographie. S'ils expliquent l'intervention des pouvoirs publics dans la sphère commerciale, ils ne peuvent la justifier. Ils représentent néanmoins un éclairage utile sur l'action publique en retenant les aspects concrets de l'intervention étatique. Leur dimension empirique met en perspective l'analyse juridique proposée. Les méthodes d'analyse des géographes de l'urbanisme permettent alors d'appréhender les mutations subies ces dernières décennies par le commerce tant du point de vue de l'offre que de la demande, mais aussi en terme de localité. Les mutations de l'offre s'expliquent par l'analyse des méthodes commerciales de vente employées. Ainsi, après avoir principalement développé des offres de vente en grande distribution, avec un système de consommation de masse⁸⁸, l'offre se mue⁸⁹ avec l'apparition du libre-service (vente automatique, e-commerce), avec le développement des discounts et des offres de services innovants attachés au produit⁹⁰. Les mutations de la demande impliquent des facteurs multiples, tel que l'impacte des revenus, les modes de production et les choix de consommation⁹¹. L'analyse fait alors apparaître, schématiquement, quatre changements dans la demande commerciale. Des changements démographiques, avec aujourd'hui des schémas familiaux multiples (monoparental, famille recomposée, homoparentale, syndrome du tanguy...), le vieillissement de la population et les flux migratoires faisant apparaître de nouvelles demandes de produits importés⁹². Les changements sociaux et culturels sont apparus, avec par exemple une « *dualisation*

⁸⁵ AUBY, J.-B., *Droit de la ville - du fonctionnement des villes au droit à la Ville*, LexisNexis, 2013, p.9.

⁸⁶ DUGOT, P., et POUZENC, M., *Territoires du commerce et développement durable*, L'Harmattan, 2010, p.133 et 134.

⁸⁷ CORNU, G., *Association Henri Capitant - Vocabulaire juridique*, 9ème éd., 2011.

⁸⁸ DUGOT, P., et POUZENC, M., *Territoires du commerce et développement durable*, L'Harmattan, 2010, p.17 ; MOATI, P., *La nouvelle révolution commerciale*, Odile Jacob, Septembre 2011, p.11 et 12.

⁸⁹ MERENNE-SCHOUMAKER, B., *Géographie des services et des commerces*, PUR, 2ème éd., 2008, p. 189 à 193.

⁹⁰ MOATI, P., *La nouvelle révolution commerciale*, Odile Jacob, Septembre 2011, p.11.

⁹¹ MERENNE-SCHOUMAKER, B., *Géographie des services et des commerces*, PUR, 2ème éd., 2008, p.193.

⁹² *Op. Cit.* p.195

croissante entre les zones de commerce de luxe et les zones de commerce de masse » ou la sur-spécialisation des pôles commerciaux⁹³. Enfin, les deux derniers changements ont une influence respective l'un sur l'autre, il s'agit des changements résidentiels et des changements de mobilité. Les mutations commerciales peuvent alors s'expliquer par l'application de trois modèles d'analyse. Les modèles environnementaux prennent en compte le milieu du développement commercial mais il exclut de l'examen les actions des opérateurs. Les modèles cycliques mettent en exergue les modalités de changement par le truchement d'une variable explicative comme par exemple le coût-prix. Il s'agit de déterminer les phases d'évolutions dans une logique de cycle. Ces modèles restent trop descriptifs et ne prennent pas en compte le consommateur ou l'environnement. Enfin, les modèles interactionnistes, mettent en perspective les différentes formes commerciales, passées et futures, dans une logique d'interaction en prenant en compte notamment les acteurs du commerce et les adaptations dues aux crises⁹⁴. Les évolutions affectant le commerce se révèlent aussi d'un point de vue spatial. Les choix de localisations commerciales ont subi des bouleversements. L'analyse géographique est conditionnée par le territoire considéré. Ainsi, une distinction s'opère entre les métropoles et grandes villes, et les petites villes notamment en milieu rural. En ce qui concerne les métropoles et les villes régionales, l'examen des évolutions de localisations commerciales, selon Madame Mérenne-Schoumaker, s'articulent autour de « *trois processus majeurs : le développement de la distribution périphérique, le déclin des tissus commerçants intermédiaires et les mutations des centres-villes* »⁹⁵. L'implantation en périphérie des commerces résulte d'un mouvement initié dans les années 1950-1960, elle est organiquement liée au réseau autoroutier et des voies rapides. Le constat est aujourd'hui critique⁹⁶ à l'égard de cette forme de localité « *il en résulte une grande diversité de pôles et d'axes généralement de médiocre qualité paysagère et posant de plus en plus de problèmes en matière d'accessibilité, de stationnement, de circulation interne, qu'il est nécessaire de réaménager en de véritables parcs commerciaux ou boulevard urbain* »⁹⁷. Les espaces commerçants intermédiaires se situent entre les centres-villes et les zones périphériques, cette situation

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ MERENNE-SCHOUMAKER, B., *Géographie des services et des commerces*, PUR, 2ème éd., 2008, p.196 et 197.

⁹⁵ DUGOT, P., et POUZENC, M., *Territoires du commerce et développement durable*, L'Harmattan, 2010, p.17 et 18 ; MERENNE-SCHOUMAKER, B., *Géographie des services et des commerces*, PUR, 2ème éd., 2008, p.217.

⁹⁶ DUGOT, P., et POUZENC, M., *Territoires du commerce et développement durable*, L'Harmattan, 2010, p. 165.

⁹⁷ MERENNE-SCHOUMAKER, B., *Géographie des services et des commerces*, PUR, 2ème éd., 2008, p.219.

est un facteur du déclin de ces pôles commerciaux, car l'impact de la concurrence sur les commerces de détails notamment était trop lourd. Une disparition des commerces est alors constatée⁹⁸. Enfin, dans les centres-villes, les changements constatés font apparaître une « fragilisation » de ces commerces⁹⁹, avec une diminution du nombre de magasins et un changement dans les services proposés, en raison de la périurbanisation de la population et des activités mais aussi de la pression foncière¹⁰⁰. Pour ce qui concerne les zones rurales et les petites villes la dynamique est contraire. Les petites villes bénéficient d'un essor avec une diversification des commerces et une multiplication des implantations commerciales proches de ces villes. À l'inverse, les zones rurales subissent un recul des commerces. Mais comme le précise Madame Mérenne-Schoumaker, « l'évolution du commerce rural n'est pas aussi unilatérale [...] Il convient, dès lors, de traiter de ce problème avec beaucoup de prudence et de ne pas vouloir généraliser abusivement les résultats obtenus dans un espace particulier »¹⁰¹. L'examen de ces évolutions permet de dégager deux phénomènes d'influence sur la physionomie de la ville, le premier ségrégationniste, le second polarisant. Selon Monsieur Auby ces phénomènes ont pour conséquence d'exclure une partie de la population de l'accès « à un niveau acceptable aux services rendus par la Ville »¹⁰². Il propose alors d'élaborer « un droit à la Ville » comme signifiant le droit à un accès minimal aux services rendus par les villes, qu'il s'agisse des prestations qu'elles offrent ou des protections qu'elles assurent »¹⁰³. Cette proposition est sensiblement proche de la logique qui accompagne le droit de préemption sur les biens commerciaux et artisanaux. Le constat de la crise des commerces « de proximité » amène le législateur à considérer que l'accès aux commerces, considéré comme une réponse à des besoins de base, était un droit auquel le citoyen-consommateur pouvait prétendre. L'élaboration d'une théorie d'un « droit à la Ville » est née d'un courant critique de l'urbanisme¹⁰⁴, elle vise à répondre aux phénomènes ségrégatifs¹⁰⁵ et de polarisation¹⁰⁶. Il s'agit de dégager les services essentiels auxquels la Ville doit répondre dans un souci d'accès total. Les services essentiels retenus sont le logement, la mobilité, la sécurité et les services domestiques. L'étude du commerce

⁹⁸ MERENNE-SCHOUMAKER, B., *Géographie des services et des commerces*, PUR, 2ème éd., 2008.p.219.

⁹⁹ *Op. Cit.* p.221.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Op. Cit.* p.227.

¹⁰² AUBY, J.-B., *Droit de la ville - du fonctionnement des villes au droit à la Ville*, LexisNexis, 2013, p.272.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Op. Cit.* p.273.

¹⁰⁵ *Op. Cit.* p.273 et 274.

¹⁰⁶ *Op. Cit.* p.274 et 275.

dans la Ville amène à considérer que le service commercial, est tout aussi fondamental et répond à des besoins pour la population. Cette constatation de l'importance des commerces pour les besoins de tous, explique la logique qui accompagne la loi instaurant le droit de préemption des communes sur les fonds artisanaux, fonds de commerce et baux commerciaux.

7 – Commerces et proximité – La loi du 2 août 2005 a mis en avant la notion de « commerce de proximité ». La double proposition de commerces et de proximité inscrit le propos dans un contexte géographique. En effet, la notion de proximité n'est pas une notion juridique. Ainsi, les géographes ont eu à étudier « le commerce de proximité ». Leurs études montrent une vision différente de celle proposée par la loi. En effet, la loi ayant instauré le droit de préemption a pour but de sauvegarder les commerces de proximité et de maintenir la diversité commerciale. Ainsi, le législateur souhaite, par la délégation aux communes de pouvoirs de préemption, remédier à une « crise » des commerces dans la Ville. Or, les géographes de l'urbanisme ont révélé par leurs études « *un renouveau du commerce de proximité* »¹⁰⁷. Ce mouvement est porté par trois facteurs¹⁰⁸, le premier concerne les choix de localisation des distributeurs dans des territoires qui avaient été vidés de leurs commerces traditionnels. Le second facteur correspond justement à l'action des pouvoirs publics qui tentent de rééquilibrer sur leur territoire les offres commerciales. Enfin, le dernier facteur, vise les attentes et les besoins des consommateurs. Ce dernier facteur explique les changements non plus quantitatifs et structurels des centres-villes mais surtout les changements qualitatifs impliquant les mutations des centres-villes. Il est ainsi noté par Monsieur Moati que « *la dimension déceptive de la consommation quantitative est de plus en plus clairement perçue. Elle nourrit non pas tant le projet de l'hyperconsommation qu'une aspiration à consommer autrement, à optimiser l'usage du pouvoir d'achat en accédant à des consommations efficaces dans la production des effets utiles recherchés porteuses de sens et respectueuses des valeurs terminales* »¹⁰⁹. Il démontre alors que le commerce subit une évolution en visant à renforcer le lien commerçant/client. Pour lui « *il s'agit de déployer un ensemble de dispositifs visant à optimiser l'ajustement qualitatif de l'offre à la demande* »¹¹⁰ dégageant donc la notion de « commerce de

¹⁰⁷ DUGOT, P., et POUZENC, M., *Territoires du commerce et développement durable*, L'Harmattan, 2010, p. 164; MERENNE-SCHOUMAKER, B., *Géographie des services et des commerces*, PUR, 2ème éd., 2008, p.191.

¹⁰⁸ MERENNE-SCHOUMAKER, B., *Géographie des services et des commerces*, PUR, 2ème éd., 2008, p.191.

¹⁰⁹ MOATI, P., *La nouvelle révolution commerciale*, Odile Jacob, Septembre 2011, p.13 et 14.

¹¹⁰ *Op. Cit.* p.14.

précision »¹¹¹. La notion de proximité incarne alors un idéal urbain qui « *semble être la garantie ou l'espoir d'une meilleure qualité des produits, spécialement pour les biens alimentaires, et d'une amélioration du service* »¹¹². Mais, ce renouveau du commerce de proximité répondant aux besoins de consommation de la population ne doit pas être confondu avec l'idée de « petit » commerce, et encore moins avec celle de l'artisanat. En effet, les grandes enseignes se sont saisies du concept et en ont fait un message promotionnel¹¹³. De plus, les centres-villes font face à une polarisation centrale des commerces provoquant une hausse des loyers commerciaux ou des pas-de-porte¹¹⁴ restreignant la localisation des commerces indépendants. La conséquence est que les commerces des centres-villes manquent de diversité, ils « *perdent de leur originalité et de leur identité* »¹¹⁵. L'importance du pluriel au terme de « commerce » prend alors tout son sens. En effet, bien plus que la proximité du commerce c'est la diversité des commerces qui préoccupe. La notion de proximité est une notion polysémique sans fondement juridique. La proximité varie selon le curseur à prendre en compte. Or, l'intervention des pouvoirs publics comme réponse aux besoins des citoyens-consommateurs impose de déterminer les besoins auxquels il faut répondre. Ainsi, la proximité doit être définie. S'agit-il alors de la proximité par rapport au lieu de travail, ou au domicile ; ou faut-il considérer le trajet travail-domicile ? Face aux interrogations, et en raison de l'absence de réponses, la notion de proximité fait craindre une application infondée du droit de préemption. Ce nouveau droit permet aux communes d'agir en régulant et en soutenant les commerces. Mais leur intervention ne doit pas avoir pour conséquence d'empêcher l'installation de certains commerces. La dérive est à craindre, si la logique est de considérer que dans les zones choisies par la commune trop de commerces d'une certaine catégorie sont implantés, l'intervention de la commune consisterait alors à empêcher l'installation de ce type de commerce dans cette zone. Il ne s'agit donc plus, simplement, de sauvegarder et de maintenir le commerce de proximité mais d'agir selon des « pouvoirs de police » en tant que gardien des commerces « acceptables » dans la commune.

¹¹¹ *Op. Cit.* p.13.

¹¹² DUGOT, P., et POUZENC, M., *Territoires du commerce et développement durable*, L'Harmattan, 2010.p.178.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ MERENNE-SCHOUMAKER, B., *Géographie des services et des commerces*, PUR, 2ème éd., 2008, p.221.

¹¹⁵ DUGOT, P., et POUZENC, M., *Territoires du commerce et développement durable*, L'Harmattan, 2010.p.164.

8 – Commerces et développement durable – La notion de développement durable est apparue dans les années 1960, elle met en exergue le lien entre l’environnement, l’économie, et le bien-être social¹¹⁶. La logique portée par ce concept est celle de la conciliation de ces trois aspects de la société afin de répondre à des besoins sociaux présents comme à venir. En effet, la notion de développement durable s’inscrit dans une dimension temporelle¹¹⁷ comme le souligne Monsieur Auby « *le développement durable est un ressort politique extrêmement fort [...] parce qu’il est [...] un moyen de réorganiser le temps social en rendant le futur présent dans les décisions actuelles* »¹¹⁸. La notion de durabilité dans la ville a une raisonnable juridique. Les législations environnementales en sont les premières illustrations, de même pour l’urbanisme. En effet, l’aménagement du territoire a forcément un impact sur l’environnement, l’économie et le social. Dès lors, le droit de l’urbanisme a dans son ADN une logique de durabilité¹¹⁹. Mais, si la volonté de durabilité est un moteur du droit de l’urbanisme, les résultats ne sont pas forcément à la hauteur des enjeux portés par le développement durable. Comme le précise Monsieur Auby « *les exigences de développement durable semblent se heurter à divers facteurs contraires* »¹²⁰. Pour autant, l’ambition reste présente. Ainsi, les préoccupations des pouvoirs publics pour les commerces de proximité rendent compte de l’implication dans le développement durable de l’urbanisme. En effet, le commerce de proximité se fonde sur de nouvelles envies de consommation avec plus de lien social et environnemental. Les choix de consommation équitable et locale, s’inscrivent dans la logique de développement durable, « *la proximité permet de renouer avec une ville idéalisée, celle des petites distances, du voisinage convivial* »¹²¹. Mais l’application dans la pratique n’est pas toujours satisfaisante, notamment en raison de la méthode de zonage qui accompagne en amont les politiques d’urbanisme¹²².

§ 3. L’inhérente transversalité du droit de préemption sur les biens commerciaux et artisanaux

¹¹⁶ *Op. Cit.* p.13.

¹¹⁷ *Op. Cit.* p.15.

¹¹⁸ AUBY, J.-B., *Droit de la ville - du fonctionnement des villes au droit à la Ville*, LexisNexis, 2013.p.190.

¹¹⁹ DUGOT, P., et POUZENC, M., *Territoires du commerce et développement durable*, L’Harmattan, 2010, p.14 ; AUBY, J.-B., *Droit de la ville - du fonctionnement des villes au droit à la Ville*, LexisNexis, 2013, p.183 à190. MORENO, D., *Commerce et urbanisme : entre liberté et régulation*, La documentation française, 2008, p.27.

¹²⁰ AUBY, J.-B., *Droit de la ville - du fonctionnement des villes au droit à la Ville*, LexisNexis, 2013.p.187.

¹²¹ DUGOT, P., et POUZENC, M., *Territoires du commerce et développement durable*, L’Harmattan, 2010.p.177.

¹²² *Op. Cit.* p.176 et 177.

9 – L’approche commercialiste et la procédure d’urbanisme – L’immanence de l’aporie s’induit de l’intervention de la commune dans l’acquisition de la propriété commerciale ou artisanale. Il ne s’agit pas de se contenter de ce constat. Si le droit commercial et le droit de l’urbanisme rentrent en confrontation, l’enjeu sociétal de la préemption commerciale et artisanale impose une conciliation comme le souligne Madame Mérenne-Schoumaker, « *il s’agit ainsi de rechercher des compromis, voire une cohérence entre les intérêts parfois contradictoires du commerce et de la ville* »¹²³. L’analyse du droit de préemption sur les fonds et baux commerciaux, met en exergue des frictions entre le droit commercial et le droit de l’urbanisme. Des incohérences sont donc révélées. Le facteur premier de ces illogismes résulte de l’esprit de la loi ayant instauré ce droit de préemption. En effet, le législateur a alors raisonné en urbaniste, focalisé sur l’idée de résolution des problèmes du « petit » commerce par l’intervention salvatrice de la commune, garante de l’équilibre social et économique de sa ville. L’action de préemption a donc pris le dessus sur l’action d’acquisition d’un bien commercial ou artisanal. La démarche retenue par les travaux de recherche proposés, prend le contre-pied de cette logique initiale. L’analyse du droit de préemption des communes sur les aliénations à titre onéreux des fonds et baux commerciaux, sera donc commercialiste. Il appert de l’étude du droit de préemption en lui-même qu’il s’agit surtout et avant tout d’une procédure. Il s’agit en effet d’un mécanisme procédural organisé en phase, que le Code de l’urbanisme encadre en déterminant la conduite à suivre et les délais à respecter. Mais, l’acquisition d’un bien commercial ou artisanal n’est pas qu’une simple procédure. Le fonds de commerce, le fonds artisanal et le bail commercial sont des notions complexes, transcendant la procédure qui peut leur être appliquée. Le constat de l’importance notionnelle des biens visés par la préemption et de l’absence de prise en considération de leur indéniable influence sur la procédure de préemption, motive le propos. Il doit être précisé que l’étude n’a pas intégré un aspect de la réforme de 2012 sur ce droit de préemption. En effet, la loi Warsmann du 22 mars 2012 a modifié l’article L.214-1 du Code de l’urbanisme en rajoutant un alinéa 2 selon lequel « *à l’intérieur de ce périmètre, sont également soumises au droit de préemption visé à l’alinéa précédent 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* ». Le sujet de l’étude est circonscrit aux fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux. La

¹²³ MERENNE-SCHOUMAKER, B., *Géographie des services et des commerces*, PUR, 2ème éd., 2008, p. 215.

préemption de terrain replace, en effet, ce droit dans sa logique d'acquisition foncière. Or, l'intérêt de l'analyse de la préemption des fonds et du bail commercial est de tenter de comprendre l'aporie qui résulte de l'appropriation de biens qui ne sont pas des immeubles.

10 – Une transversalité élargie – La préemption porte sur le droit de préemption et sur les fonds artisanaux, fonds de commerce et baux commerciaux. L'intérêt du sujet réside bien dans l'aspect transversal du droit de préemption sur les biens commerciaux et artisanaux. L'interconnection entre les différentes matières du droit met en lumière nombre de questions auxquels il s'agira d'apporter une réponse. Le travail d'analyse se doit alors d'être précis et rigoureux, mais il est d'autant plus difficile qu'il implique des connaissances dans des domaines parfois distants, voire même opposés. L'étude permet tout de même de dégager des pistes de réflexions et de répondre à certaines problématiques. Ainsi, l'application du droit de préemption aux biens commerciaux et artisanaux est intrinsèquement transversale. Mais l'étude ne peut se réduire à ce seul champ de transversalité. En effet, le droit de préemption est un droit d'exception, l'action exorbitante de droit commun des pouvoirs publics pose question dans un système libéral fondé sur le respect du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre. L'examen de ces libertés, leurs contenus et l'étendue de leurs protections, avec le souci de les confronter au mécanisme de la préemption artisanale et commerciale, a guidé la réflexion afin de dégager d'autres incohérences dans le dispositif législatif. Par ailleurs, le droit de préemption a été légalement limité dans son application. Les biens commerciaux et artisanaux cédés dans le cadre de plans de cession lors d'une procédure collective ne peuvent être préemptés. Il s'agit alors d'envisager cette limite. Justifiée par l'objectif « d'intérêt général » propre aux procédures collectives, trop distant de l'intérêt général de la préemption, le dispositif n'a pas considéré toutes les subtilités de ces procédures collectives qu'il s'agit de déceler. Ainsi, la logique commercialiste tend à se muer en une logique affairiste. Les fonds et le bail commercial rentrent en considération avec la notion « d'entreprise » apparaissant comme des supports de gestion de l'outil entrepreneurial. L'intérêt se porte donc sur la question de la gestion du bien. Or, les mécanismes proposés par le droit des affaires auront pour conséquence d'exclure l'application du droit de préemption. Les limites qui se révèlent fragilisent alors le droit de préemption et l'action communale. Le spectre d'une inefficence prête le flan à la critique d'une inflation législative inopérante car démagogique.

Les études et la doctrine soulèvent la difficulté, Monsieur Billet dans son commentaire¹²⁴ de l'arrêt Société Mégaron¹²⁵ rapporte le constat d'une étude menée par le Service Aménagement, Urbanisme et Environnement de la Manche publié en Avril 2005¹²⁶ selon laquelle : « bon nombre [de communes] voient dans le droit de préemption urbain un outil disponible « pour le cas où ... » et non comme un moyen mis au service d'une stratégie anticipant le devenir souhaité de la commune et les besoins à satisfaire pour atteindre cet horizon souhaité ».

11 – L'inévitable démarche empirique – L'approche *in vivo* est apparue nécessaire à l'analyse. Le droit de préemption a vocation à s'appliquer même imparfaitement. Les communes face à leur besoin ont malgré tout le souhait d'agir, mais nombre de difficultés se révèlent et freine l'application du droit de préemption sur les biens commerciaux et artisanaux. L'image alors donnée de ce droit est négatif, il apparaît inutile. Monsieur Auby témoigne de cet état de fait en prenant l'exemple de la Ville de Paris qui déclara en 2012¹²⁷ que : « le droit de préemption dont elle dispose pour maintenir le commerce de proximité et lutter contre la mono-activité ne pouvait pas être utilisé pour équilibrer la concurrence entre enseignes »¹²⁸. La question était alors, à la veille de la réforme de la loi Pinel, en 2014, de connaître la situation et le ressenti des communes de Midi-Pyrénées. L'étude sur la préemption des biens commerciaux et artisanaux ayant bénéficié du financement PRES/Région Midi-Pyrénées, l'analyse empirique était nécessaire sur le bassin de la Région. L'enquête a d'abord été confrontée à la difficulté révélée par l'analyse de la procédure de préemption, à savoir que les zones de préemption ont une publicité au sein de la commune sans diffusion générale. Ainsi, le rôle des Chambres de commerce et de l'industrie et des Chambres de métier et de l'artisanat est apparu central. Les communes devant, préalablement à l'instauration de la zone géographique de préemption, consulter les CCI et CMA, ces dernières avaient connaissance de l'ensemble des communes ayant une zone de sauvegarde du commerce de proximité. Par la suite la prise de contact devenait

¹²⁴ BILLET, P., "Droit de préemption urbain : assouplissement des exigences relatives à la réalité d'un projet," *JCP A et CT*, n°16,2088, 14 avril 2008, p. 34.

¹²⁵ CE, 21 mars 2008, n°310173, Société Megaron, JurisData n° 2008-073324 ; JCP N, 2008 n°16, 396, Actualité ; RJDA 10/08, n°1008 ; JCP N, 2009 n°13, 1125, Damien Dutrieux.

¹²⁶ Direction Départementale de l'Équipement de la Manche Sous la direction de Pierre SALLENAVE, Sous l'autorité de Pascal BRERAT, Chef du Service Aménagement, Urbanisme et Environnement, *La pratique du droit de préemption urbain dans la Manche*, Avril 2005.p.36.

¹²⁷ *Les Echos*, 12 janvier 2012, p.24.

¹²⁸ AUBY, J.-B., *Droit de la ville - du fonctionnement des villes au droit à la Ville*, LexisNexis, 2013, p.168.

possible. Quatre communes¹²⁹ ont accepté de répondre à l'enquête, et témoigner ainsi de leurs expériences. Cette mise en perspective a permis de confirmer majoritairement les conclusions issues de l'analyse juridique du dispositif. Mais elle a aussi révélé des craintes quant aux risques pour les communes d'appliquer un droit non maîtrisé juridiquement en raison du manque de moyens et de l'inexpérience des communes dans le droit commercial. Il s'agit de rendre compte de la nécessaire conciliation de l'ensemble des règles en présence, afin de permettre l'efficacité du droit de préemption des communes.

12 – Plan – Hydre à deux têtes, le droit de préemption commercial et artisanal correspond à la conciliation de deux droits contraires dont le but est de répondre aux préoccupations d'accès aux besoins de consommation courante. Cette ambition nourrit l'analyse du droit de préemption sur les biens commerciaux et artisanaux dont la procédure est définie par la loi. À cet égard, le champ d'application de la loi et la procédure de préemption doivent être détaillés afin de confronter les règles du droit commercial et du droit de l'urbanisme conjointement ou successivement applicables. Les frictions, le dialogue, et enfin la conciliation entre ces deux domaines du droit permettent une étude comparatiste (Première partie). Le passage de la mise en œuvre du droit de préemption à son exercice révèle les limites à son application, qu'elles soient textuelles ou factuelles. Le contournement juridique de l'exercice par les communes du droit de préemption impose au législateur d'apporter une réponse. Dès lors, les réformes successives, et principalement celle de 2014 issue de la loi Pinel, ont eu pour but de répondre aux besoins des communes d'avoir accès à un outil d'aménagement commercial performant et efficace. L'examen global du dispositif et de ses réformes interroge sur les possibles améliorations législatives du droit de préemption, sur les aliénations à titre onéreux des fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux (Seconde partie).

Première partie : Les conditions de mise en œuvre de la procédure de préemption

Seconde partie : Les limites à l'exercice du droit de préemption

¹²⁹ Castres, Moissac, Montauban, Toulouse.

PREMIERE PARTIE : LES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DE LA PROCEDURE DE PREEMPTION

13 – Une procédure d’urbanisme applicable au commerce et à l’artisanat – Le droit de préemption urbain est un droit d’exception. Il ne peut être mis en œuvre sans la loi et selon un champ d’application légalement défini. Il existe quatre types de droit de préemption urbain¹ classifiés selon leurs finalités, les actions ou opérations d’aménagement, dont l’application est liée aux documents d’urbanisme ; la protection des espaces naturels et des zones à risque qui sera à la compétence des départements, le maintien dans un logement, et enfin le droit de préemption sur les biens commerciaux et artisanaux, dont la finalité est la protection du commerce de « proximité »². La loi du 2 août 2005 a instauré ce nouveau droit de préemption, elle a été réformée à deux reprises : de façon « timide » en 2012 et avec plus d’implication en 2014. Les étapes dans la mise en œuvre du droit de préemption sur les fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux sont donc prévues par la loi et par le décret d’application de 2007, modifié en 2015³. Cette procédure a été insérée au Code de l’urbanisme. Il s’agit effectivement d’un droit qui s’inscrit dans une logique procédurale propre au droit de l’urbanisme (Titre 1). Cette logique propre à la procédure d’urbanisme ne doit pas faire oublier la finalité du droit de préemption, à savoir la protection et le maintien du commerce et l’artisanat. Ainsi, les biens visés par la procédure sont selon la loi les fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux aliénés à titre onéreux⁴. Si l’esprit de la loi reste attaché au droit de l’urbanisme, l’impact des règles du droit commercial devra être pris en compte. Il s’agit de comprendre alors l’imbrication entre ces deux droits. Les aspects qui seront en oppositions ou en compléments doivent être mis en exergue dans une analyse comparatiste (Titre 2).

Titre premier : L’établissement de la procédure de préemption

¹ LEVENEUR, L., et SEMERE, T., "Droits de préférence et de préemption," *JCP N*, n°11, 13 mars 2015, p.22.

² BOUBLI, B., CHAUVAUX, D., GELU, C., HUYGHE, M., NEUMAYER, P., SUQUET-COZIC, M., KURGANSKY, A., PELPEL-MOYNOT, J., TIXIER, J.-L., BONNEAU, O., et STEMMER, B., "Urbanisme, Construction," *Memento Pratique - Francis Lefebvre*, 2016, n°31955 à 31975.

³ Décret n° 2015-914 du 24 juillet 2015 modifiant certaines dispositions du code de l’urbanisme relatives au droit de préemption des communes sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce, les baux commerciaux et les terrains faisant l’objet de projets d’aménagement commercial : *JORF* n°0171 du 26 juillet 2015 page 12791 texte n° 19.

⁴ Article L. 214-1 du Code de l’urbanisme.

Titre second : L'application du droit de préemption aux biens commerciaux et artisanaux aliénés

TITRE PREMIER : L'ETABLISSEMENT DE LA PROCEDURE DE PREEMPTION

14 – Le périmètre de préemption – La loi du 2 août 2005, et le décret du 26 décembre 2007, réformée par la loi du 22 mars 2012 et du 18 juin 2014¹ a fourni aux communes un outil de protection du « commerce de proximité », l'ambition est donc affichée, il faut protéger et maintenir le commerce dans sa diversité. Mais cet objectif soulève des interrogations, en effet, quelle définition donner au « commerce de proximité ». Cette notion, non juridique, est d'après l'analyse des travaux parlementaires et à la lecture de la doctrine à rapprocher de la notion de diversité commerciale, la Chambre de commerce et de l'industrie de Paris propose des critères d'identification en considérant que le commerce visé par la protection est « *facteur d'équilibre social et de service de proximité* »². Le sens donné à l'objectif légal est primordial, car il conditionne la procédure de préemption. Ce droit s'exerce sur les fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux, considérés comme le support de l'activité commerciale, à chaque étape de la procédure. Le titulaire du droit de préemption, aura l'obligation de justifier ses choix. Ainsi le conseil municipal motive sa délibération par laquelle le périmètre de sauvegarde est établi géographiquement, en se référant à l'objectif poursuivi par la loi. Par la suite, la commune ou ses délégataires motiveront leur décision de préempter en fonction de la nécessité de maintenir et protéger le commerce de proximité. La procédure de préemption encadre l'action du titulaire du droit de préemption, elle est envisagée par le décret de 2008, modifié à chacune des réformes de la loi³. Or la lenteur qui a accompagné la parution du décret d'application de la loi de 2005 a provoqué une confusion et donc un contentieux, des communes avaient en effet préempté en se fondant sur la loi sans attendre le décret. Le Conseil d'État a ainsi fixé, par la jurisprudence⁴ qui en a résulté, un curseur d'analyse et d'interprétation de la procédure de préemption « commerciale » (Chapitre 1).

¹ Loi n° 2014-626, 18 juin 2014 : Journal Officiel 19 Juin 2014 : MONEGER, J., "Baux commerciaux et loi du 18 juin 2014 : quelques repères," *Loyers et Copropriété*, n°9, Septembre 2014, repère 8; SOMMAIRE, "loi "Pinel", " *JCP E*, n°26, 26 juin 2014, act.460.

² SOLIGNAC, P., *Réforme de la législation de l'urbanisme commercial, réactions de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris aux conclusions du groupe « Dutreil »*, 22 février 2007, CCIP.

³ Décret n° 2015-914 du 24 juillet 2015 modifiant certaines dispositions du code de l'urbanisme relatives au droit de préemption des communes sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce, les baux commerciaux et les terrains faisant l'objet de projets d'aménagement commercial : JORF n°0171 du 26 juillet 2015 page 12791 texte n° 19.

⁴ CE, 21 mars 2008, n°310173, Société Megaron , JurisData n° 2008-073324 ; JCP N, 2008 n°16, 396, Actualité ; RJDA 10/08, n°1008 ; JCP N, 2009 n°13, 1125, Damien Dutrieux.

15 – L’option offerte à la commune – La décision d’user du droit de préemption sur les fonds artisanaux, fonds commerciaux et baux commerciaux, est donc soumise à une procédure stricte et devra être motivée. La procédure commence par une étape qualifiée de « préalable », permettant d’informer le titulaire du droit de l’aliénation du bien soumis à la procédure de préemption. Le cédant devra transmettre à la mairie du lieu où se situe le bien un formulaire *Cerfa* dûment rempli, le titulaire du droit de préemption aura alors un délai de principe de deux mois à partir de la réception du formulaire pour faire connaître son choix. Sa décision doit respecter l’objectif de la loi et le juge administratif contrôlera la conformité de la motivation. Mais ce contrôle ne portera pas sur le choix opéré librement et discrétionnairement par le conseil municipal qui peut depuis la loi du 18 juin 2014 effectuer des délégations (Chapitre 2).

Chapitre premier : La délimitation du périmètre de préemption : le champ d’application territorial

Chapitre second : Les conséquences de la mise en place du périmètre de préemption : le choix d’user du droit de préemption

CHAPITRE PREMIER : LA DELIMITATION DU PERIMETRE DE PREEMPTION :
LE CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL

16 – L'originalité du nouveau droit de préemption – Le droit de préemption urbain est un outil d'aménagement du territoire mis à la disposition des communes leur permettant de devenir temporairement, mais prioritairement, propriétaire d'un bien immobilier. La vision classique et restrictive de l'intervention publique portant uniquement sur les biens immobiliers est bousculée par le nouveau droit de préemption des communes sur les fonds commerciaux ou artisanaux et les baux commerciaux. La préemption peut donc aujourd'hui porter sur des biens meubles¹.

17 – L'ambition de la loi – L'intérêt général poursuivi par le droit de préemption fait suite à un constat : « (...) *dans nos centres-villes, certaines rues qui présentaient la diversité à laquelle nous sommes attachés, se transforment progressivement, compte tenu de l'inflation des fonds de commerce, en rues remplies de succursales et de franchises de grands réseaux, qui évincent progressivement les commerces de bouche* »². Il devient alors nécessaire de protéger le commerce de proximité et de maintenir la diversité commerciale³.

18 – La procédure encadrant la préemption contrôlée par le juge administratif – Le droit de préemption des communes, initié par une volonté politique de répondre aux besoins du plus grand nombre, autorise l'intervention des personnes publiques pour pallier la carence de l'initiative privée⁴. Mais l'immixtion des pouvoirs publics dans la sphère commerciale, *a fortiori* dans une économie libérale, est envisagée comme une forme d'atteinte, aussi le droit de préemption sera encadré et circonscrit par une procédure légale⁵.

¹ BENARD, C.-M., "Le nouveau droit de préemption des communes issu de la loi en faveur des PME," *Revue droit et patrimoine*, n°145, Février 2006, p.32; BOSGIRAUD, C., "Libres propos relatifs au droit de préemption sur les cessions de fonds de commerce, fonds artisanaux, de baux commerciaux - Préempter pour rétrocéder..." *JCP N*, n° 16,1179, 18 avril 2008, p. 27; KENFACK, H., "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*, n° 25,1508, Mars 2008, p.17.

² Dossiers législatifs, Débats AN, Compte rendu intégral de la 2e séance du 7 juillet 2005, après l'article 37 ter, www.legifrance.gouv.fr. Intervention du ministre des PME, du Commerce, de l'Artisanat et des Professions libérales.

³ BENARD, C.-M., "Le nouveau droit de préemption des communes issu de la loi en faveur des PME," *Revue droit et patrimoine*, n°145, Février 2006, p.32; KENFACK, H., "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*, n° 25,1508, Mars 2008, p.17.

⁴ BENARD, C.-M., "Le nouveau droit de préemption des communes issu de la loi en faveur des PME," *Revue droit et patrimoine*, n°145, Février 2006, p.32.

⁵ *Ibid.*

Plusieurs étapes devront être respectées par la commune et ses délégués dont l'action est contrôlée par le juge administratif. Ainsi, en priorité, un périmètre de préemption sera délimité par le conseil municipal après consultation des Chambres de commerce et d'industrie et des Chambres des métiers et de l'artisanat (Section 1).

19 – Le contentieux provoqué par l'attente du décret – Le décret d'application parut en 2008 a suscité beaucoup d'espoir tant la loi a fait l'objet de critiques en raison de ses lacunes et de nombreuses interrogations pratiques qu'elle soulevait⁶, d'autant qu'un contentieux était né sur la légalité des préemptions menées avant que le décret d'application ne paraisse (Section 2).

Section 1 : Les conditions d'instauration du périmètre de sauvegarde

Section 2 : La période transitoire avant l'entrée en vigueur du décret du 26 décembre 2007

⁶ KENFACK, H., "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*, n° 25,1508, Mars 2008, p.17.

Section 1 : Les conditions d'instauration du périmètre de sauvegarde

20 – Le conseil municipal délimite le périmètre de sauvegarde – La délimitation géographique du périmètre d'intervention des communes afin de sauvegarder le commerce de proximité, est la phase matérielle de la procédure, en ce sens qu'elle correspond à une prise de décision sur le terrain, rue par rue, quartier par quartier. Il s'agit donc d'une phase déterminante. Cette décision appartient au conseil municipal, instance démocratique décisionnaire représentant la commune. La délimitation du périmètre de préemption est une décision prise de façon autonome, c'est-à-dire, sans délégation générale et indépendamment des documents de planification urbaine. L'absence d'impératif vis-à-vis des documents d'urbanisme permet aux communes non dotées de ces documents d'envisager un périmètre de préemption. Comme le préconise l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme, la décision du conseil municipal doit être motivée selon l'intérêt général porté par le dispositif légal. La loi a pour but de protéger le commerce de proximité. Mais cette notion n'est pas définie par la loi et n'a aucune référence juridique, impliquant une interprétation doctrinale ou judiciaire. L'analyse du contexte commercial pourra alors être une référence objective et donc satisfaisante au regard de l'exigence de motivation. Le décret d'application impose alors l'élaboration d'un rapport dont les éléments objectifs d'analyse détermineront sans nul doute le choix du périmètre de sauvegarde du commerce (Paragraphe 1).

21 – La consultation pour simple avis des Chambres de commerce et d'industrie et des Chambres des métiers et de l'artisanat – Par ailleurs, la commune pourra se reporter à l'avis des Chambres consulaires consultées dans la phase de détermination du périmètre de préemption. La Chambre de commerce et d'industrie et la Chambre des métiers et de l'artisanat dans le ressort desquels se trouve la commune visée par le périmètre seront saisies par le maire de cette commune ou par le président de l'établissement public de coopération intercommunale¹. Il leurs joint le projet de délibération du conseil municipal et le rapport d'analyse de la situation du commerce et de l'artisanat de proximité et des menaces pesant sur la diversité commerciale. Elles devront rendre un avis dans le délai de deux mois à partir de leur saisine. En l'absence de réponse de leur part, l'avis est considéré comme favorable (Paragraphe 2).

¹ Article R. 214-1 du Code de l'urbanisme: modifié par le décret n°2015-914 du 24 juillet 2015 - art. 2.

22 – La délibération du conseil municipal doit être publiée – Le périmètre déterminé par délibération du conseil municipal fera l'objet de mesures de publicité conditionnant l'entrée en vigueur de la décision. Les règles de publicité relatives au droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux correspondent à celles du droit de préemption urbain général. Ainsi, la délibération devra être affichée en mairie sur une période d'un mois et sera publiée dans deux journaux à diffusion départementale. Mais le renvoi au droit commun du droit de préemption urbain est restreint et les mesures de publicités complémentaires prévues au Code de l'urbanisme ne seront pas requises, conduisant la doctrine à caractériser le dispositif du « *droit de préemption commercial* »² et artisanal d'insuffisant de par le manque de diffusion (Paragraphe 3).

PARAGRAPHE 1 : LA DELIBERATION DU CONSEIL MUNICIPAL

23 – Procédure – Le droit de préemption n'est qu'une exception, il est encadré par une procédure stricte. Dès lors, il n'existe pas de préemption globale applicable à toute chose et en tout lieu. Le droit de préemption s'exerce donc uniquement sur une zone prédéfinie. La loi Dutreil du 2 août 2005 conditionne l'exercice du droit de préemption à l'élaboration d'un périmètre géographique au sein duquel les aliénations à titre onéreux de fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux seront soumises à la procédure de préemption. L'article L. 214-1, al. 1^{er} du Code de l'urbanisme dispose que « *le conseil municipal peut, par délibération motivée, délimiter un périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité* ». Ainsi, la phase matérielle de la procédure de préemption est réservée à l'instance démocratique représentant le titulaire du droit de préemption, sous réserve du nouvel article L. 214-1-1 introduit par la réforme du 18 juin 2014 et selon lequel « *lorsque la commune fait partie d'un établissement public de coopération intercommunale y ayant vocation, elle peut, en accord avec cet établissement, lui déléguer tout ou partie des compétences qui lui sont attribuées par le présent chapitre* »³.

² BON-JULIEN, E., "Le droit de préemption "commercial" : un droit inapplicable?," *Petites affiches*, n° 75, 15 avril 2009, p. 8.

³ Article L. 214-1-1 du Code de l'urbanisme : créé par la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 - art. 17.

24 – Les conséquences du caractère autonome de la décision – La décision prise par le conseil municipal a un caractère autonome⁴, d'une part en raison de l'absence de lien avec les documents de planification urbaine⁵ ; et d'autre part du fait qu'aucune délégation générale ne soit possible. Seule une délégation spécialement prévue par la loi est possible⁶. Cette délégation a été rendue opérante par la réforme du 18 juin 2014. Dès lors, le droit de préemption des communes sur les fonds commerciaux et artisanaux et sur les baux commerciaux est d'application large. En effet, la loi ne soumet pas la décision de délimitation du périmètre de préemption à une obligation d'intégration ou de compatibilité aux documents d'urbanisme. Cela emporte deux conséquences, d'une part, que toutes les communes de France, avec ou sans documents de planification urbaine, pourront mettre en œuvre ce droit de préemption. D'autre part, la commune, par le biais de son conseil municipal se voit attribuer un rôle dans l'exercice du droit de préemption en toute indépendance vis-à-vis des autres outils de planification urbaine (POS, PLU, carte communale, SCOT...)⁷. Cette volonté de généraliser le droit de préemption des communes en matière commerciale suscite débat. Ainsi, Monsieur Boituzat relève que le phénomène de disparition des commerces de proximité « *touche le centre-ville des communes d'une certaine importance et non pas les bourgades qui ne sont même pas dotées d'un document d'urbanisme* »⁸ ; alors que Madame Bénard s'interroge « *sur la méthode législative employée face à un problème très concret de désertification des zones rurales et de désagrégation du tissu commercial [...]* »⁹. Or, il s'agit bien de cela, les grandes agglomérations, comme les zones rurales, sont touchées par la difficulté de conserver des commerces dits de « proximité ». Mais la définition de la notion de « proximité » reste à trouver¹⁰. Elle recouvre aujourd'hui un sens plus social qu'économique, même si les travaux parlementaires se sont focalisés sur les commerces dits de « bouche ». Dès lors,

⁴ TISSOT C-A, « pour lutter contre la monoactivité », site internet : www.claudeannicktissot.fr.

⁵ DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," Dalloz Action, septembre 2011.

⁶ BILLET, P., "Le droit de préemption des communes en vue de garantir les activités commerciales et artisanales de proximité," *JCP A et CT*, n° 3, 29, 14 janvier 2008, p.3 ; DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," Dalloz Action, septembre 2011, n°62.541 ; HOSTIOU, R., et STRUILLOU, J.-F., *Expropriation et préemption*, Litec 4ème éd., 2011, n°1076 ; SAVARIT-BOURGEOIS, I., "Le cadre juridique du droit de préemption commercial," *JCP N*, n°10, 1123, 12 mars 2010, p. 37.

⁷ BROUSSOLLE, Y., "Le décret du 26 décembre 2007 relatif au droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, les fonds artisanaux et les baux commerciaux," *Defrénois*, n° 10, 30 mai 2008, p. 1065 ; POIRIER, A.-S., et VIANNAY, A., "Le droit de préemption sur les fonds de commerce et les baux commerciaux" *Petites affiches*, n°27, 06 février 2008, p. 3.

⁸ BOITUZAT, A., "Le droit de préemption des communes sur les cessions de fonds de commerce et artisanaux et de baux commerciaux," *Revue de droit immobilier*, 2008, p. 313.

⁹ BENARD, C.-M., "Le nouveau droit de préemption des communes issu de la loi en faveur des PME," *Revue droit et patrimoine*, n°145, Février 2006, p.32.

l'indépendance du droit de préemption des communes vis-à-vis des documents de planification urbaine, permet justement aux petites villes, notamment pour celles situées en zone rurale, de se doter d'un outil d'aménagement du territoire.

Le droit de préemption des communes était, avant la loi de 2014, de compétence exclusive. En effet, le dispositif originaire porté par la loi en faveur des PME n'avait pas prévu de délégation de compétence, soit par attribution expresse de la loi, soit par renvoi au droit commun de la préemption visé aux articles L. 211-2 du Code de l'urbanisme. Le droit de préemption étant d'interprétation stricte, aucune délégation de compétence ne pouvait être effectuée, qu'il s'agisse d'une structure intercommunale, d'une SEM ou d'un établissement public. La seule délégation qui était possible, était celle prévue à l'article L. 2122-22 du Code général des collectivités territoriales au profit du maire sur habilitation du conseil municipal. Depuis la loi du 18 juin 2014, l'article L. 2122-22 du Code général des collectivités territoriales a été modifié afin d'intégrer d'autres délégations. Pour autant, toutes ces délégations ne correspondent pas à la mise en œuvre du périmètre de préemption. Seule les communes faisant partie d'un établissement public de coopération intercommunale, peuvent lui déléguer tout ou partie de son droit de préemption¹¹. Le reste des délégations ne correspond qu'à l'exercice du droit de préemption, en effet, l'article L. 214-1-1 du Code de l'urbanisme précise que « *cette délégation peut porter sur une ou plusieurs parties du périmètre de sauvegarde ou être accordée à l'occasion de l'aliénation d'un fonds de commerce, d'un fonds artisanal, d'un bail commercial ou de terrains. Les biens ainsi acquis entrent dans le patrimoine du délégataire* ». S'il peut être considéré que la loi opère une délégation de pouvoir à l'ensemble des organismes sur la totalité des étapes de la procédure¹², la précision faite en fin d'article laisse croire le contraire. En effet, la décision de mise en place du périmètre est forcément préexistante à la délégation qui peut porter sur tout ou partie de ce périmètre¹³. La délimitation du périmètre de préemption appartient à la commune par principe ou par délégation à un établissement public de coopération intercommunale y ayant vocation. L'exercice du droit de préemption peut quant à lui être délégué à un établissement public y ayant vocation, à une société

¹⁰ SAINT-ALARY-HOUIN, C., "Le droit de préemption en cas de cession de bail commercial, un droit bien singulier !," *Droit et Patrimoine*, n° 215, 2012. Voir *Infra* n°26.

¹¹ Article L. 214-1-1, al. 1 nouveau du Code de l'urbanisme.

¹² BLATTER, J.-P., "Le bail commercial dans le projet de loi relatif à l'artisanat, au commerce et aux TPE," *AJDI*, 2014, p.118; BRAULT, C.-É., et SAINTURAT, M.-L., "Les dispositions relatives au transfert de la propriété du bail et de l'immeuble," *Loyers et Copropriété*, n°9, Septembre 2014, dossier 5.

¹³ MUTELET, C., PRIGEN, J., et RODRIGUEZ, M. L., "Réforme du régime des baux commerciaux," *Revue des Loyers*, n° 949, 2014.

d'économie mixte, au concessionnaire d'une opération d'aménagement ou au titulaire d'un contrat de revitalisation artisanale et commerciale.

25 – Une décision motivée – Le périmètre géographique à l'intérieur duquel la commune peut exercer son droit de préemption commerciale est déterminé par le conseil municipal. Ce dernier devra, dans sa décision, motiver son choix comme le préconise la loi¹⁴. Avant la publication du décret d'application, nombre de questions se posaient quant au fondement de la motivation¹⁵. Or, quelle que soit la préemption exercée, celle-ci est *ipso facto* circonscrite par l'intérêt général. La motivation du conseil municipal s'articulera donc autour de la démonstration de la conformité de la décision entre la réalité contextuelle et l'intérêt général tel que visé par la loi. Ces deux aspects fonderont la motivation.

26 – L'intérêt général motivant la décision – Concernant l'intérêt général, une difficulté se fait jour puisque la loi détermine la finalité du droit de préemption par l'emploi de termes non définis juridiquement. Ainsi, le but de la préemption commerciale est la protection du commerce de proximité. L'intérêt général réside donc dans cette protection. Or, il s'agit d'une notion qui n'est pas légalement définie¹⁶. Alors même que le droit de préemption doit être, par principe, d'application stricte, l'imprécision légale¹⁷ contraint à procéder par analogie quant à la détermination exacte de l'intérêt général qui gouverne le droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux. Dès lors, il apparaît plausible de rapprocher la notion de protection des commerces de proximité avec la notion de diversité commerciale¹⁸. Elle est définie par le ministère des petites et moyennes entreprises, du commerce, de l'artisanat et des professions libérales comme étant « *une nécessité permettant à chaque citoyen de contenter ses besoins notamment en matière de consommation, sans avoir à effectuer des démarches trop importantes ou des déplacements trop longs* »¹⁹. Il s'agirait selon la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, sous la plume de Philippe Solignac²⁰, « *de la prise en compte du commerce comme facteur d'équilibre social et de service de proximité, la*

¹⁴ Article L. 214-1 du Code de l'urbanisme.

¹⁵ DUTRIEUX, D., "Les cessions de fonds de commerce, de fonds artisanaux et de baux commerciaux désormais soumises au droit de préemption !," *JCP N*, n°35,412, 2 septembre 2005, p. 1377.

¹⁶ DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," *Dalloz Action*, septembre 2011, n°62.542.

¹⁷ Voir *Infra* n°297 et s.

¹⁸ DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," *Dalloz Action*, septembre 2011, n°62.542; SAVARIT-BOURGEOIS, I., "Le cadre juridique du droit de préemption commercial," *JCP N*, n°10,1123, 12 mars 2010, p. 37.

¹⁹ Réponse du Ministère des petites et moyennes entreprises, du commerce, de l'artisanat et des professions libérales publiée dans le JO Sénat du 10/08/2006 - page 2136.

protection des centres-villes, la volonté de donner une vocation économique à un quartier, la qualité de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme, le développement durable, l'expansion touristique, la satisfaction optimale des besoins des consommateurs ».

27 – Le contexte commercial fondant la décision – Par ailleurs, la motivation devra prendre en compte la réalité contextuelle du commerce. Ainsi, la motivation sera fondée sur des arguments pris *in concreto* en fonction de la situation réelle du commerce de proximité dans la commune concernée. Il ne s'agira pas de reproduire une clause de style avec une formule standard²¹, il sera de la responsabilité des communes d'être attentives au contenu de la motivation. En effet, cette motivation est soumise au contrôle du juge administratif qui aura un rôle déterminant dans l'affirmation de l'étendue et des contours de la motivation²². Bien que le dispositif ait été renforcé par le décret d'application, le contenu de cette motivation reste flou. La CCIP²³ s'est alors penchée sur la difficulté afin d'apporter des pistes de recherches dans l'élaboration du périmètre de préemption. L'identification des périmètres peut se faire à partir d'une part, de critères économiques²⁴ ; et d'autre part, de critères géographiques. L'ensemble des faisceaux d'indices d'ordre économique s'attachera à prendre en compte le tissu, la vitalité et l'environnement commercial en fonction de la demande considérée comme « *l'ensemble des produits et services pouvant être consommés par les ménages dans des commerces* »²⁵. Ainsi, le tissu commercial porte sur la composition des commerces et leur diversité tant en fonction des types de commerces (grande surface, commerce sur rue, commerce en centre commercial) que des secteurs d'activité (secteur alimentaire, textile, tertiaire). Il s'agira aussi de considérer la présence de marchés non sédentaires, le volume des commerces, et les données sociodémographiques. La vitalité commerciale devra être prise en compte afin de déterminer les vacances commerciales, et les transactions effectuées. Enfin, l'environnement commercial recouvre

²⁰ SOLIGNAC, P., *Réforme de la législation de l'urbanisme commercial, réactions de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris aux conclusions du groupe « Dutreil »*, 22 février 2007, CCIP.

²¹ SAVARIT-BOURGEOIS, I., "Le cadre juridique du droit de préemption commercial," *JCP N*, n°10,1123, 12 mars 2010, p. 37.

²² BOITUZAT, A., "Le droit de préemption des communes sur les cessions de fonds de commerce et artisanaux et de baux commerciaux," *Revue de droit immobilier*, 2008, p. 313; MORENO, D., "Droit de préemption sur les fonds de commerce, artisanaux et les baux commerciaux, le décret du 26 décembre 2007 pour l'application de la loi du 2 août 2005 est enfin paru!," *BJDU*, mai 2007, p. 326.

²³ BARBIER, G., *Droit de préemption sur les fonds de commerce et les baux commerciaux - critère de délimitation des périmètres communaux d'intervention*, 28 juin 2007, CCIP.

²⁴ *Ibid*, analyse partagée par LETANG, P., *Urbanisme commercial*, Le Moniteur, 3ème éd., 2010.p. 277

²⁵ BARBIER, G., *Droit de préemption sur les fonds de commerce et les baux commerciaux - critère de délimitation des périmètres communaux d'intervention*, 28 juin 2007, CCIP.

des critères tels que l'aménagement urbain, la présence d'acteurs du commerce ou l'existence d'intervention spécifique en matière commerciale.

Par ailleurs, il sera possible de se référer à des critères géographiques afin de délimiter la zone de préemption commerciale. Le territoire s'analyse en fonction d'une échelle, il s'agit alors soit d'un linéaire, d'un pôle, d'un quartier, de la commune ; ou en fonction des caractères du territoire : zone d'emploi, secteur résidentiel, secteur étudiant ou touristique. Mais ces pistes n'ont aucune valeur légale. Aussi les communes n'ont aucune obligation quant au contenu de la motivation, elle peut donc être rédigée sans qu'il soit fait la moindre référence aux critères objectifs proposés par la CCIP.

Pour autant, le décret d'application s'est attaché à compléter le dispositif légal en imposant l'élaboration de documents objectifs et concrets, à savoir, un projet de plan délimitant le périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité, et un rapport analysant la situation du commerce et de l'artisanat de proximité dans ce périmètre ainsi que les menaces pesant sur la diversité commerciale et artisanale²⁶. Notons que le décret ne précise pas qui devra rédiger ce rapport. La question de l'indépendance et de la compétence du (ou des) rédacteur (s) du rapport peut être posée. Ces documents seront transmis avec le projet de délibération aux Chambres consulaires pour avis.

PARAGRAPHE 2 : L'AVIS DES CHAMBRES CONSULAIRES SUR LE PROJET D'INSTITUTION DU PERIMETRE DE PREEMPTION

28 – La consultation des Chambres consulaires – Le recours à l'avis d'organisme tiers à la procédure de préemption n'est pas propre au droit de préemption des communes sur les biens commerciaux et artisanaux. Pour autant, la procédure applicable au droit de préemption sur les biens commerciaux est singulière. En effet, en ce qui concerne le droit de préemption urbain dans les zones d'aménagement différé, l'avis de la commune ou de l'Epic concerné par la zone est nécessaire, cet avis conditionne la procédure. Pour la procédure de création des zones de préemption des espaces naturels sensibles, lorsqu'elle est à l'initiative du Conservatoire du littoral, le périmètre est adressé au département et à la commune ou à l'Epic pour avis. Ainsi, dans ces deux cas, la commune est consultée car elle n'est pas à l'origine de la procédure de délimitation du périmètre. Or, à l'inverse, dans le droit de préemption « commercial et artisanal », l'initiative du périmètre appartient à la commune, par principe et sans délégation, de telle sorte que l'obtention d'un avis implique

²⁶ Article R. 214-1 du Code de l'urbanisme : modifié par le décret n°2015-914 du 24 juillet 2015 - art. 2.

de se tourner vers un acteur différent. En raison du caractère commercial et artisanal de ce droit de préemption, le décret n° 2007-1827 du 26 décembre 2007 confie aux Chambres de commerce et d'industrie et aux Chambres de métiers et de l'artisanat le rôle de consultant.

29 – Origine et organisation des CMA – Les Chambres de métiers et de l'artisanat sont des établissements publics administratifs dirigés par un président élu, il ne s'agit donc pas d'un fonctionnaire, il est assisté d'un Bureau constitué d'artisans élus. Elles sont placées sous la tutelle de l'État par l'intermédiaire du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi. Les CMA sont organisées géographiquement par départements puis par régions et au niveau national le réseau est régi par l'Assemblée permanente des Chambres de métiers et de l'artisanat. Ces Chambres ont été instituées en 1925 par la loi. Leur domaine d'intervention n'a cessé de s'étendre, elles assurent principalement la formation, le conseil et l'immatriculation au répertoire des métiers des artisans.

30 – Origine et organisation des CCI – Les Chambres de commerce et d'industrie sont des établissements publics économiques dont l'organisation est fixée par la loi, plusieurs fois modifiée, du 9 avril 1898²⁷. Qualifiées de « *corps intermédiaires de l'État* »²⁸, la loi ne précise pas dans quelle catégorie d'établissement publique les Chambres du Commerce et de l'Industrie doivent être classées²⁹. Le Conseil d'État³⁰ les qualifiera alors d'établissements publics nationaux en considérant que tout établissement public doit être rattaché à une collectivité territoriale, émanation de l'État, en l'absence de rattachement exprès légal.

Historiquement, la première Chambre de Commerce a été créée à Marseille en 1599 sous la dénomination de « bureau du commerce » composé de quatre députés. Par suite de l'approbation par lettre patente d'Henri IV l'année suivante, il prendra le nom de « Chambre de commerce ». De 1700 à 1724, une dizaine de Chambres ont été créées dont celle de Toulouse en 1703. Elles seront abolies en 1791 par la loi Le Chapelier qui

²⁷ Notamment lors de la réforme issue de la loi du 23 juillet 2010 visant à clarifier les missions du réseau en instituant une nouvelle organisation, après avoir modifié le régime électoral et instauré de nouvelles ressources fiscales.

²⁸ Les corps intermédiaires de l'Etat peuvent se définir comme des groupes sociaux et humains, situés entre l'individu et l'Etat, constitués naturellement ou par accord délibéré en vue d'atteindre un objectif commun aux personnes qui les composent, en fonction des affinités, ressemblances relations familiales, professionnelles ou locales. Ils sont indépendants et autonomes vis-à-vis des pouvoirs publics et fonctionnent selon le principe de subsidiarité. Qualifiés parfois de « société civile » il s'agit de les distinguer des organes de l'État.

²⁹ NOUVION, A.-P., "Chambres de commerce et de l'industrie," *Répertoire Droit Commercial* Dalloz, Janvier 2015, n° 8 à 10.

³⁰ CE, sect., 29 nov. 1991, Crépin, AJDA 1991, 889 et 919.

complète le décret d'Allarde, avant d'être rétablies en 1802 sous Napoléon Bonaparte 1^{er} à l'initiative de Jean-Antoine Chapal, il y a alors 22 Chambres du commerce considérées comme « *des foyers de lumière destinés à éclairer le gouvernement sur l'état et les besoins de l'industrie* »³¹.

Les CCI sont organisées en réseau à la structure verticale³². Au sommet de cette pyramide non hiérarchisée,³³ on trouve l'Assemblée des Chambres françaises de commerce et de l'industrie. Le réseau est organisé à partir de critères géographiques. Ainsi, les CCI territoriales correspondent à un niveau départemental ou infradépartemental, les CCI de régions correspondent au niveau régional. Les départements d'outre-mer et de Nouvelle-Calédonie ont leur propre organisation.

Elles ont une mission de service public et d'intérêt général visant à appuyer, accompagner et conseiller toutes les professions dans leur ressort territorial. Leur action porte aussi sur la formation professionnelle, la création et la gestion d'équipements, ainsi que l'expertise et la consultation. Classiquement, ces missions sont classées en trois catégories : la consultation, la représentation et l'administration, entendue comme étant la gestion de service à caractère industriel ou commercial et d'enseignement. Mais cette classification est qualifiée par certains d'artificielle et d'inexacte³⁴. En effet, les missions de consultation et de représentation se confondent dans la pratique. En ce qui concerne la mission dite « administrative », il s'agit plus d'une mission « économique » de gestion de services à caractère industriel ou commercial et d'enseignement.

Plus particulièrement, la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, ayant instauré le nouveau droit de préemption commercial et artisanal, a par ailleurs octroyé un rôle déterminant aux CCI dans le cadre de la préemption sur les zones d'aménagement différé³⁵. Ainsi, les CCI peuvent être titulaires ou délégataires de ce droit de préemption pour la réalisation d'équipements commerciaux. Les CCI sont aussi présentes dans la réalisation d'opérations d'urbanisme, en qualité de maître d'ouvrage, et pouvant concerner toute forme d'équipement commercial et artisanal en vue de l'installation de commerçants et artisans, de la reconversion ou du transfert de leur

³¹ www.cci.fr

³² PEDAMON, M., et KENFACK, H., *Droit commercial - Commerçants et fonds de commerce - Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2015.n°28.

³³ Sauf en matière de financement et de pilotage du réseau suite à la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, NOUVION, A.-P., "Chambres de commerce et de l'industrie," *Répertoire Droit Commercial* Dalloz, Janvier 2015.n°303.

³⁴ NOUVION, A.-P., "Chambres de commerce et de l'industrie," *Répertoire Droit Commercial* Dalloz, Janvier 2015, n° 206

³⁵ *Op. Cit.* n°202 et 207

activité³⁶. Dès lors, les CCIR et les CCIT sont associées, au titre de leur mission de représentation auprès des pouvoirs publics, à l'élaboration du schéma régional d'aménagement et de développement du territoire et des schémas de cohérence du territoire³⁷. Pour autant, la loi n'a pas souhaité lier le droit de préemption des communes à ces schémas, la participation des Chambres consulaires au dispositif de préemption se fera en dehors de leur compétence dans cette matière. Mais leur expérience dans le domaine de l'aménagement et du développement du territoire sera très précieuse, de même que leur connaissance de l'état du commerce et des besoins grâce à leur base de données et de leurs études territoriales du commerce, dont l'utilité dans la mise en œuvre du droit de préemption des communes est indéniable. Ainsi les CCI et CMA conservent leur place en tant qu'intermédiaire entre les acteurs de la vie économique qu'elles représentent et l'État, ou en l'espèce la commune.

31 – Procédure de consultation propre au droit de préemption des communes – « *Le maire ou, le cas échéant, le président de l'établissement public de coopération intercommunale* »³⁸ devra transmettre aux deux Chambres consulaires dans le ressort desquelles se trouve la commune, le projet de délibération accompagné du plan de délimitation de la (ou des) zone(s) ainsi qu'un rapport d'analyse de la situation du commerce et de l'artisanat de proximité et des menaces pesant sur la diversité commerciale.

32 – Nature de la réponse des Chambres consulaires – Il est possible de déduire de la lettre de l'article R. 214-1 du Code de l'urbanisme, que l'avis émis par les Chambres consulaires sera accompagné d'observations. En effet, cet article dispose qu'« *en l'absence d'observations de la Chambre de commerce et d'industrie et de la Chambre des métiers et de l'artisanat [...] l'avis de l'organisme consulaire est réputé favorable* ». Il s'agit donc « d'observations » impliquant avis. Il faut noter le glissement, pour le moins curieux, du pluriel au singulier, il s'agit alors de se demander si l'avis des deux Chambres, pris conjointement est nécessaire. L'article R. 214-1 du Code de l'urbanisme prévoit ainsi que le silence des Chambres consulaires dans les deux mois de leur saisine vaudra avis favorable, de telle sorte que la consultation des Chambres consulaires est une formalité substantielle ne liant pas la commune. En effet, le décret n'a pas précisé les conséquences d'un avis défavorable des deux Chambres ou même de l'une des deux, de telle sorte que la commune

³⁶ *Op. Cit.* n° 223.

³⁷ *Op. Cit.* n° 220

³⁸ Article R. 214-1 du code de l'urbanisme : Modifié par décret n°2015-914 du 24 juillet 2015 - art. 2.

pourra malgré tout instaurer un périmètre de préemption. Il s'agit donc d'un avis simple. Mais en cas d'avis défavorable, les observations qui l'accompagnent seront déterminantes³⁹. En effet, la commune aura le choix quant à la possibilité de motiver sa différence de point de vue avec la CCI et de la CMA. Mais il ne s'agit là que d'une possibilité puisqu'au cours des débats parlementaires après avoir écarté l'obligation qui était faite aux communes de se conformer à l'avis des Chambres⁴⁰, il n'a pas été retenu l'obligation pour la commune de motiver sa décision alors même qu'elle poursuit la procédure contrairement à l'avis de la CCI et/ou de la CMA⁴¹. Pour autant, ces observations accompagnant l'avis des Chambres consulaires pourraient être déterminantes en cas de recours contre la délibération du conseil municipal. En effet, le juge peut s'appuyer sur le contenu de l'avis des Chambres consulaires pour statuer sur la légalité de la délibération. Cette affirmation s'appuie sur l'analyse de l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes du 5 mai 2009⁴². Il s'agissait en l'espèce d'une autorisation d'implantation commerciale dont la surface était supérieure à 300 mètres carrés. Cette autorisation, basée sur des critères objectifs, est soumise à l'appréciation de la commission départementale d'équipement commercial⁴³, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Ainsi, la commission détermine si le projet est de nature à compromettre, dans la zone, l'équilibre entre les différentes formes de commerces ; dans l'affirmative, elle doit apprécier les aspects positifs du projet qui seraient de nature à compenser le déséquilibre. Les aspects positifs ainsi considérés correspondent aux capacités de contribution à l'emploi, à l'aménagement du territoire, à la concurrence, à la modernisation des équipements commerciaux et à la satisfaction des consommateurs. L'impact sur les conditions de stationnement et de circulation routière est aussi pris en compte. En première instance, le Tribunal administratif de Caen a annulé la décision prise

³⁹ NOGUELLOU, R., "Le droit de préemption au service des commerces de proximité," *Revue de Droit Administratif*, n°2, alerte 6, février 2008.

⁴⁰ Cette obligation faite à la commune était contraire au but poursuivi visant à conférer aux communes une liberté d'appréciation dans ses choix d'urbanisme commercial : FLAICHER-MANEVAL, E., et REYGROBELLET, A., "Droit de préemption urbain en matière de fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux : décret d'application," *BPIM*, 01/2008 et 02/2008, 2008, p. 7 et 4.

⁴¹ Regret partagés par : MORENO, D., "Droit de préemption sur les fonds de commerce, artisanaux et les baux commerciaux, le décret du 26 décembre 2007 pour l'application de la loi du 2 août 2005 est enfin paru!", *BJDU*, mai 2007, p. 326. BROUSSOLLE, Y., "Le décret du 26 décembre 2007 relatif au droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, les fonds artisanaux et les baux commerciaux," *Deffrénois*, n° 10, 30 mai 2008, p. 1065; SAVARIT-BOURGEOIS, I., "Le cadre juridique du droit de préemption commercial," *JCP N*, n°10, 1123, 12 mars 2010, p. 37.

⁴² CAA Nantes, 5 mai 2009, SAS Tourlaville Distribution, req., n° 08NT03077 : le juge administratif s'étant penché sur le contenu de l'avis de la commission départementale d'équipement commercial pour motiver sa décision.

⁴³ Devenue la Commission départementale d'aménagement commercial depuis la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008.

par la commission autorisant l'extension commerciale en se référant aux observations émises par la commission selon lesquelles cette dernière ne disposait pas de données fiables concernant les petites surfaces commerciales comprises à l'intérieur du projet qui correspondait dans sa globalité à une surface de 1075 mètres carrés. Il est alors possible d'affirmer que non seulement le recours pour excès de pouvoir peut être formé à l'encontre de la décision originelle, mais surtout qu'il peut se fonder sur les observations jointes à l'avis des Chambres consulaires⁴⁴, conférant à la motivation de ces dernières une valeur prétorienne.

33 – Modification du périmètre – Enfin, le décret d'application n'a pas non plus envisagé de procédure spécifique en cas d'éventuelle modification du périmètre ou de suppression d'une zone de préemption ou de la totalité du périmètre. Dès lors, en application du principe du parallélisme des formes⁴⁵, la procédure de consultation aura vocation à s'appliquer de nouveau⁴⁶. Or, cette difficulté procédurale quant aux modifications postérieures du périmètre apparaît aussi à l'analyse du texte prévoyant les mesures de publicité de la délibération du conseil municipal.

PARAGRAPHE 3 : LES MESURES DE PUBLICITE

34 – Procédure – Le décret du 26 décembre 2007 envisage les mesures de publicité de la délibération du conseil municipal par renvoi au droit commun. Ainsi, selon l'article R.214-2 du Code de l'urbanisme⁴⁷, les mesures de publicité et d'informations doivent se faire « dans les conditions prévues par l'article R. 211-2 » du même Code. Ainsi, la délibération du conseil municipal devra être affichée en mairie pendant un mois et publiée au sein de deux journaux diffusés au niveau départemental.

35 – Effet – Une telle publicité conditionne l'entrée en vigueur de la délibération, les effets juridiques de la délibération dépendent de ces mesures. Ainsi la délibération

⁴⁴ SAVARIT-BOURGEOIS, I., "Le cadre juridique du droit de préemption commercial," *JCP N*, n°10,1123, 12 mars 2010, p. 37.

⁴⁵ Le parallélisme des formes est un principe d'application générale en droit public, selon lequel une décision prise par une autorité, dans des formes déterminées, ne peut normalement être anéantie par elle qu'en respectant les mêmes formes.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Modifié par décret n°2015-914 du 24 juillet 2015 - art. 3.

municipale prendra effet à l'égard des tiers au jour de la réalisation de la dernière mesure⁴⁸. Si cette dernière formalité réalisée est l'affichage en mairie, le décret précise qu'il faudra prendre en compte la date du premier jour d'affichage, et non pas celle de l'expiration du délai d'un mois à compter de l'affichage. Le principe du parallélisme des formes impose que les modalités de publicité et leurs effets soient les mêmes en cas de modification ou de suppression du périmètre de sauvegarde⁴⁹.

36 – Insuffisance des mesures de publicité – De telles mesures ne sont pas suffisantes car malgré les versions précédentes du décret, et la refonte opérée en 2012⁵⁰ et en 2014⁵¹, aucun renvoi n'a été fait à l'article R. 211-3 du Code de l'urbanisme, alors même que cet article impose des mesures de publicités complémentaires. La doctrine a d'ailleurs unanimement⁵² soulevé la difficulté en rappelant l'intérêt de l'article R.211-3 du Code de l'urbanisme applicable en matière de droit de préemption urbain immobilier. Ces dispositions envisagent d'adresser la décision aux instances représentatives de la profession des notaires ou au conseil supérieur du notariat et à la Chambre départementale des notaires, ainsi qu'aux barreaux et greffes des tribunaux de grande instance dans le ressort duquel est institué le droit de préemption. Or, cette exclusion par omission fait peser sur le

⁴⁸ FLAICHER-MANEVAL, E., et REYGROBELLET, A., "Droit de préemption urbain en matière de fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux : décret d'application," *BPIM*, 01/2008 et 02/2008, 2008, p. 7 et 4; HINFRAY, A., "Le nouveau droit de préemption des communes sur les fonds de commerce," *revue loyers et copropriété*, n°6, étude n°6, juin 2008; SAVARIT-BOURGEOIS, I., "Le cadre juridique du droit de préemption commercial," *JCP N*, n°10, 1123, 12 mars 2010, p. 37.

⁴⁹ DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," *Dalloz Action*, septembre 2011, n°62.546.

⁵⁰ Loi Warsamann n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives.

⁵¹ Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises : JORF n°0140 du 19 juin 2014 page 10105 texte n° 1; Décret n° 2015-914 du 24 juillet 2015 modifiant certaines dispositions du code de l'urbanisme relatives au droit de préemption des communes sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce, les baux commerciaux et les terrains faisant l'objet de projets d'aménagement commercial : JORF n°0171 du 26 juillet 2015 page 12791 texte n° 19.

⁵² BLATTER, J.-P., "Le décret d'application du droit de préemption des communes sur les fonds et les baux," *AJDI*, Février 2008, p. 88; BOITUZAT, A., "Le droit de préemption des communes sur les cessions de fonds de commerce et artisanaux et de baux commerciaux," *Revue de droit immobilier*, 2008, p. 313; BROUSSOLLE, Y., "Le décret du 26 décembre 2007 relatif au droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, les fonds artisanaux et les baux commerciaux," *Defrénois*, n° 10, 30 mai 2008, p. 1065; FLAICHER-MANEVAL, E., et REYGROBELLET, A., "Droit de préemption urbain en matière de fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux : décret d'application," *BPIM*, 01/2008 et 02/2008, 2008, p. 7 et 4; SAVARIT-BOURGEOIS, I., "Le cadre juridique du droit de préemption commercial," *JCP N*, n°10, 1123, 12 mars 2010, p. 37; MORENO, D., *Droit de préemption sur les fonds de commerce, artisanaux, les baux commerciaux et les terrains faisant l'objet de projets d'aménagement commercial*, CCIP. AVIS CONTRAIRES de HOSTIOU, R., et STRULLOU, J.-F., *Expropriation et préemption*, Litec 4ème éd., 2011, n°1081; HINFRAY, A., "Le nouveau droit de préemption des communes sur les fonds de commerce," *revue loyers et copropriété*, n°6, étude n°6, juin 2008.

dispositif un doute quant à son caractère suffisamment précis, accessible et prévisible⁵³ et prive les acteurs juridiques principaux en matière d'actes commerciaux de l'information sur le droit de préemption⁵⁴. Ils devront donc être très vigilants lors de la cession d'un fonds ou du droit au bail, en s'informant auprès des services municipaux qui devront répondre à toute demande dans un délai de deux mois⁵⁵. Cette omission est d'autant plus fâcheuse que rien n'impose au conseil municipal d'annexer au plan local d'urbanisme sa délibération⁵⁶. De plus, le certificat d'urbanisme étant un document administratif visant à renseigner sur la situation d'urbanisme d'un bien immobilier, il ne s'exercera pas pour la préemption sur un fonds commercial ou artisanal, ni même le droit au bail⁵⁷.

37 – L'intérêt des documents d'urbanisme – Le plan local d'urbanisme appartient à un ensemble de documents d'urbanisme assurant le respect des droits par leurs caractéristiques et par les critères qu'ils imposent. Ainsi, ils constituent un moyen de diffusion de l'information quant à la détermination par l'autorité publique compétente d'une zone de préemption ; et imposent dans certains cas des critères d'attribution du droit de préemption tant sur le plan géographique que sur le plan de la compatibilité. Ces documents d'urbanisme sont au nombre de quatre : il s'agit des schémas directeurs, des schémas de cohérence territoriale, des plans d'occupation des sols, et des plans locaux d'urbanismes. En matière de droit de préemption, ces documents d'urbanisme peuvent intervenir dans la détermination de critères de mise en œuvre du droit. Il s'agit en effet de s'interroger sur la compétence territoriale et sur la procédure qu'il conviendra de mettre en œuvre par la suite. C'est le cas des droits de préemption urbain qui peuvent être institués sur le territoire de communes dotées d'un POS rendu public ou d'un PLU approuvé. Par ailleurs, la procédure de préemption attribuée au département ne sera pas la même selon que les communes concernées ont, ou non, un POS ou un PLU. La préemption commerciale sur les fonds de commerce ou artisanaux et les baux commerciaux n'est pas assujettie à de tels critères. Ces documents d'urbanisme sont avant tout un gage de respect des droits. Cet aspect est d'autant plus marquant en matière d'expropriation où la compatibilité de la décision

⁵³ CEDH, 22 sept. 1994, Mme Hentrich c/ France, série A, n°296-A ; DS 1995, jurispr. p. 465, note D. Fioline ; LPA 9 juin 1995, n° 69, p.8, note J.-F. Flauss, Voir *Infra* n°297 et s.

⁵⁴ FOUNDOUX, J. P., et GLON, R., "Droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, les fonds artisanaux et les baux commerciaux," *JCP N*, n° 17,1189, 25 avril 2008, p. 73.

⁵⁵ Rép. Min. n°163994, JOAN Q. 19 août 2008, p.7133 se fondant sur la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens et du décret du 6 juin 2001.

⁵⁶ BROUSSOLLE, Y., "Le décret du 26 décembre 2007 relatif au droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, les fonds artisanaux et les baux commerciaux," *Deffrénois*, n° 10, 30 mai 2008, p. 1065.

⁵⁷ HOSTIOU, R., et STRUILLLOU, J.-F., *Expropriation et préemption*, Litec 4ème éd., 2011, n°1082.

d'expropriation est soumise et encadrée par les dispositions inscrites dans ces documents d'urbanisme. En matière de préemption, deux cas auront la même exigence procédurale : il s'agit du droit de préemption dans les espaces naturels sensibles et le droit de préemption des espaces agricoles. Ainsi, dans ces deux cas, la décision de création d'une zone de préemption devra être compatible notamment avec les orientations du SCOT. Cette exigence n'a pas non plus été retenue en ce qui concerne la préemption commerciale et artisanale.

Enfin, une fois la délibération adoptée, et par là même, la zone de préemption déterminée, les documents d'urbanisme deviennent un instrument de diffusion de l'information. Cette mesure de publicité consiste à reporter en annexe du PLU ou du POS le périmètre. Ces mesures sont prévues en matière de zones d'aménagement différé, en matière de protection et mise en valeur des espaces agricoles et naturels périurbains et de droit de préemption urbain⁵⁸ à l'exception du droit de préemption des communes sur les aliénations à titre onéreux de fonds artisanaux, commerciaux et baux commerciaux. Toutefois, par réponse ministérielle⁵⁹, il a été précisé que cette formalité reste à la libre discrétion du maire qui peut spontanément inclure le dispositif au PLU. Or, l'intégration de la décision du conseil municipal au PLU ou au POS a une incidence sur le contrôle de la légalité de ces derniers, de telle sorte que les voies de recours et donc les garanties sont amoindries en cas d'absence d'une telle formalité⁶⁰.

⁵⁸ Article R. 123-13 du Code de l'urbanisme.

⁵⁹ Rép. Min. Grosskost, n°16349, JO AN, 19 août 2008, p. 7133.

⁶⁰ Voir *Infra* n°324.

Section 2 : La période transitoire avant l'entrée en vigueur du décret du 26 décembre 2007

38 – Une loi appliquée sans décret – Vingt huit mois et vingt quatre jours, il s'agit du délai qui a été nécessaire au pouvoir réglementaire afin d'élaborer le décret d'application. Ce délai est objectivement long et l'outil proposé par la loi aux communes répondait à une attente et un besoin : celui de protéger, conserver et maintenir un tissu commercial de proximité correspondant aux besoins premiers du citoyen vivant dans la cité. Face à cette « promesse », les maires ont saisi l'opportunité qui s'offrait à eux en amorçant le processus de préemption dès 2005, sans attendre les précisions matérielles et procédurales du décret. La question de la légalité de ces initiatives a été étudiée dans un premier temps par la doctrine⁶¹ (Paragraphe 1).

39 – Une loi partiellement applicable sans décret – Ce questionnement a abouti devant le Conseil d'État, ouvrant « naturellement » le contentieux de l'excès de pouvoir applicable aux droits de préemption des communes sur les fonds de commerce et artisanaux et baux commerciaux. L'arrêt du 21 mars 2008, Société Mégaron est ainsi la première décision portant sur ce nouveau droit de préemption. Cet arrêt majeur et fondateur, a validé les procédures de préemption déjà engagées en considérant que les précisions réglementaires n'étaient pas indispensables à la mise en œuvre de la préemption tant que la rétrocession n'était pas intervenue (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : LA DELIMITATION DU PERIMETRE DE SAUVEGARDE AVANT LA PUBLICATION DU DECRET

40 – Le temps se dilate et l'espace se contracte – Si la théorie de la relativité renvoie communément aux travaux élaborés par Albert Einstein, cette théorie a été élaborée pour la première fois en 1906 par le physicien Max Planck. Albert Einstein a ainsi complété cette théorie en y apportant une distinction entre la relativité restreinte et la relativité générale. Ainsi, selon le principe de la relativité restreinte, le temps se dilate alors que l'espace se contracte. La relativité générale met en exergue l'influence de la gravité sur l'écoulement

⁶¹ JACQUIN, A., "Le droit de préemption des communes : À propos du projet du décret d'application de la loi du 2 août 2005," *Gazette du Palais*, n° 142, 22 mai 2007, p. 10; JACQUIN, A., "Droit de préemption des communes sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce et les baux commerciaux : Projet de décret (3ème version)," *Gazette du Palais*, n°207, 26 juillet 2007, p. 4.

du temps⁶². L'historique du droit de préemption des communes pourrait servir d'exemple aux théories de la relativité. En effet, nous ne pouvons que constater la dilatation du temps entre la publication de la loi ayant instauré le droit de préemption et la publication du décret, deux ans et quatre mois s'étant écoulés entre ces deux publications ; pendant que l'espace occupé par les commerces de proximités s'est contracté...

41 – L'existence de décisions de préemption prises en dehors du décret d'application

– Si certains⁶³ ont pu considérer que l'impatience avait fini par atteindre les communes, il est incontestablement reconnu que le délai de parution du décret d'application fut exceptionnellement long. De telle sorte que certaines communes ont, par délibération, délimité une zone de préemption commerciale en dehors de tout décret d'application, suscitant des interrogations quant à la légalité du procédé. Selon un rapport de la CCIP⁶⁴, plus d'un tiers des communes de Paris petite couronne étaient concernées. En 2008, la CCIP comptabilisait 38 communes au sein de l'agglomération parisienne avec un périmètre de préemption sur les fonds de commerce et fonds artisanaux et baux commerciaux.

42 – La question de la légalité des décisions – Une telle situation faisait peser un risque de contentieux. La question de la légalité des délibérations et des décisions de préemption devenait prégnante. Dans un premier temps, deux réponses ont été apportées par le ministère⁶⁵, selon lesquelles la parution d'un décret apparaissait comme nécessaire à la mise en œuvre de la loi. Il est alors précisé que ce décret impliquait nécessairement une prise de décision concertée avec les différents ministères concernés par la préemption commerciale⁶⁶. Malgré ces précisions ministérielles, la direction de l'urbanisme a pris position en faveur d'une application directe de la loi, faisant implicitement référence à une jurisprudence de 2000 du Conseil d'État qui impose de considérer le caractère nécessaire ou non d'un décret d'application⁶⁷. Deux positions opposées s'affrontaient donc pendant que le contentieux naissait. L'analyse du ministère a été suivie par le Tribunal administratif de Paris dans un jugement du 2 août 2007, selon lequel l'absence de parution du décret rendait

⁶² www.wikipedia.org, article sur « la théorie de la relativité ».

⁶³ BOITUZAT, A., "Le droit de préemption des communes sur les cessions de fonds de commerce et artisanaux et de baux commerciaux," *Revue de droit immobilier*, 2008, p. 313.

⁶⁴ CCIP, Préempt'co, 2008.

⁶⁵ Question n°89268, JO du 21 mars 2006 – Rép. Min., JO du 25 avril 2006, p.4528 ; Question n°23001, JO Sénat du 04 mai 2006 – Rép. JO Sénat du 10 août 2006, p.2136.

⁶⁶ Le décret fera l'objet «d'une concertation entre le ministère chargé du commerce et de l'artisanat, le ministère chargé de l'équipement et le ministère chargé des collectivités territoriales en l'ensemble des organisations professionnelles et consulaires concernées ».

⁶⁷ CE, 28 juill. 2000, n°204024, Assoc. France Nature Environnement.

impossible l'application de la loi et donc la détermination d'une zone de préemption en faveur du maintien des commerces de proximités. Ainsi le Tribunal considéra « *que la circonstance que le décret d'application prévu à l'article 214-3 de ce Code n'avait toujours pas été publié à la date de la délibération attaquée n'autorisait pas la Ville de Paris à créer un dispositif de protection du commerce et de l'artisanat différent ne reposant sur aucune base légale et portant une atteinte toute particulière au droit de propriété* »⁶⁸.

43 – L'ouverture possible d'un contentieux plus large – La motivation du Tribunal administratif de Paris n'était pas anodine. La voie du référé-liberté était envisageable, puisqu'en effet la décision de préemption fondée sur une délibération illégale et prise en dehors de toute procédure établie, était inévitablement attentatoire à la liberté du commerce et de l'industrie et bien sûr au droit de propriété. Le contentieux restait alors ouvert jusqu'à ce que le Conseil d'État se positionne dans un arrêt Société Mégaron⁶⁹.

PARAGRAPHE 2 : LA LEGALITE DE L'ACTE DE PREEMPTION PRIS HORS DECRET

44 – La réponse du Conseil d'État : la légalité des préemptions – Le recours pour excès de pouvoir étant ainsi ouvert à l'encontre des décisions de préemption, le droit sur les aliénations à titre onéreux de fonds artisanaux, fonds de commerce et baux commerciaux a déjà fait l'objet de ce contentieux. L'espèce était topique puisqu'il s'agissait d'une décision de préemption prise avant l'entrée en vigueur du décret d'application⁷⁰. Le maire d'une commune des Alpes-Maritimes exerça son droit de préemption, issu de la nouvelle loi et codifié à l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme, sur la cession du droit au bail commercial de la Société Megaron. Le 26 juillet 2007, le cessionnaire a alors saisi le juge des référés du Tribunal administratif de Nice d'un recours en référé suspension. Le juge rejeta la demande en suspension de l'exécution. Un recours devant le Conseil d'État est formé par le cessionnaire évincé dont l'intérêt à agir est alors reconnu, et le recours en référé suspension accepté, conformément à la jurisprudence Colladant⁷¹ et Société Actilor⁷²

⁶⁸ TA Paris, 7^e Sect., 2^e ch., 2 août 2007, n°0700962, Préfet de Paris : JurisData n°2007-341119 ; Construction et urbanisme, 2007, comm. 212.

⁶⁹ CE, 21 mars 2008, n°310173, Société Megaron , JurisData n° 2008-073324 ; JCP N, 2008 n°16, 396, Actualité ; RJDA 10/08, n°1008 ; JCP N, 2009 n°13, 1125, Damien Dutrieux.

⁷⁰ CE, 21 mars 2008, n°310173, Société Megaron , JurisData n° 2008-073324 ; JCP N, 2008 n°16, 396, Actualité ; RJDA 10/08, n°1008 ; JCP N, 2009 n°13, 1125, Damien Dutrieux.

⁷¹ CE, 14 nov. 2003, n°258248 : JurisData n°2003-066086 ; JCP A 2004, 1105, obs. Ph. Billet ; JCP A 2003, 2125, obs.. R. Noguellou.

⁷² CE, 23 juin 2006, n°289549 : JurisData n° 2006-070325 ; JCP A 2006, act. 566 ; JCP G 2006, IV, 2578 ; JCP N 2007, 1012 ; Dr. adm. 2006, comm. 143 ; AJDI 2007, p.150, obs. J-F. Struillou ; AJDA 2006, p. 2026, obs. R. Graëffly.

qui posent une présomption simple⁷³ d'urgence lorsque l'action est introduite par l'acquéreur (ou le cessionnaire) évincé.

L'arrêt Société Mégaron amène la haute juridiction administrative à s'interroger sur la question de l'application légale du dispositif du nouveau droit de préemption commercial en dehors de toute publication du décret d'application. Le Conseil d'État a rendu une décision s'appuyant sur une analyse distributive⁷⁴. Ainsi, l'application du premier alinéa de l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme, qui prévoit la procédure de détermination et de délimitation du périmètre, n'est pas manifestement impossible en l'absence de décret. À l'inverse des trois autres alinéas et de l'article L. 214-2 du Code de l'urbanisme, qui nécessitent des précisions réglementaires en vue de leur application. Jusque-là, deux positions s'affrontaient, celle de la direction de l'urbanisme, qui souhaitait favoriser l'application directe de la loi ; et celle du ministère qui préconisait l'attente du décret d'application. Le Tribunal administratif de Paris, lors de son jugement du 2 août 2007, a considéré comme illégale la préemption prise en dehors de tout décret, se conformant à la position officielle du ministère. L'arrêt Mégaron du 21 mars 2008 s'inscrit dans ce contexte qualifié par la doctrine de « *brouillé* »⁷⁵. Le Conseil d'État met ainsi fin à ces interrogations en considérant que la délimitation du périmètre de préemption n'était pas « *manifestement impossible* », allant à l'encontre du jugement du Tribunal administratif et des recommandations du ministère. Le Conseil d'État a finalement, par cet arrêt, fait une application des principes généraux du droit concernant l'application de la loi dans le temps, et plus précisément de l'article 1^{er} du Code civil. Ainsi, par principe, la loi entre en vigueur à sa publication au Journal officiel, ou à défaut, le lendemain, sauf pour les dispositions devant être complétées par un décret. Si des dispositions complémentaires par décret sont prévues, la jurisprudence conditionne l'application de la loi au caractère nécessaire de ces précisions réglementaires ; ce qui implique pour le juge d'apprécier ce caractère. Ainsi, le Conseil d'État fait appel à un faisceau d'indices⁷⁶.

Dans l'arrêt du 21 mars 2008, le Conseil d'État va apprécier le caractère nécessaire des précisions réglementaires en séparant les dispositions de la loi. Le Conseil d'État se refuse alors à effectuer une appréciation en « bloc » du dispositif de préemption, c'est une

⁷³ Présomption combattue par la preuve apportée par la commune de « circonstance particulière » dont le contenu a été précisé notamment dans l'arrêt Sté Actilor, préc. cit. : Voir *Infra* n°80.

⁷⁴ BOITUZAT, A., "Le droit de préemption des communes sur les cessions de fonds de commerce et artisanaux et de baux commerciaux," *Revue de droit immobilier*, 2008, p. 313.

⁷⁵ SAVARIT-BOURGEOIS, I., "Le cadre juridique du droit de préemption commercial," *JCP N*, n°10,1123, 12 mars 2010, p. 37.

⁷⁶ CE, sect., 23 mai 1958, n°42465, Min. Educ. Nat. c/ Weber : Rec. CE 1958, p. 293.

approche qualifiée de « *pointilliste* » par la doctrine⁷⁷. L'analyse retenue ne suit pas les conclusions du commissaire du gouvernement faisant référence au principe général du droit, *specialia generalibus derogant*, ce dernier invite la Haute juridiction administrative à prendre en compte le caractère dérogatoire du dispositif de préemption commerciale par rapport au droit de préemption urbain. Mais le Conseil d'État ne s'est pas engagé dans ce raisonnement se contentant de distinguer de façon chronologique le déroulement de la préemption. Le décret était nécessaire à l'application de la loi seulement en ce qui concerne le dispositif de rétrocession. Ainsi, le dispositif légal suffisait à la mise en œuvre du périmètre de préemption, privilégiant l'esprit de la loi sur la lettre⁷⁸. Cette approche peut se justifier par le fait que le décret avait finalement complété la loi en organisant une procédure non sanctionnatrice en ce qui concernait la détermination de la zone de préemption⁷⁹. En effet, le décret prévoit simplement la consultation pour avis des Chambres consulaires⁸⁰. À l'inverse, les précisions apportées par le décret en ce qui concerne la phase de rétrocession, impliquent la mise en œuvre d'une procédure spécifique et détaillée par le texte réglementaire⁸¹. Cette phase de la procédure ne peut alors être appliquée légalement sans le décret d'application.

45 – L'intérêt de l'arrêt – L'intérêt de cet arrêt est d'avoir permis de poser une règle dans un contexte trouble, mais comme certains auteurs l'ont souligné, la sécurité des transactions n'est pas assurée de par la reconnaissance d'une légalité partielle du dispositif⁸². Même si la situation contentieuse ne s'est pas réalisée, et qu'il s'agisse que d'une hypothèse, que serait-il advenu d'une procédure de préemption mise en œuvre hors décret d'application, alors considérée comme légale dans sa réalisation originale, mais illégale quant à la rétrocession effectuée hors décret, Dans cette hypothèse, l'acte de rétrocession aurait subi la sanction de l'illégalité, retardant un peu plus la procédure. Le Conseil d'État par cette décision a donc voulu « sauver » les décisions de préemption prises

⁷⁷ BILLET, P., "Entrée en vigueur du nouveau droit de préemption des communes sur les fonds de commerce," *JCP A et CT*, n°16,2086, 14 avril 2008, p. 29; SAVARIT-BOURGEOIS, I., "Le cadre juridique du droit de préemption commercial," *JCP N*, n°10,1123, 12 mars 2010, p. 37.

⁷⁸ KENFACK, H., "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*, n° 25,1508, Mars 2008, p.17.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Voir *Supra* n°28 à 33.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² BOSGIRAUD, C., "Libres propos relatifs au droit de préemption sur les cessions de fonds de commerce, fonds artisanaux, de baux commerciaux - Préempter pour rétrocéder..." *JCP N*, n° 16,1179, 18 avril 2008, p. 27; KENFACK, H., "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*, n° 25,1508, Mars 2008, p.17; SAVARIT-BOURGEOIS, I., "Le cadre juridique du droit de préemption commercial," *JCP N*, n°10,1123, 12 mars 2010, p. 37.

et les périmètres ainsi déterminés. Il s'agit d'une décision d'opportunité, car le décret d'application au jour de la décision du Conseil d'État était paru.

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

46 – Les difficultés révélées par l'analyse de la procédure de détermination de la zone géographique de préemption – La délimitation du périmètre de préemption par le conseil municipal résulte d'une délibération motivée et publiée. Deux problèmes principaux ont été mis en exergues par la doctrine, d'une part, les critères devant être retenus pour justifier le choix dans la délimitation du périmètre de sauvegarde ne sont pas définis. D'autre part, la publicité de la délibération prévue par le décret procède par renvoi à des dispositions générales du Code de l'urbanisme, de telle sorte que cette publicité a été caractérisée par la doctrine d'insuffisante.

47 – Les critères incertains quant à la motivation du périmètre – Les motifs invoqués par le conseil municipal pour justifier de la zone de préemption doivent être conformes à l'objectif de la loi. Le dispositif légal instaurant un droit de préemption sur les fonds et baux commerciaux ainsi que les fonds artisanaux, a pour but de protéger et maintenir le commerce de proximité dans son existence comme dans sa diversité. Or, la notion de commerce de proximité n'est pas une notion juridique. Il faudra définir les contours de cette notion en se fondant sur des critères objectifs pour justifier l'immixion de la commune dans le commerce par l'application du droit de préemption. Ces critères objectifs peuvent être de deux sortes : économiques et géographiques. Les critères économiques concernent notamment le secteur d'activité, le volume de commerce et leur nature, la vitalité commerciale. Les critères géographiques prennent en compte tant la zone d'emploi que le caractère du secteur. Ainsi, le décret d'application impose à la commune d'élaborer deux documents : le premier, à caractère géographique, est un projet de plan délimitant le périmètre ; le second, à caractère économique, est un rapport d'analyse de la situation du commerce et de l'artisanat de proximité dans le périmètre visé au projet, ayant pour objet de relever les menaces pesant sur la diversité commerciale et artisanale. Ces documents seront transmis aux CCI et CMA afin qu'elles donnent leur avis sur la délimitation du périmètre. Cet avis motivé sera une base utile pour la commune dans l'élaboration de sa propre motivation. Mais les Chambres consulaires peuvent avoir un avis contraire n'empêchant pas la préemption. Elles peuvent aussi garder le silence emportant avis favorable. Il appartient donc au conseil municipal d'être précis et rigoureux dans la justification du périmètre. Celui-ci doit répondre à un besoin de consommation qui ne serait plus satisfait en raison du

défaut de proximité et de diversité commerciale ou l'artisanal. Le périmètre doit être géographiquement délimité avec précision. Dans le cas contraire un recours pour excès de pouvoir peut être engagé à l'encontre de la délibération du conseil municipal, ouvrant ainsi un contentieux.

48 – La détermination de la zone manifestement possible sans précisions réglementaires – Le droit de préemption des communes a, dès sa genèse, fait l'objet d'un contentieux. En effet, des communes avaient instauré un périmètre de sauvegarde et même préempté des biens commerciaux et artisanaux avant que le décret d'application ne paraisse. Le Conseil d'État, dans un arrêt fondateur, est venu au secours de ces communes impatientes et téméraires, en considérant que ces deux phases de la procédure de préemption pouvaient être mises en œuvre même en dehors de la procédure établie par décret, contrairement à la phase de rétrocession.

49 – L'imperfection des mesures de publicité – Le périmètre délimité par délibération du conseil municipal sera publié. La publication conditionne la prise d'effet du périmètre et donc l'ensemble de la mise en œuvre de la procédure de préemption. L'insuffisance des mesures de publicité est unanimement dénoncée par la doctrine. En effet les principaux acteurs ne sont pas directement informés alors que le Code de l'urbanisme ouvre plus largement la publicité de la préemption en matière immobilière. Cette lacune dans la diffusion de l'information est accentuée par l'absence d'intégration de ce périmètre aux documents d'urbanisme. La vigilance est donc vivement conseillée aux praticiens et aux professionnels intervenants en matière de cession de fonds commerciaux, artisanaux et baux commerciaux, car l'acte de cession encourt la nullité s'il n'intègre pas la procédure de préemption.

CHAPITRE SECOND : LES CONSEQUENCES DE LA MISE EN PLACE DU
PERIMETRE DE PREEMPTION : LE CHOIX D'USER DU DROIT DE PREEMPTION

50 – La déclaration d'intention d'aliéner – Le choix dans la préemption nécessite, en amont, que le cédant informe le titulaire du droit de préemption de son choix d'aliéner à titre onéreux son bien. Cette information est encadrée à la fois par la loi, depuis la réforme du 18 juin 2014, et par l'arrêté du 29 avril 2008 qui instaure un formulaire *Cerfa* dont le contenu n'a pas été modifié malgré la réforme. Ainsi, le formulaire *Cerfa* contient des mentions d'information obligatoires relatives au bien, tel que sa localisation, l'identité du propriétaire. Une mention facultative est signalée comme telle par le formulaire et correspond à l'indication du chiffre d'affaires des trois dernières années. Enfin, certaines informations auraient pu être exigées, comme l'obligation de transmettre le bail commercial et ses avenants, l'identité de l'acquéreur éventuel. Le formulaire devra être adressé à la mairie. Le maire n'a pas l'obligation de transmettre aux services fiscaux, contrairement aux autres droits de préemption urbain. La déclaration d'intention d'aliéner peut être une offre si elle porte sur une cession de gré à gré autorisée par le juge commissaire ; on considèrera la DIA comme une simple information si elle fait suite à une adjudication ; dans tous les cas, il s'agit d'un acte administratif soumis au contrôle du juge administratif. Pouvant être qualifiée de demande au sens de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000, le principe du contradictoire ne s'appliquera donc pas (Section 1).

51 – Le conseil municipal compétent par principe – La décision de préempter appartient, selon l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme, au conseil municipal qui peut déléguer au maire le pouvoir de décision. On parlera usuellement de la commune. La délégation émanera d'une délibération expresse du conseil municipal, d'interprétation stricte, elle dessaisira cette instance du pouvoir de décision. La délégation au maire est révocable à tout moment, mais la subdélégation reste impossible en matière de droit de préemption des communes sur les fonds artisanaux, commerciaux et baux commerciaux. La loi dite « Pinel » du 18 juin 2014 a étendu ces délégations afin de rendre le droit de préemption plus opérant (Section 2).

52 – La décision notifiée et motivée – Le titulaire du droit de préemption aura donc la possibilité de préempter ou de ne pas préempter. Ce choix devra être motivé selon les critères légaux établis par l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme, conformément à

l'objectif d'extension ou d'accueil des activités économiques. Cette conformité sera contrôlée par le juge. Le recours en excès de pouvoir peut être exercé dans les deux mois après la notification de la décision de la commune. La notification du choix dépendra de la forme de l'aliénation du bien commercial ou artisanal. Par principe, le titulaire du droit doit informer le propriétaire du bien soumis à la préemption dans les deux mois qui suivent la réception de la déclaration d'intention d'aliéner. Le silence du titulaire du droit vaut renonciation à user du droit de préemption (Section 3).

Section 1 : La déclaration préalable : une déclaration nécessaire, mais insuffisante

Section 2 : Le titulaire du choix : la commune par principe et par exception ses délégataires depuis la loi du 18 juin 2014

Section 3 : La décision du titulaire du droit de préemption

Section 1 : La déclaration préalable : une déclaration nécessaire, mais restant insuffisante

53 – Procédure – La procédure de préemption impose un préalable logique, à savoir d'informer le titulaire du droit de préemption de l'existence d'une cession dans le périmètre établi par le conseil municipal. En matière de préemption des communes sur les cessions commerciales, l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme dispose, en son alinéa 3, que « *chaque aliénation à titre onéreux est subordonnée, à peine de nullité, à une déclaration préalable faite pas le cédant à la commune* ». Il s'agit de la déclaration d'intention d'aliéner ou DIA. La loi du 18 juin 2014¹ a complété cet alinéa en renforçant l'information de la mairie et la partie réglementaire a été modifiée par le décret du 24 juillet 2015².

54 – Nature juridique de la DIA – La déclaration par le cédant de son intention d'aliéner son bien, situé dans la zone de préemption, est obligatoire. La déclaration d'intention d'aliéner peut être considérée à la fois comme une offre et comme une information. En effet, sa nature juridique va dépendre de la nature de l'opération d'aliénation. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une cession de gré à gré, la DIA peut être qualifiée d'offre de contracter ; en cas d'adjudication, il s'agira d'une information permettant au titulaire de la préemption de se substituer³. Mais cette qualification n'est pourtant pas convaincante, c'est ainsi que Monsieur Périnet-Marquet⁴ définit la DIA comme étant une « *déclaration de l'existence d'une offre faite à un tiers* » dont le caractère est administratif. S'agissant d'un acte administratif, il confère au juge administratif toute compétence⁵.

55 – De la nature naît le régime – Si le régime juridique de la DIA est prévu par le Code de l'urbanisme, le contentieux a fait naître une interrogation sur le point de savoir si la DIA serait une demande au sens des articles 18 à 25-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. Un arrêt

¹ Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises : JORF n°0140 du 19 juin 2014 page 10105 texte n° 1.

² Décret n° 2015-914 du 24 juillet 2015 modifiant certaines dispositions du code de l'urbanisme relatives au droit de préemption des communes sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce, les baux commerciaux et les terrains faisant l'objet de projets d'aménagement commercial : JORF n°0171 du 26 juillet 2015 page 12791 texte n° 19.

³ LIET-VEAUX, G., "Préemption," Fasc. 446-30, *JurisClasseur Administratif*, LexisNexis, 2009.

⁴ PERINET-MARQUET, H., "Droit de préemption et formation du contrat," *AJDI*, 1998, p.25.

⁵ Note ss TA Lyon, 29 sept. 1999 n° 9901897.

de la Cour de cassation du 10 mai 2007⁶ porte sur cette question. Le pourvoi visait l'article 20 de la loi de 2000 selon lequel « *lorsqu'une demande est adressée à une autorité administrative incompétente, cette dernière la transmet à l'autorité administrative compétente et en avise l'intéressé* », de sorte que la Cour de cassation a eu à se prononcer sur la nature de la DIA. Selon la haute juridiction civile, l'article 20 de la loi du 12 avril 2000 n'était pas applicable en l'espèce. Il s'agit alors d'en déduire que la DIA n'est pas une demande. Pourtant, à la lecture de l'attendu il apparaît nécessaire d'être moins affirmatif. En effet, il s'agit d'un arrêt d'espèce, ainsi la Cour de cassation rejette le pourvoi et donc l'application de l'article 20 de la loi du 12 avril 2000 pour des raisons de procédure propres à l'espèce. Le juge administratif précisera ce point dans un arrêt de la Cour administrative d'Appel de Paris du 21 décembre 2007⁷. La Cour s'est interrogée sur la qualification de demande de la DIA au regard de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000. Selon l'article 24, à l'exception des décisions prises par l'administration par suite d'une demande, les décisions dites « individuelles » doivent être motivées après débat contradictoire. La Cour administrative d'Appel de Paris a considéré que la DIA devait « *être regardée comme une demande au sens des dispositions précitées de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000* ». Par conséquent, si la décision de préemption fait suite à une demande, matérialisée par la DIA, au sens de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000, cette décision, sera certes motivée selon les dispositions du Code de l'urbanisme, mais elle ne sera pas soumise au principe du contradictoire. Bien plus, si la DIA est une demande, alors l'article 20 de la loi du 12 avril 2000 s'applique, de telle sorte que la transmission de la demande au mauvais titulaire donne obligation à l'administration de transmettre au titulaire compétent. Or, la réforme de 2014⁸ ayant ouvert par délégation le droit de préemption à d'autres organismes, l'hypothèse d'une transmission erronée de la DIA devient possible, il appartiendra alors à l'administration de transmettre la DIA au titulaire compétent pour connaître de la demande. Le décret d'application⁹ de la loi du 18 juin 2014 a justement pris en compte ce point. Il est alors

⁶ Cass. 3^e Civ., 10 mai 2007, n° 05-214.85 : DEBOUY, C., "La déclaration d'intention d'aliéner est-elle une "demande" au sens de de la loi du 12 avril 2000 ?," *AJDA*, 30 juillet 2007, p. 1543.

⁷ CAA Paris, plén., 21 déc. 2007, SCI Les Terrasses d'Ornano : étude foncière janv.-févr. 2008, p.48, note J.-P. Demouveau ; BACHINI, B., "Les décisions de préemption ne sont pas soumises à la procédure contradictoire prévue par la loi du 12 avril 2000," *AJDA*, 2008, p.653; PECHEUL, A., "Cour administrative d'appel de Paris . - Décisions d'octobre 2007 à janvier 2008," *JCP A et CT*, n°24,2143, 9 juin 2008.

⁸ Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises : JORF n°0140 du 19 juin 2014 page 10105 texte n° 1.

⁹ Décret n° 2015-914 du 24 juillet 2015 modifiant certaines dispositions du code de l'urbanisme relatives au droit de préemption des communes sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce, les baux commerciaux et les terrains faisant l'objet de projets d'aménagement commercial : JORF n°0171 du 26 juillet 2015 page 12791 texte n° 19.

expressément prévu aux articles R. 214-4 à R. 214-8 du Code de l'urbanisme, que le maire transmet la demande en cas de délégation du droit de préemption.

56 – Une déclaration obligatoire – La déclaration d'intention d'aliéner incombe au cédant du fonds de commerce, fonds artisanal ou du droit au bail. Il s'agit d'une obligation mise à sa charge ou à la charge de son mandataire. Selon l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme, la déclaration préalable doit être faite à peine de nullité de l'acte de cession. L'action est ouverte devant le TGI du lieu de situation du fonds ou de l'immeuble soumis à bail¹⁰. Cette obligation est envisagée de façon large par la jurisprudence déjà établie en matière de droit de préemption, et visant l'article L. 213-2 du Code de l'urbanisme. Ainsi, la Cour de cassation a retenu la nullité de l'acte de cession en raison d'une déclaration irrégulière¹¹. Or, dans quelle mesure la jurisprudence fondée sur l'article L. 213-2 du Code de l'urbanisme pourra trouver application dans le cadre de la préemption commerciale non régie par l'article L. 213-2 du code de l'urbanisme ? Si le contentieux était soumis au juge¹², il apprécierait souverainement cette question. Il est malgré tout permis de conclure à la possible transposition de la jurisprudence au cas de la préemption commerciale. En effet, l'article L. 213-2 du Code de l'urbanisme dispose en son alinéa premier que « *cette déclaration [...] comporte obligatoirement l'indication du prix et des conditions de l'aliénation projetée* ». Or, la jurisprudence se fonde sur cette précision textuelle pour qualifier d'irrégulière une DIA transmise sans ces mentions. En matière de préemption commerciale, l'exigence est la même : le prix et les conditions de la cession doivent apparaître dans la déclaration, à la seule différence que le mot « *obligatoirement* » n'est pas repris par les dispositions relatives à la préemption commerciale.

Quant à la prescription de l'action en nullité, elle est expressément prévue en matière de droit de préemption urbain à l'article L. 213-2 dernier alinéa du Code de l'urbanisme, contrairement au droit de préemption des communes sur les fonds commerciaux, artisanaux et baux commerciaux. Un renvoi au droit commun s'impose. La prescription de l'action en nullité est de 5 ans¹³. Mais aucune disposition expresse n'envisage le point de départ du délai de prescription. Plusieurs hypothèses sont envisageables : le point de départ pourrait être la prise d'effet de la cession, soit entendu comme étant la date des publicités

¹⁰ Article R. 214-10 du Code de l'urbanisme.

¹¹ Cass., 3^e civ., 4 novembre 1998, n° 96-20.031 : *Constr.-urb.* 1999, comm. 63, note J.-R. Etchegaray ; RD imm.1999, p. 116.

¹² Compétence du Tribunal de Grande Instance du lieu de situation de l'immeuble dont dépendent les locaux loués : article R. 214-10 du Code de l'urbanisme.

¹³ DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," Dalloz Action, septembre 2011, n° 62.602.

obligatoires en matière de cession de fonds commerciaux, soit au sens de l'article 2224 du Code civil selon lequel le délai de prescription court à compter de la connaissance par le titulaire du droit. Or, si le délai de prescription est celui de droit commun son régime sera aussi celui du droit commun. Le point de départ du délai de cinq ans pour agir en nullité de la cession effectuée en violation de l'obligation de déclaration sera le jour de la connaissance par le titulaire du droit de préemption de la violation¹⁴.

57 – La DIA incomplète ou erronée – Le sort de la déclaration variera selon qu'il s'agisse d'une erreur ou d'une lacune. Ainsi, selon Messieurs Hostiou et Struillou¹⁵, il faut distinguer la DIA incomplète de la DIA erronée. La première correspondant à une lacune dans la transmission d'une information ou d'un document, inopposable à l'administration, permettant malgré tout la prise de décision¹⁶; la seconde rend impossible la décision du titulaire du droit de préemption en raison de l'absence de toute indication sur les conditions de l'aliénation¹⁷. Est-il alors possible de rectifier une irrégularité? Selon la doctrine¹⁸, la rectification est possible par l'envoi d'une nouvelle DIA régulière avant toute décision par le titulaire du droit. Cette procédure fait alors courir un nouveau délai¹⁹. L'enjeu dans une telle situation réside dans le fait qu'une décision de préemption ou de non préemption prise sur le fondement d'une DIA irrégulière entache la validité de la décision. En effet, le titulaire du droit de préemption s'appuyant sur un document imparfait quant aux conditions de l'aliénation ne pourra prendre une décision libre et éclairée. La décision prise par l'administration, au sens générique, pourra alors faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif compétent pour connaître de la légalité d'un acte de nature administrative²⁰. Ce recours pourra être exercé par toutes personnes concernées par la décision de la commune, il s'agit du cédant du fonds ou droit au bail commercial et le bailleur.

58 – Le déclarant – Selon l'alinéa 3 de l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme, « chaque aliénation à titre onéreux est subordonnée [...] à une déclaration préalable faite

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ HOSTIOU, R., et STRUILLLOU, J.-F., *Expropriation et préemption*, Litec 4ème éd., 2011, n°549.

¹⁶ LIET-VEAUX, G., "Préemption," Fasc. 446-30, *JurisClasseur Administratif*, LexisNexis, 2009.; CA Paris, 23 avril 1981 : RD imm. 1982, p. 225.

¹⁷ HOSTIOU, R., et STRUILLLOU, J.-F., *Expropriation et préemption*, Litec 4ème éd., 2011, n°459; LIET-VEAUX, G., "Préemption," Fasc. 446-30, *JurisClasseur Administratif*, LexisNexis, 2009.

¹⁸ HOCREITERE, P., "Fasc. 2-3, n°16," Tome 3, *L'urbanisme et les collectivités locales*, Sofiac, 2013.; DUTRIEUX, D., "La rectification d'une erreur contenue dans une déclaration d'intention d'aliéner: les pièges à éviter," *JCP N*, n°3, 1016, 16 janvier 2004, p.58.

¹⁹ CAA Bordeaux, 27 mars 2006, B. : AJDA 2006, p.1239.

par le cédant à la commune ». La particularité du droit de préemption commercial implique que la rédaction de cet article diffère de la rédaction classique en matière de droit de préemption urbain . En effet, dans le cadre des dispositions communes au droit de préemption urbain, l'article L. 213-2 du Code de l'urbanisme vise « *le propriétaire* » comme créancier de l'obligation de déclaration. La différence de terminologie s'explique par la nature du bien soumis à la préemption. Ainsi, en matière de préemption urbaine, cette dernière s'exerce sur un bien immobilier alors que le droit de préemption des communes porte, soit sur un bien mobilier incorporel, soit sur un droit de créance, de telle sorte qu'il est effectivement possible d'être propriétaire d'un bien mobilier, même incorporel, mais la notion de propriété est exclue quant au droit de créance.

59 – La rétractation du déclarant – En matière de droit de préemption urbain, la jurisprudence²¹ a admis la possibilité pour le déclarant de se rétracter. Cette faculté est circonscrite dans un délai. En effet, tant que le titulaire du droit de préemption n'a pas notifié sa décision, la rétractation reste possible. Mais un tel comportement de la part du déclarant pose d'autres questions. Ainsi, si la déclaration est motivée par la volonté d'aliéner le bien soumis à la préemption, la rétractation de la déclaration implique *de facto* la rétractation dans la volonté d'aliéner. Or, d'un point de vue contractuel, la vente est parfaite dès l'accord sur la chose et sur le prix, de telle sorte que tant que l'administration n'a pas pris de décision, il n'y a pas d'accord sur la chose et surtout sur le prix. Le déclarant pourra se rétracter sans prendre le risque de commettre une faute impliquant réparation. Mais il en va autrement pour le cas où le bien soumis à la préemption a déjà trouvé acquéreur, ce dernier attendant la purge du droit de préemption pour que le transfert de propriété soit opérant, la possibilité de se rétracter n'est plus aussi évidente, car il s'agira bien plus d'une rupture de contrat que d'une faculté de rétractation.

60 – La DIA transmise par mandataire – La DIA peut être transmise et même complétée par un mandataire qui, en matière de préemption urbaine, est bien souvent un notaire. Mais un avocat, un expert comptable, voire un agent immobilier, pourra être habilité à remplir cette obligation lorsqu'il s'agira d'une cession de fonds ou de droit au

²⁰ TA Lyon, 29 sept. 1999, n° 9901897

²¹ CAA Paris, 28 juin 1994, Cne Meudon : JurisData n° 1994-046754 ; Defrénois 1995, art. 36074 ; AJPI 1994, p. 660. - V. aussi CE, 22 févr. 1995, Cne Veyrier-du-Lac : JurisData n° 1995-600257 ; Dr. adm. 1995, comm. 234 ; CJEG 1995, p. 229, concl. Ch. Maugué. - CAA Lyon, Ire ch., 2 févr. 1999, n° 95LY00672, Cne Châillon-sur-Chalaronne : JurisData n° 1999-042924 ; Gaz. Pal. 1999, 2, pan. dr. adm. p. 214 ; AJDI 2000, p. 950.

bail. La Cour de cassation, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil retient que le notaire peut être tenu responsable des lacunes d'une déclaration²². Or, tout professionnel rédacteur d'acte est tenu par une obligation de conseil, de telle sorte qu'en matière de préemption commerciale, le rédacteur de la DIA se doit de vérifier avec attention que le contenu en est précis, sans lacunes, sans oublier de joindre la copie de son mandat²³.

61 – Le formulaire Cerfa et son contenu non modifié malgré la réforme de 2014 – La déclaration préalable est soumise à un certain formalisme, réglementé par l'arrêté du 29 avril 2008 et modifiant l'article A. 214-1 au Code de l'urbanisme, selon lequel « *la déclaration préalable prévue par les articles L. 214-1 et R. 214-4 doit être établie conformément au formulaire enregistré par la direction générale de la modernisation de l'État sous le numéro Cerfa 13644*01* ». Les informations contenues dans la déclaration, ainsi que le cas échéant les pièces éventuellement jointes au dossier, seront opposables à la commune²⁴. Le contenu de la DIA est ainsi prévu par les textes, les mentions figurant au formulaire sont donc obligatoires, certaines seront précisées comme facultatives et enfin, d'autres ne sont même pas visées par le formulaire.

Les informations obligatoires devant être transmises à la commune correspondent au bien soumis à la préemption. Ainsi, il s'agira de l'identité et de la domiciliation du propriétaire du fonds et la localisation du fonds. De même pour le bail, il est nécessaire d'indiquer le nom du titulaire du droit au bail et l'identité du bailleur, ainsi que la date de la signature du bail et le montant du loyer²⁵. Par ailleurs, les modalités de la cession doivent figurer dans la déclaration, c'est-à-dire le mode de transmission du bien, vente amiable ou par adjudication, le prix de la cession et les modalités de paiement²⁶. Une rubrique²⁷ sur l'identité du mandataire chargé de remplir le formulaire est prévue et complétée par l'indication de l'adresse souhaitée pour la notification par la commune de la décision. Il est, à la rubrique 5, envisagé un droit de délaissement, permettant au déclarant soit d'informer la commune de l'existence d'un acquéreur, soit de formuler une demande d'acquisition par

²² Cass., 1^{er} Civ., 12 juillet 2007, n° 06-15.633 : Juris-Data n°2007-040104.

²³ DUTRIEUX, D., "Droit de préemption communal sur les fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux, publication du formulaire de déclaration préalable," *JCP N*, n° 15,370, 11 avril 2008, p. 3.

²⁴ Cass. 3^e Civ., 30 mai 1996 : AJPI 1997, p. 36-37, obs. A. Lévy ; Cass. 3^e Civ., 17 février 1999 : Const. Urb. 1999, comm. 220, p. 18, obs. P. Cornill : DUTRIEUX, D., "L'opposabilité des conditions contenues dans une déclaration d'intention d'aliéner," *JCP N*, n°20,1283, 17 mai 2002, p.708.

²⁵ Formulaire *Cerfa* 13644*01 : Rubrique 1, 2 et 3-1 à 3-4, BILLET, P., "L'entrée en vigueur du droit de préemption sur les cessions en matière commerciale et artisanale : un formulaire incomplet et d'une légalité douteuse," *JCP A et CT*, n°16, 329, 14 avril 2008, p. 3.

²⁶ Formulaire *Cerfa* 13644*01 : Rubrique 4.

²⁷ Formulaire *Cerfa* 13644*01 : Rubrique 6 et 7.

cette dernière. Cette rubrique suscite une large critique de la part de la doctrine²⁸. En effet, ce droit est tout à fait inadapté aux particularismes du droit de préemption des communes sur les biens commerciaux et artisanaux, et ne peut être instauré que par dispositions légales. Le droit de délaissement est une faculté octroyée au propriétaire d'un immeuble de solliciter l'acquisition anticipée du bien visé par un projet d'aménagement et d'urbanisme, ou grevé d'une servitude administrative²⁹. Le droit de délaissement permet à la collectivité de se prononcer sur cette acquisition dans un délai d'un an dès réception de la demande. Le prix est payé dans un délai de deux ans si la préemption est basée sur un accord amiable. Dans le cas contraire le prix est fixé par le juge de l'expropriation³⁰. Mais ces mesures ne seront pas applicables au droit de préemption commercial et artisanal, cette rubrique permet surtout au déclarant de préciser à la commune la situation de la cession.

Une information est en revanche facultative au sein du formulaire « officiel » malgré la réforme de 2014. Il s'agit de la mention du chiffre d'affaire des trois dernières années. Or, un tel renseignement, de par son importance, devrait être obligatoirement transmis à la commune³¹. En effet, le chiffre d'affaire ainsi que le bénéfice, des trois dernières années, sont la base d'évaluation du prix de vente d'un fonds³². L'indication « *facultatif* » figure uniquement devant cette information. Pour autant, la rubrique 8 intitulée « *observations éventuelles* » permettant d'ajouter certaines informations que le déclarant pourrait considérer comme nécessaires³³. Mais cette rubrique pourrait bien devenir incontournable au regard des lacunes de ce formulaire. En effet, le formulaire fait preuve d'un manque de réalisme. Si la mention du montant du loyer est obligatoire, rien n'est indiqué en revanche

²⁸ BILLET, P., "L'entrée en vigueur du droit de préemption sur les cessions en matière commerciale et artisanale : un formulaire incomplet et d'une légalité douteuse," *JCP A et CT*, n°16, 329, 14 avril 2008, p. 3; DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," *Dalloz Action*, septembre 2011, n° 62-605; DUTRIEUX, D., "Droit de préemption communal sur les fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux, publication du formulaire de déclaration préalable," *JCP N*, n° 15,370, 11 avril 2008, p. 3; RAPP, L., "Le fonds de commerce, une notion pragmatique et pleine de vitalité : L'appréhension du fonds de commerce par les politiques publiques : activités commerciales, prérogatives publiques et développement local," *Gazette du Palais*, n° 155, 4 juin 2009, p. 22.

²⁹ GATEAU LEBLANC, N., *Montage d'opérations d'aménagement*, EFE, 2012, p.137.

³⁰ Articles L. 230-1 à L. 230-6 du Code de l'urbanisme.

³¹ BON-JULIEN, E., "Le droit de préemption "commercial" : un droit inapplicable?," *Petites affiches*, n° 75, 15 avril 2009, p. 8; DUTRIEUX, D., "Droit de préemption communal sur les fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux, publication du formulaire de déclaration préalable," *JCP N*, n° 15,370, 11 avril 2008, p. 3; RAPP, L., "Le fonds de commerce, une notion pragmatique et pleine de vitalité : L'appréhension du fonds de commerce par les politiques publiques : activités commerciales, prérogatives publiques et développement local," *Gazette du Palais*, n° 155, 4 juin 2009, p. 22 ; REZEK, S., *Achat et vente de fonds de commerce*, Litec, 6ème éd., 2014, n°370

³² MARCHAND, D., et SCHÜTZ, R.-N., "La purge du droit de préemption commercial," *Defrénois*, n°11, 15 juin 2009, p.1109. : Voir *Infra* n°181 et 182.

³³ DUTRIEUX, D., "Droit de préemption communal sur les fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux, publication du formulaire de déclaration préalable," *JCP N*, n° 15,370, 11 avril 2008, p. 3.

quant au contrat et à la possibilité de joindre à la déclaration une copie du bail commercial, des renouvellements et des avenants éventuels, tels qu'existant au jour de la déclaration. Or, la commune, en préemptant, se substituera au titulaire du droit au bail et sera ainsi soumise aux droits et obligations y figurant. Il aurait été utile de prévoir la transmission au préalable du bail commercial, ainsi que de tout document lié au bail, afin que la commune préempte en toute connaissance de cause³⁴. Bien plus, le formulaire ne fait pas mention de la nécessité d'informer la commune sur l'identité de l'éventuel acquéreur. Cette lacune a fait l'objet de critique de la part de la doctrine³⁵. En effet, l'information sur l'identité de l'acquéreur du fonds ou du droit au bail aurait été déterminante, afin que la commune motive sa décision de préempter conformément à l'objectif d'intérêt général de la loi³⁶. Le droit de préemption des communes sur les aliénations à titre onéreux de fonds artisanaux ou commerciaux et baux commerciaux, a pour but de maintenir le commerce de proximité, or la commune n'aurait aucun besoin de préempter si l'acquéreur remplit déjà ce critère. À l'inverse, si l'acquéreur ne correspond pas à l'exigence de la loi, la commune remplirait son rôle en préemptant. Mais une telle information ne figure pas dans la DIA. Le caractère facultatif de cette mention a d'ailleurs été retenu par la jurisprudence³⁷.

Le contenu du formulaire a fait l'objet d'une question parlementaire³⁸ qui relève que la déclaration préalable « *comporte le minimum de renseignements* » sur le cédant et notamment quant à l'information sur le chiffre d'affaire et sur les intentions de l'acquéreur éventuel. La réponse apportée est loin d'être satisfaisante et renvoie à l'existence d'une rubrique « observation éventuelle » qui remplirait le rôle de palliatif des manques de cohérence du dispositif face aux exigences de la réalité du commerce ; ces informations

³⁴ DUTRIEUX, D., "Droit de préemption communal sur les fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux, publication du formulaire de déclaration préalable," *JCP N*, n° 15,370, 11 avril 2008, p. 3; MARCHAND, D., et SCHÜTZ, R.-N., "La purge du droit de préemption commercial," *Deffrénois*, n°11, 15 juin 2009, p.1109; MUTELET, C., PRIGEN, J., et RODRIGUEZ, M. L., "Réforme du régime des baux commerciaux," *Revue des Loyers*, n° 949, 2014.

³⁵ BON-JULIEN, E., "Le droit de préemption "commercial" : un droit inapplicable?," *Petites affiches*, n° 75, 15 avril 2009, p. 8; CERATI-GAUTHIER, A., "Précisions sur le droit de préemption des communes en cas de cession de fonds artisanaux, de fonds de commerce ou de baux commerciaux," *Annales des loyers*, n°7, Juillet 2007, p. 1608; DUTRIEUX, D., "Droit de préemption communal sur les fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux, publication du formulaire de déclaration préalable," *JCP N*, n° 15,370, 11 avril 2008, p. 3; RAPP, L., "Le fonds de commerce, une notion pragmatique et pleine de vitalité : L'appréhension du fonds de commerce par les politiques publiques : activités commerciales, prérogatives publiques et développement local," *Gazette du Palais*, n° 155, 4 juin 2009, p. 22.

³⁶ DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," *Dalloz Action*, septembre 2011 n° 62-604; MARCHAND, D., et SCHÜTZ, R.-N., "La purge du droit de préemption commercial," *Deffrénois*, n°11, 15 juin 2009, p.1109.

³⁷ Cass., 3^e civ., 8 octobre 2008, n° 07-15.935 : *JurisData* n° 2008-045293 ; *JCP N* 2008, n°50, 1355, note D. Dutrieux ; *BRDA* 21/08, note n°13.

³⁸ Question écrite n° 04864, *JO Sénat* du 19.06.2008, p. 1186 – réponse publiée au *JO Sénat* du 28.08.2008, p. 1727.

étant considérées comme confidentielles, leur transmission est donc laissée à la libre discrétion du cédant.

62 – La réforme du contenu de la DIA – L'alinéa 3 de l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme a été complété par la loi du 18 juin 2014. Il s'agissait de répondre aux critiques relatives à l'insuffisance des mentions du formulaire *Cerfa*. Selon la loi, il est obligatoire de transmettre à la mairie « *le prix, l'activité de l'acquéreur pressenti, le nombre de salariés du cédant, la nature de leur contrat de travail et les conditions de la cession. Elle comporte également le bail commercial, le cas échéant, et précise le chiffre d'affaires lorsque la cession porte sur un bail commercial ou un fonds artisanal ou commercial* »³⁹. Plusieurs précisions peuvent être notées, tout d'abord, la loi ne prévoit pas une information sur l'identité de l'acquéreur, mais sur l'activité de celui-ci. En effet, le risque de collusion ou de discrimination est trop important. La mention de l'activité a un caractère plus objectif et répond, malgré tout, au problème soulevé dans la pratique concernant le choix de préempter et la motivation de la commune. Il faut rajouter à cela que l'acquéreur pressenti est surtout « potentiellement pressenti ». En effet, bien souvent les périmètres de préemption sont établis sur des zones en difficulté économique et parfois même en difficulté sociale. Aussi, dans cette situation, le commerce cédé ne trouve pas forcément acquéreur ; il peut apparaître évident que la mention ne figurera donc pas à la déclaration. Mais peut-il être déduit de l'obligation légale impérieuse, et soumise à la nullité, que l'absence d'activité de reprise devra aussi faire l'objet d'une information ? La prudence des rédacteurs d'acte imposera de préciser aussi l'absence d'activité de reprise. En ce qui concerne ensuite la déclaration obligatoire du nombre de salariés du cédant et la nature de leur contrat de travail. L'existence de contrats de travail est déterminante dans le choix de la préemption. La difficulté réside dans l'incertitude conventionnelle attachée à la gestion des contrats de travail pendant la période intermédiaire. En effet, ces contrats, en application des dispositions d'ordre public du Code du travail, sont transmis avec l'activité. Aussi, la commune devient employeur. Mais le statut de ces salariés, ayant un employeur de droit public, pose des difficultés dans la pratique, sans oublier l'aspect financier imposant à la commune des frais supplémentaires, étant redevable des salaires et charges sociales, en plus des loyers commerciaux. Il faut relever que la rédaction de la loi rend obligatoire la simple

³⁹ DUMONT-LEFRAND, M.-P., "Baux commerciaux : mai 2013 - mai 2014," *Dalloz*, 2014, p.1659; "Le point sur : Baux commerciaux : la loi Pinel réforme tous azimuts," *BPMI*, 4/14, Juillet 2014, n°220, p.18; BLATTER, J.-P., "Le bail commercial dans le projet de loi relatif à l'artisanat, au commerce et aux TPE," *AJDI*, 2014, p.118; GOURAUD, C., "La pratique notariale des baux commerciaux après la loi Pinel du 18 juin 2014," *Defrénois*, n°17, 15 septembre 2014, p. 902.

mention de ces informations, mais pas la transmission des documents contractuels. Ce manque de précision juridique est critiquable, même si elle sera en pratique palliée par le sérieux des rédacteurs d'actes qui s'attacheront à transmettre aux communes des dossiers complets. Par ailleurs, la loi précise que les conditions de la cession doivent être transmises avec la DIA. Cet élément de la déclaration est une formule générale déjà présente dans l'ancien texte. Il s'agit d'une référence commune à toutes les préemptions urbaines. Le terme de « *cession* » peut être entendu comme étant le contrat de vente se formant par l'accord sur le prix et la chose. Dès lors, cette mention semble viser les informations sur le bien préempté. Il s'agit donc de décrire précisément le bien objet de la déclaration, c'est du moins ce qu'il est possible d'en déduire. De plus, le bail commercial devra fait l'objet d'une transmission. Il s'agit d'un aspect essentiel. Il paraissait étonnant, voire absurde, que la commune puisse acquérir un droit dont son contenu lui était inconnu. L'absence d'informations, et donc de visibilité, ne permettait pas aux communes de s'engager avec suffisamment de clairvoyance. Or, les enjeux économiques et financiers sont, en matière d'urbanisme, très importants. L'obligation ainsi faite de transmettre le bail commercial, dès la déclaration préalable, connecte, enfin, le droit de préemption commercial et artisanal à la réalité économique. Aussi fondamentale que soit cette transmission, elle n'est pas suffisante. Le bail commercial, en tant que tel, est le fondement d'une relation contractuelle qui se veut de longue durée, et bien des événements jalonnent son existence. Il est impératif, dans un souci de complétude et de cohérence, de transmettre en plus du bail commercial, les renouvellements, mais aussi, à l'aune de la nouvelle loi du 18 juin 2014, l'état des lieux d'entrée, les inventaires des charges, impôts, taxes et redevance ainsi que les états récapitulatifs annuels, les coûts des travaux transmis à chaque période de renouvellement et l'état récapitulatif des travaux déjà réalisés. Enfin, La prise en considération du chiffre d'affaires des trois dernières années est fondamentale, car il s'agit d'une des bases d'évaluation du fonds de commerce. Plusieurs méthodes d'évaluation du fonds existent, méthodes empiriques et mathématiques. Or, dans le cadre des méthodes mathématiques, la base de calcul n'est pas simplement liée au chiffre d'affaire, mais aussi au bénéfice. Ainsi deux observations doivent être faites : d'une part, la simple mention du chiffre d'affaires est insuffisante, le bénéfice réalisé aurait dû être visé par la loi ; d'autre part, l'emploi du singulier : « *LE* » chiffre d'affaires, met en exergue une totale incompréhension par le législateur de la réalité économique. Il est évidemment insuffisant de connaître le chiffre d'affaires sur un seul exercice. Il faut alors supposer que la loi avait, dans son esprit, envisagé le chiffre d'affaires des trois dernières années. Par ailleurs, de la

même manière que pour les contrats de travail, la loi aurait dû être plus précise et viser la transmission des documents comptables de fin d'exercice des trois dernières années. Il faut donc conseiller au rédacteur d'acte une grande complétude dans ce domaine. Bien entendu, l'indication du chiffre d'affaires des trois dernières années ne sera qu'indicative pour le cas d'une cession du droit au bail, puisque son évaluation fait appel à d'autres critères propres au bail. La volonté du législateur de mieux encadrer la déclaration préalable faite aux communes était motivée par un souci d'harmonisation des procédures de préemption. Mais, le dispositif antérieur avait mis en place une procédure organisée en strates textuelles. Ainsi, la loi à l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme visait de façon générique « *le prix et les conditions de la cession* », renvoyant pour plus de précisions à la partie réglementaire. Mais l'article R. 214-4 du Code de l'urbanisme renvoie lui-même à un arrêté ministériel inséré au Code à l'article A. 214-1, selon lequel « *la déclaration préalable prévue par les articles L. 214-1 et R. 214-4 doit être établie conformément au formulaire enregistré par la direction générale de la modernisation de l'État sous le numéro Cerfa 13644*01* ». Depuis la loi du 18 juin 2014, l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme prévoit précisément le contenu de la déclaration préalable. Mais le formulaire *Cerfa* n'a pas été modifié. Dans la pratique coexiste donc le formulaire *Cerfa* imprécis et incomplet ; et les obligations législatives, dont le formalisme de transmission n'est pas précisé. De façon concrète, il apparaît nécessaire de remplir le formulaire *Cerfa* complété des informations que la loi impose. Mais d'un point de vue juridique, il faut s'interroger sur la pérennité du texte réglementaire. En application de l'article 1^{er} du Code civil, et selon le principe de la permanence des lois et règlements, l'abrogation doit être expresse. Ainsi, les arrêtés et règlements survivent aux lois dont ils procèdent, sauf s'ils sont devenus inconciliables avec les règles fixées par la nouvelle législation. Il serait alors possible de considérer l'arrêté comme abrogé, car même s'il semble « conciliable » de par la possibilité de transmettre les informations légales en plus du formulaire, l'absence dans le formulaire des mentions légales le rend incompatible avec la loi. Bien plus, le maintien en vigueur du formulaire expose tout professionnel à l'engagement de sa responsabilité, dans l'hypothèse où il se contenterait du formulaire, qui est incomplet, ou s'il ne le complétait que partiellement au regard des informations devenues obligatoires par l'effet de la loi.

63 – La transmission du formulaire à la commune – Selon le droit commun de la préemption urbaine, la déclaration préalable doit être adressée « *à la mairie de la commune où se trouve situé le bien* », et « *le maire en transmet copie au directeur des services*

fiscaux »⁴⁰. Mais ces dispositions renvoient à la préemption établie par l'article L. 211-5 du Code de l'urbanisme. Cette préemption urbaine porte sur les biens immobiliers, ce qui exclut le droit de « préemption commercial » qui porte, soit sur un bien mobilier incorporel, soit sur un droit de créance. Dès lors, le droit de préemption des communes sur les aliénations de fonds et de baux commerciaux, est un droit particulièrement exceptionnel. Ainsi selon l'adage « *Specialia generalibus derogant* », il n'y a pas d'obligation de transmission aux services fiscaux. Par conséquent, la transmission de la DIA est régie par l'article R. 214-4 alinéa 2 du Code de l'urbanisme selon lequel « *la déclaration en quatre exemplaires est adressée au maire de la commune où est situé le fonds, l'immeuble dont dépendent les locaux loués ou le terrain portant les commerces* », mais cette règle ne prend pas en compte la réforme⁴¹ du 22 mars 2012, ayant ouvert l'application de la préemption à l'apport en capital d'un fonds ou du bail⁴². Le décret du 24 juillet 2015⁴³ a modifié l'article R. 214-4 afin de prendre en considération la réforme du 18 juin 2014 qui permet la délégation de l'élaboration du droit de préemption aux établissement public de coopération intercommunale⁴⁴ et la délégation de l'exercice du droit de préemption⁴⁵. Ainsi le dernier alinéa de l'article R.214-4 est aujourd'hui ainsi rédigé : « *lorsque la commune a délégué son droit de préemption, le maire transmet la déclaration au délégataire. Lorsque le délégataire est un établissement public de coopération intercommunale ayant lui-même délégué ce droit, en application du second alinéa de l'article L. 214-1-1, son président transmet à son tour la déclaration à son délégataire* ». L'obligation qui pèse sur l'administration de transmettre la déclaration à l'instance décisionnaire s'applique de la même façon lorsque la procédure de préemption résulte d'une cession amiable, d'une adjudication⁴⁶ ou d'une cession de gré à gré⁴⁷.

64 – La légalité de la déclaration d'intention d'aliéner – La rubrique n° 5 du formulaire *Cerfa* fait apparaître un « droit de délaissement » au profit de la commune. Ainsi est-il possible, pour le déclarant, de choisir entre deux options : soit il sollicite de la

⁴⁰ Article R. 211-7 du Code de l'urbanisme.

⁴¹ Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives.

⁴² Voir *Infra* n°380 et 381.

⁴³ Décret n° 2015-914 du 24 juillet 2015 modifiant certaines dispositions du code de l'urbanisme relatives au droit de préemption des communes sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce, les baux commerciaux et les terrains faisant l'objet de projets d'aménagement commercial : JORF n°0171 du 26 juillet 2015 page 12791 texte n° 19.

⁴⁴ Article L. 214-1 du Code de l'urbanisme.

⁴⁵ Article L. 214-1-1 du Code de l'urbanisme.

⁴⁶ Article R. 214-7 du Code de l'urbanisme.

⁴⁷ Article R. 214-8 du Code de l'urbanisme.

commune l'acquisition du bien, soit il communique l'information sur l'existence d'un acquéreur. L'ajout de ce choix résulte de l'arrêté du 29 avril 2008 et non de la loi, en sorte que la doctrine a émis un doute⁴⁸ sur la légalité de cette rubrique. En effet, le droit de préemption est un droit d'interprétation stricte, la loi ayant institué le droit de préemption « commercial et artisanal » s'applique par renvoi⁴⁹ aux articles L. 213-4 à L. 213-7 du Code de l'urbanisme. Or, aucune de ces dispositions ne fait état d'un droit de délaissement envisagé aux articles L. 211-5 et L. 212-3 du Code de l'urbanisme, concernant respectivement le droit de préemption urbain et le droit de préemption en zone d'aménagement différé. Selon Philippe Billet⁵⁰, le formulaire est entaché d'une illégalité d'ordre public, « le Ministre chargé de l'équipement ne peut instaurer de son seul chef » un droit de délaissement.

⁴⁸ DUTRIEUX, D., "Droit de préemption communal sur les fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux, publication du formulaire de déclaration préalable," *JCP N*, n° 15,370, 11 avril 2008, p. 3.

⁴⁹ Article L. 214-1 aliéna 4 du Code de l'urbanisme

⁵⁰ BILLET, P., "L'entrée en vigueur du droit de préemption sur les cessions en matière commerciale et artisanale : un formulaire incomplet et d'une légalité douteuse," *JCP A et CT*, n°16, 329, 14 avril 2008, p. 3.

Section 2 : Le titulaire du choix : la commune par principe et par exception ses délégataires depuis la loi du 18 juin 2014

65 – Les attributs de la commune – Selon l’article L. 214-1 du Code de l’urbanisme, le droit de préemption peut être exercé, par principe, par la commune prise en son instance décisionnelle, soit le conseil municipal, et par délégation, par le maire. De façon générique, on dira que le titulaire de ce droit est la commune, mais de façon juridique, l’attribution du pouvoir décisionnaire est réservé au conseil municipal. Le Code général des collectivités territoriales⁵¹ organise le régime des délégations. Ces règles précisent le rôle du titulaire de la délégation et son étendue. La loi du 18 juin 2014 est venue compléter le dispositif afin d’ouvrir l’exercice du droit de préemption.

66 – La délégation – La délégation est devenue nécessaire dans la pratique, de par l’obligation de respecter les délais brefs, propres au droit de préemption. La délégation doit résulter d’une délibération expresse du conseil municipal. Elle sera d’interprétation stricte, ce qui implique une parfaite désignation, dans la rédaction de la délibération, de l’étendue des pouvoirs attribués au délégataire. De façon formelle, la délégation des pouvoirs de préemption est un acte individuel qui n’est exécutoire qu’après notification au délégataire qui exercera ces pouvoirs dans le cadre de sa responsabilité⁵². La délégation est révocable à tout moment,⁵³ mais elle dessaisit le conseil municipal pour les attributions visées par la délégation⁵⁴ ; sauf empêchement du délégataire, auquel cas le conseil municipal retrouve ses attributions afin de décider de préempter ou de ne pas préempter⁵⁵. La loi, telle que prévue avant la réforme, ne prévoyait aucune délégation aux SEM locales ou aux CCI. Pour autant, la loi du 28 mai 2010 a permis l’introduction de l’article L. 327-1 au Code de l’urbanisme ouvrant la délégation aux sociétés publiques locales d’aménagement. Ces sociétés sont des sociétés anonymes compétentes en matière d’opérations d’aménagement sans mise en concurrence préalable. Elles sont créées par les collectivités et leurs groupements détenant la totalité du capital⁵⁶. L’article 17 de la loi du 18 juin 2014 vient

⁵¹ Article L. 2122-22, 15° du CGCT pour le droit de préemption urbain et Article L. 2122-22, 21° du CGCT pour le droit de préemption des communes en matière commerciale.

⁵² Rép. min. n° 10089 : JOAN Q, 29 février 1988, p. 903.

⁵³ Rép. min. n° 56436 : JOAN Q, 4 octobre 2005, p. 9236 (en application de l’article L. 2122-22 du CGCT).

⁵⁴ Rép. min. n° 5662à : JOAN Q, 21 mars 2006, p. 3130.

⁵⁵ Rép. quest. écrite n° 36685 : JOAN Q, 3 août 1992, p. 3554.

⁵⁶ MORENO, D., *Droit de préemption sur les fonds de commerce, artisanaux, les baux commerciaux et les terrains faisant l’objet de projets d’aménagement commercial - Décret du 26 décembre 2007 pour la mise en oeuvre de la loi du 2 août 2005, loi de modernisation de l’économie du 4 août 2008 et ses textes d’application, loi de simplification du droit du 22 mars 2012*, Janvier 2013, CCIP.p.4.

compléter plus efficacement la délégation de pouvoir dont l'intérêt majeur est de répondre aux problèmes de gestion du bien commercial préempté pendant la période intermédiaire⁵⁷. Ces difficultés dans la pratique concernent la compétence et les moyens financiers mis à la disposition des communes. La délégation aux établissements publics de coopération intercommunale, aux établissements publics « y ayant vocation », aux sociétés d'économie mixte, au concessionnaire d'une opération d'aménagement ou au titulaire d'un contrat de revitalisation artisanale et commerciale⁵⁸ est en ce sens une mesure porteuse de promesses. Il est même possible de dire de cette mesure qu'elle est l'acte de naissance du droit de préemption commercial et artisanal. Ces structures ont en effet des moyens, des outils et l'expérience nécessaires à une mise en œuvre opérationnelle du droit de préemption dans une vision logique et globale du droit de l'urbanisme. Les objectifs poursuivis par ces structures sont tous en lien avec l'objectif du droit de préemption commercial et artisanal⁵⁹. Chacun de ces délégataires ont des missions et des statuts différents. Ainsi, les établissements publics de coopération intercommunale ont bien souvent reçu par voie de délégation un pouvoir de préemption en matière d'intervention commerciale. Quant aux établissements publics « y ayant vocation », leur domaine concerne les opérations d'aménagement comprenant un volet lié à la redynamisation commerciale et artisanale, mais aussi l'aménagement et la restructuration des espaces commerciaux et artisanaux. Les aménageurs titulaires d'une concession d'aménagement intègrent souvent dans leurs objectifs un volet de redynamisation commercial et artisanal. Les contrats de revitalisation artisanale et commerciale, créés par la même loi, ont pour objectif de favoriser la diversité, le développement et la modernisation des activités dans des périmètres concernés par la disparition progressive des activités commerciales, par un développement d'une mono-activité au détriment des commerces et des services de proximité, par une dégradation de l'offre commerciale, ou de contribuer à la sauvegarde et à la protection du commerce de proximité. Les sociétés d'économie mixte interviennent en qualité de concessionnaire

⁵⁷ BRAULT, C.-É., et SAINTURAT, M.-L., "Les dispositions relatives au transfert de la propriété du bail et de l'immeuble," *Loyers et Copropriété*, n°9, Septembre 2014, dossier 5.

⁵⁸ ACTUALITE, "Le droit de préemption des communes retouché par la loi Pinel," *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°96, 2014; BLATTER, J.-P., "Le bail commercial dans le projet de loi relatif à l'artisanat, au commerce et aux TPE," *AJDI*, 2014, p.118; GOURAUD, C., "La pratique notariale des baux commerciaux après la loi Pinel du 18 juin 2014," *Defrénois*, n°17, 15 septembre 2014, p. 902; LEGRIX DE LA SALLE, S., "Les incidences de la loi Pinel en matière de baux commerciaux," *JCP E*, n°27, Juillet 2014, 1371; MUTELET, C., PRIGEN, J., et RODRIGUEZ, M. L., "Réforme du régime des baux commerciaux," *Revue des Loyers*, n° 949, 2014; "Le point sur : Baux commerciaux : la loi Pinel réforme tous azimuts," *BPMI*, 4/14, Juillet 2014, n°220, p.18.

⁵⁹ COUTON, X., "L'urbanisme opérationnel dans la loi Pinel," *Construction et Urbanisme*, n°9, Septembre 2014, Comm. 110.

d'aménagement, aussi la loi semble opérer un double renvoi à ces intervenants du droit de l'urbanisme. Mais en réalité, la référence au SEM met en exergue la volonté d'offrir aux communes un soutien opérationnel indépendamment de l'existence d'une concession d'aménagement.

67 – Les mesures garantissant l'impartialité – Le doute quant à la loyauté dans l'exercice des pouvoirs du maire peut apparaître. Ainsi, il a été précisé par réponse ministérielle⁶⁰, que le maire devait s'abstenir de participer à des délibérations ou de passer des actes, notamment lorsqu'il s'agissait de biens lui appartenant.

68 – La subdélégation – La subdélégation reste possible. Le Conseil d'État, par un arrêt commune Saint-Gratien, du 30 décembre 2003⁶¹, a précisé les conditions de son exercice en considérant « *qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions qu'un maire peut se voir déléguer par le conseil municipal, pour la durée de son mandat, non seulement l'exercice du droit de préemption dont la commune est titulaire, mais aussi le pouvoir de déléguer, à l'un des mandataires mentionnés à l'article L. 213-3 du Code de l'urbanisme, cet exercice pour une opération donnée ; que, dans le cas où le conseil municipal a consenti une telle délégation de pouvoir et ne l'a pas ultérieurement rapportée, il doit être regardé comme s'étant dessaisi de sa compétence et n'est, dès lors, plus compétent pour déléguer l'exercice de son droit de préemption à une autre personne publique à l'occasion de l'aliénation d'un bien, sauf en cas d'empêchement du maire* ». La difficulté repose sur le fait que pour la loi et pour la jurisprudence le droit de préemption urbain ne vise que les immeubles. La délégation dans ce domaine est réglementée par l'article L. 2122-22, 15° du Code général des collectivités territoriales qui dispose que « *le maire peut, en outre, 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, les droits de préemption définis par le Code de l'urbanisme, que la commune en soit titulaire ou délégataire, de déléguer l'exercice de ces droits à l'occasion de l'aliénation d'un bien selon les dispositions prévues au premier alinéa de l'article L. 213-3 de ce même Code dans les conditions que fixe le conseil municipal* ». Le droit de préemption des communes en matière commerciale est visé par l'article L. 2122-22, 21° du Code général des collectivités territoriales. L'ajout législatif du 21° était justifié par le fait que la législation relative au droit de préemption commercial ne fait

⁶⁰ Rép. min. quest. n° 39805 : JOAN Q, 2 avril 1978, p. 1086.

⁶¹ CE, 30 décembre 2003, *Cne Saint-Gratien* : JurisData n° 2003-066340 ; BJDU 2004, n°1, p.52, concl. Ch. Devys ; Constr. urb. 2004, comm. 111, Ph. Benoît-Cattin.

aucun renvoi à l'article L. 213-3 du Code de l'urbanisme. Selon l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme « *le droit de préemption est exercé selon les modalités prévues par les articles L. 213-4 à L. 213-7* ». Ainsi, le droit de préemption des communes sur les aliénations à titre onéreux de fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux n'est pas concerné par les dispositions de l'article L. 213-3 du Code de l'urbanisme selon lequel « *le titulaire du droit de préemption peut déléguer son droit à l'État, à une collectivité locale, à un établissement public y ayant vocation ou au concessionnaire d'une opération d'aménagement. Cette délégation peut porter sur une ou plusieurs parties des zones concernées ou être accordée à l'occasion de l'aliénation d'un bien. Les biens ainsi acquis entrent dans le patrimoine du délégataire* ». Dès lors, la subdélégation en matière de préemption commerciale n'est pas possible⁶².

69 – Le conflit entre les différentes préemptions – La différence de régime entre les droits de préemption peut entraîner des conflits dans leur exécution, notamment lorsque les titulaires du pouvoir décisionnel sont des acteurs différents. En effet, par principe, toutes les préemptions ont pour titulaire le conseil municipal, en tant qu'instance décisionnelle de la commune. Or, qu'advient-il lorsque le conseil municipal a délégué le pouvoir de préemption ? Cette question a fait l'objet d'une réponse ministérielle⁶³, qui, sans résoudre la difficulté, part du postulat que la concurrence entre deux préemptions est un conflit uniquement de droit et non de personne, puisque le titulaire des droits de préemption en concurrence sera forcément la même commune, et qu'en cas de délégation, la préemption se ferait « naturellement » en cohésion avec l'ensemble des intervenants. Il semble, d'après la réponse ministérielle, que le droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux, prévaut sur le droit de préemption urbain. Il paraît à l'évidence nécessaire d'envisager une uniformisation des régimes et donc des textes⁶⁴, d'autant que la réforme intervenue en juin 2014 a introduit un nouveau droit de préemption au profit du commerçant. Selon la loi, « *lorsque le propriétaire d'un local à usage commercial ou artisanal a l'intention de le vendre, une information du locataire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou remise en main propre contre*

⁶² BON-JULIEN, E., "Le droit de préemption "commercial" : un droit inapplicable?," *Petites affiches*, n° 75, 15 avril 2009, p. 8; RAPP, L., "Le fonds de commerce, une notion pragmatique et pleine de vitalité : L'appréhension du fonds de commerce par les politiques publiques : activités commerciales, prérogatives publiques et développement local," *Gazette du Palais*, n° 155, 4 juin 2009, p. 22.

⁶³ Rép. min. n°87739 : JOAN Q 15 février 2011, p. 1531 ; Constr. urba. 2011, alerte 41, D. Gillig ; JCP CT, n°15, 11 avril 2011, act. 260, Ch. Debouy.

⁶⁴ GILLIG, D., "Urbanisme - Concurrence dans l'exercice du droit de préemption," *Revue Construction et Urbanisme*, n°4, alerte 41, 4 avril 2011.

réécipissé ou émargement »⁶⁵. Il faut alors noter les distinctions fondamentales entre les droits de préemption en présences. D'une part, la nature de l'aliénation est différente, le droit de préemption des communes porte sur des biens meubles et sur un droit de créance, et non sur un immeuble comme pour le droit de préemption au profit du locataire commerçant. D'autre part, l'intérêt général porté par le droit de préemption des communes prévaut à l'intérêt privé du commerçant. Pour autant, la nature de l'aliénation étant différente, il apparaît peu probable qu'un conflit de loi intervienne. Le décret du 24 juillet 2015⁶⁶ envisage cet aspect, notamment en raison des délégations du droit de préemption. Ainsi, selon l'article R. 214-4-2 du Code de l'urbanisme : « *lorsque le titulaire du droit de préemption décide d'acquérir un terrain qui est soumis à la fois au droit de préemption prévu par le présent chapitre et au droit de préemption institué par le chapitre I ou le chapitre II du présent titre, il indique sur le fondement de quel chapitre il exerce son droit de préemption* ».

⁶⁵ "Le point sur : Baux commerciaux : la loi Pinel réforme tous azimuts," *BPMI*, 4/14, Juillet 2014, n°220, p.18; "Cabinet Lefèvre Pelletier & associés Avocats : Morceaux choisis de l'actualité immobilière juridique et fiscale 2014," *Revue des Loyers*, n° 955, 2015; BLATTER, J.-P., "Le bail commercial dans le projet de loi relatif à l'artisanat, au commerce et aux TPE," *AJDI*, 2014, p.118; BRAULT, C.-É., et SAINTURAT, M.-L., "Les dispositions relatives au transfert de la propriété du bail et de l'immeuble," *Loyers et Copropriété*, n°9, Septembre 2014, dossier 5; GOURAUD, C., "La pratique notariale des baux commerciaux après la loi Pinel du 18 juin 2014," *Defrénois*, n°17, 15 septembre 2014, p. 902; LAFOND, J., "Droit de préemption des locataires commerçants ou artisans, Quelle entrée en vigueur?," *JCP N*, n° 48, 28 novembre 2014, p.53; LEGRIX DE LA SALLE, S., "Les incidences de la loi Pinel en matière de baux commerciaux," *JCP E*, n°27, Juillet 2014, 1371; MUTELET, C., PRIGEN, J., et RODRIGUEZ, M. L., "Réforme du régime des baux commerciaux," *Revue des Loyers*, n° 949, 2014; SIDIER, N., et POULIGUENMANDRIN, A., "Réflexions autour d'une « rénovation » des baux commerciaux," *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 87, 2013.

⁶⁶ Décret n° 2015-914 du 24 juillet 2015 modifiant certaines dispositions du code de l'urbanisme relatives au droit de préemption des communes sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce, les baux commerciaux et les terrains faisant l'objet de projets d'aménagement commercial : JORF n°0171 du 26 juillet 2015 page 12791 texte n° 19.

Section 3 : La décision du titulaire du droit de préemption

70 – Une procédure fondée sur la nature de la cession – Le titulaire du droit bénéficie d'un choix, celui de préempter ou de ne pas préempter. Cette phase de la procédure de préemption est plurielle, car elle diffère selon la nature de la transmission du bien soumis à la préemption. La cession des biens commerciaux et artisanaux peut s'effectuer soit amiablement, soit par adjudication, c'est-à-dire par vente forcée, soit de gré à gré au cours d'une liquidation judiciaire. Ainsi, selon l'hypothèse de transmission du bien, les modalités d'information de la commune ou de ses délégataires, la notification de la décision de la commune ou de ses délégataires et le délai de réponse de ces derniers varient (Paragraphe 1).

71 – L'hésitation quant à l'exigence de motivation – Quelle que soit la décision elle sera motivée. L'exigence de motivation visée par l'article L. 210-1 du Code de l'urbanisme est propre à toutes les préemptions. Or, le droit de préemption « commercial et artisanal » ne fait aucun renvoi à cet article instillant le doute sur l'obligation de motivation. Le Conseil d'État alignera le régime du droit de préemption sur les fonds et sur le droit au bail commercial avec l'ensemble des droits de préemption urbains se fondant tant sur l'article L. 210-1, que sur les articles L. 214-1 et L. 214-2 du Code de l'urbanisme. Une fois l'obligation de motivation caractérisée, il faudra déterminer le contenu de la motivation au regard des exigences de la jurisprudence déjà bien établie dans le domaine des autres droits de préemption urbain (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : LA PROCEDURE DECISIONNAIRE VARIE SELON LES HYPOTHESES DE CESSIONS

72 – Trois cas de cessions⁶⁷ – L'article L. 214-2 du Code de l'urbanisme envisage la procédure sans distinguer entre les différents cas de cessions. Cette précision, nécessaire, est abordée par le décret d'application⁶⁸ selon lequel la cession du fonds artisanal, fonds de

⁶⁷ RAPP, L., "Le fonds de commerce, une notion pragmatique et pleine de vitalité : L'appréhension du fonds de commerce par les politiques publiques : activités commerciales, prérogatives publiques et développement local," *Gazette du Palais*, n° 155, 4 juin 2009, p. 22.

⁶⁸ MORENO, D., *Droit de préemption sur les fonds de commerce, artisanaux, les baux commerciaux et les terrains faisant l'objet de projets d'aménagement commercial*, CCIP.

commerce ou droit au bail commercial peut être soit amiable⁶⁹, soit par adjudication⁷⁰, soit de gré à gré sur autorisation du juge-commissaire⁷¹.

73 – La cession amiable – L'hypothèse de la cession amiable correspond au cas où le cédant souhaite « vendre » le fonds dont il est propriétaire ou le droit au bail qu'il détient. Dans une telle situation, la commune ou ses délégataires peuvent décider d'acquérir le bien visé à la déclaration d'intention d'aliéner dans les conditions de cette dernière. Dès lors, la vente devient *ipso facto* parfaite. Mais le titulaire du droit de préemption peut aussi décider, de façon implicite⁷² ou explicite, de renoncer à préempter le fonds ou le droit au bail, purgeant l'acte du droit de préemption. Le bien peut dès lors être librement cédé conformément aux mentions de la déclaration préalable⁷³. Une situation intermédiaire, entre l'acceptation pure et simple des conditions de la DIA et la renonciation expresse, est offerte au titulaire du droit à l'article R. 214-5 du Code de l'urbanisme. Il a ainsi la possibilité de saisir le juge de l'expropriation au vu de contester le prix déclaré à la DIA⁷⁴. Par ailleurs, lorsque la commune ou ses délégataires s'orientent vers la décision de préempter, le texte⁷⁵ précise qu'ils devront informer le bailleur de son choix en lui adressant une copie de la notification faite au cédant. Dans la pratique, une telle situation sera fréquente puisqu'en effet le droit au bail est un élément essentiel du fonds de commerce⁷⁶. De plus, comme le souligne Monsieur Blatter⁷⁷, même dans l'hypothèse où le cédant serait le propriétaire des murs où est exploité le fonds, ce dernier procèdera certainement à une cession du fonds avec une clause visant un droit au bail. Le titulaire du droit de préemption devra, dans un souci de strict respect de la procédure, adresser à la même personne, d'une part la notification de la décision de préempter et d'autre part, la copie de cette dernière ; au titre des deux qualités distinctes. La décision implicite ou explicite du titulaire du droit de préemption, une fois acquise par notification ou par l'écoulement du délai franc de deux

⁶⁹ Article R. 214-5 et R. 214-6 du Code de l'urbanisme.

⁷⁰ Article R. 214-7 du Code de l'urbanisme.

⁷¹ Article R. 214-8 du Code de l'urbanisme.

⁷² Voir *Infra* n° 76.

⁷³ Article L. 214-1 alinéa 4 du Code de l'urbanisme ; KENFACK, H., "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*, n° 25,1508, Mars 2008, p.17; KENFACK, H., "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*, n° 25,1508, Mars 2008, p.17.

⁷⁴ Voir *Infra* n°182 et 183.

⁷⁵ Article R. 214-5 alinéa 2 du Code de l'urbanisme.

⁷⁶ MORENO, D., *Droit de préemption sur les fonds de commerce, artisanaux, les baux commerciaux et les terrains faisant l'objet de projets d'aménagement commercial*, CCIP.

⁷⁷ BLATTER, J.-P., "Le décret d'application du droit de préemption des communes sur les fonds et les baux," *AJDI*, Février 2008, p. 88.

mois, est opposable à tous, et bien entendu à l'auteur même de cette décision. Cette indication est sans ironie, car le Conseil d'État a dû, dans deux arrêts⁷⁸ relatifs au droit de préemption des communes sur les cessions commerciales ou artisanales, préciser que le titulaire du droit de préemption ne pouvait se rétracter. Ainsi, dans l'arrêt de 2009, le Conseil d'État a considéré que « *lorsque le titulaire du droit de préemption a décidé de renoncer à exercer ce droit, que ce soit par l'effet de l'expiration du délai de deux mois imparti par la loi ou par une décision explicite prise avant l'expiration de ce délai, il se trouve dessaisi et ne peut, par la suite, retirer cette décision ni, par voie de conséquence, légalement décider de préempter le bien mis en vente* », rappelant la nécessité de « *garantir que les propriétaires qui ont décidé de vendre un bien susceptible de faire l'objet d'une décision de préemption puissent savoir de façon certaine et dans les plus brefs délais s'ils peuvent ou non poursuivre l'aliénation entreprise* ». Cette position du Conseil d'État fait exception à celle prise dans l'arrêt Ternon⁷⁹, selon lequel « *sous réserve des dispositions législatives réglementaires contraires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'Administration ne peut retirer une décision individuelle explicite, créatrice de droits, si elle est illégale, que dans le délai de 4 mois suivants la prise de cette décision* ». Toujours est-il que la particularité introduite par l'arrêté du 29 avril 2009 pourrait modifier la procédure de décision de préemption. En effet, cet arrêté portant sur la forme de la déclaration d'intention d'aliéner vise un droit de délaissement⁸⁰, consistant à donner au propriétaire du bien touché par un projet d'aménagement et d'urbanisme, la faculté de demander au titulaire du droit d'acquérir le bien visé par la déclaration. Le droit de délaissement est ainsi considéré comme étant une mise en demeure d'acquérir le bien⁸¹. Une question ministérielle⁸² a alors été posée afin de clarifier le sens d'un tel droit qui reviendrait à obliger la commune à acquérir un fonds de commerce ou un fonds artisanal ou le droit au bail. Le Secrétariat d'État chargé du commerce, de l'artisanat, des petites et

⁷⁸ CE, 12 novembre 2009, n° 327451, Société Comilux : CORNILLE, P., "Préempter après avoir renoncé n'est pas légal - note ss C E, 12 novembre 2009, n° 327451, Sté Comilux et Sté Chavest : JurisData n° 2009-013517," *Construction et Urbanisme*, Janvier 2010 - Urbanisme, note n° 2, p. 11; DAVIGNON, J.-F., "Documents d'urbanisme : précisions relatives à l'utilisation de la procédure de modification," *Droit et Patrimoine*, n° 190, Mars 2010, p. 85. et CE, 27 avril 2011, n°342329 : *BJDU*, mars 2011, concl. C. Landais, p. 220; SANTONI, L., "Appréciation de l'urgence en matière de suspension d'une décision de préemption d'un fonds de commerce," *Construction et Urbanisme*, n°6, comm. 85, juin 2011.

⁷⁹ CE, 26 octobre 2001, n° 197018, Ternon : JurisData n° 2001-063051.

⁸⁰ Voir *Supra* n° 64.

⁸¹ GATEAU LEBLANC, N., *Montage d'opérations d'aménagement*, EFE, 2012.

⁸² Question écrite n° 04864 de Hugues Portelli, JO Sénat du 19 juin 2008, p.1186.

moyennes entreprises, du tourisme et des services, a écarté cette hypothèse en estimant qu'aucune obligation n'était faite à la commune par le biais de la déclaration⁸³.

74 – La cession par adjudication – L'adjudication est l'attribution d'un bien meuble ou immeuble mis aux enchères, à la personne offrant le prix le plus élevé⁸⁴. En matière de droit commercial, au sens le plus large du fait de l'insertion du fonds artisanal dans le dispositif, la notion « d'adjudication » renvoie en réalité à la vente forcée ou judiciaire, soit du fonds artisanal ou commercial, soit du droit au bail. L'adjudication à proprement parler est une étape de la procédure de vente forcée du fonds de commerce, dont le régime est issu de la loi du 17 mars 1909 et reporté au Code de commerce aux articles L. 143-1 et suivants. Il est prévu cinq cas de vente judiciaire⁸⁵ auxquels s'ajoutent deux autres cas⁸⁶ issus des régimes spéciaux que sont le droit fiscal et le droit des procédures collectives. Ces cas de vente judiciaire varient selon la personne à l'origine du déclenchement de la procédure de vente forcée. Les cas de vente forcée déclenchée par un créancier inscrit permettent de rattacher à ce régime le fonds artisanal et le droit au bail, tous deux susceptibles de nantissement conférant aux créanciers un droit de suite et de préférence sur le bien grevé, entraînant la possibilité de déclencher la vente forcée de celui-ci⁸⁷. La procédure alors applicable dans tous les cas, est celle issue de la loi de 1909. Le Tribunal de commerce est compétent pour ordonner la vente forcée et fixer les mises à prix, il peut aussi fixer les modalités de paiement, ainsi que les principales conditions de la vente, et si nécessaire le délai de réalisation de celle-ci. L'officier public commis par le Tribunal a l'obligation de rédiger le cahier des charges décrivant les conditions de l'adjudication. Plusieurs délais doivent alors être respectés, auxquels vont s'ajouter les délais spécifiques de la préemption. Ainsi, selon l'article R. 214-6 du Code de l'urbanisme, « *le commissaire-priseur judiciaire, le greffier de la juridiction ou le notaire chargé de procéder à la vente, selon la nature de l'adjudication, procède à la déclaration préalable prévue à l'article L. 214-1. [...] Elle est adressée au maire trente jours au moins avant la date fixée pour la vente en lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par voie électronique [...]* ». La

⁸³ Réponse du Secrétariat d'État chargé du commerce, de l'artisanat, des petites et moyennes entreprises, du tourisme et des services, JO Sénat du 28 août 2008, p. 1727.

⁸⁴ CORNU, G., *Association Henri Capitant - Vocabulaire juridique*, 9ème éd., 2011.

⁸⁵ Les cas de ventes forcées du fonds de commerce sont : la vente globale du fonds sur conversion de saisie-exécution à la requête du poursuivant ou du débiteur ; la vente globale à la requête d'un créancier inscrit ; la vente globale à la requête d'un créancier dont la créance se rattache à l'exploitation du fonds ; la vente globale sur conversion de saisie-exécution à la requête d'un créancier inscrit la vente faisant suite à une décision de confiscation d'un fonds utilisé pour la prostitution.

⁸⁶ La vente du fonds de commerce à la requête du Trésor public et la vente en cours de procédure collective.

rédaction de cet article peut apparaître curieuse. En effet, pourquoi viser expressément certains officiers publics suivis de la précision surprenante « *selon la nature de l'adjudication* » alors que les dispositions du Code de commerce relatives à la procédure de vente forcée du fonds de commerce prévoient de façon générique « *un officier public* ». Même si cette énumération vise en réalité les principaux acteurs d'une telle vente, la procédure spécifique de préemption ne vise que les cas de vente effectuée par un commissaire-priseur judiciaire, un greffier ou un notaire. Il est exclu du dispositif les cas de ventes effectuées par un autre « *officier public* ». Il s'agira donc pour eux de transmettre la déclaration préalable au maire dans les trente jours avant la vente, en cas de délégation, le maire devant transférer au délégataire la déclaration⁸⁸. De plus, dans les quinze jours avant celle-ci, il est nécessaire de sommer les créanciers inscrits de prendre connaissance du cahier des charges, puis la publicité de la vente devra être effectuée au moins dix jours avant. L'adjudication opère transfert de propriété du fonds ou du droit au bail à l'adjudicataire. Or, la commune ou ses délégataires ont trente jours après l'acte d'adjudication pour faire connaître sa décision de préempter ou non, de telle sorte qu'il s'agira d'une réelle substitution de la partie contractante. Le contrat étant déjà formé et la vente étant parfaite, le titulaire du droit de préemption ne pourra préempter qu'aux conditions déjà établies par le contrat et notamment en ce qui concerne le prix de cession. Cette procédure et son régime sont « techniquement » justifiés puisque la commune ne peut porter les enchères ou intervenir dans une procédure collective⁸⁹, la confusion des « genres » serait alors attentatoire aux principes mêmes de ces procédures. La décision de préemption doit être adressée au greffier ou au notaire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception⁹⁰, ces derniers informeront l'adjudicataire évincé de la décision de la commune. Deux curiosités du texte doivent être signalées, tout d'abord, est écarté de la formalité le commissaire-priseur. Il s'agit sûrement d'une erreur de plume du législateur. Ensuite et surtout, le texte prévoit une publication foncière de la préemption⁹¹. D'aucuns s'interrogent sur l'intérêt et la cohérence d'une publicité au « Bureau des

⁸⁷ En ce qui concerne le fonds artisanal le nantissement est possible depuis la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996. Le droit au bail est susceptible de nantissement selon l'article L. 142-2 du Code de commerce.

⁸⁸ Décret n° 2015-914 du 24 juillet 2015 modifiant certaines dispositions du code de l'urbanisme relatives au droit de préemption des communes sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce, les baux commerciaux et les terrains faisant l'objet de projets d'aménagement commercial : JORF n°0171 du 26 juillet 2015 page 12791 texte n° 19.

⁸⁹ DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," Dalloz Action, septembre 2011, n°62-646

⁹⁰ Article R. 214-7 alinéa 2 du Code de l'urbanisme.

⁹¹ BLATTER, J.-P., "Le décret d'application du droit de préemption des communes sur les fonds et les baux," *AJDI*, Février 2008, p. 88.

hypothèques »⁹², devenu depuis le 1^{er} janvier 2013 le service de la publicité foncière⁹³, d'une vente de fonds artisanal, fonds de commerce ou de la cession d'un droit au bail, celle-ci n'étant nullement de nature immobilière, contrairement aux autres préemptions urbaines⁹⁴.

75 – La cession de gré à gré autorisée par le juge-commissaire – Lorsque la cession des biens du débiteur en liquidation porte sur son fonds, qu'il soit commercial ou artisanal, ou sur son droit au bail, la commune ou ses délégataire peuvent se substituer à l'acquéreur en vertu de l'article R. 214-8 du Code de l'urbanisme⁹⁵. Cette faculté est uniquement admise dans le cadre des dispositions de l'article L. 642-19 du Code de commerce qui encadre « *la vente de gré à gré des autres biens*⁹⁶ du débiteur » autorisée par le juge-commissaire dans le cadre d'une liquidation judiciaire⁹⁷. Dans ce contexte de préemption, l'acteur de la procédure chargé d'informer le titulaire du droit est le liquidateur judiciaire, organe de la procédure collective seul investi de la réalisation à titre onéreux des actifs qui, au titre de ses attributs et selon l'article R. 214-8 du Code de l'urbanisme, « *procède, avant la signature de cet acte [la cession de gré à gré], à la déclaration préalable prévue à l'article L. 214-1 dans les formes prévues à l'article R. 214-7* », c'est-à-dire selon les conditions de délais et de transmission prévus en cas de cession par voie d'adjudication⁹⁸. L'exercice du droit de préemption par le titulaire du droit se fait en référence aux modalités de la procédure d'adjudication⁹⁹, le liquidateur informera l'acquéreur évincé en cas de préemption.

76 – Le délai de réponse de la commune – Le délai de réponse du titulaire de la préemption est de deux mois lorsque la procédure de préemption est mise en œuvre à la suite d'une cession amiable. L'article R. 214-5 alinéa 1 du Code de l'urbanisme prévoit que

⁹² Article R. 214-7 : Mention non modifiée malgré le changement de nom.

⁹³ L'ordonnance du 10 juin 2010 portant suppression du régime des conservateurs des hypothèques entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013 par le biais de deux Décrets d'application du 26 décembre 2012 (JO 28 décembre 2012) a profondément modifié les fonctions de la conservation des hypothèques.

⁹⁴ BLATTER, J.-P., "Le décret d'application du droit de préemption des communes sur les fonds et les baux," *AJDI*, Février 2008, p. 88; BOSGIRAUD, C., "Libres propos relatifs au droit de préemption sur les cessions de fonds de commerce, fonds artisanaux, de baux commerciaux - Préempter pour rétrocéder..." *JCP N*, n° 16,1179, 18 avril 2008, p. 27.

⁹⁵ BOSGIRAUD, C., "Libres propos relatifs au droit de préemption sur les cessions de fonds de commerce, fonds artisanaux, de baux commerciaux - Préempter pour rétrocéder..." *JCP N*, n° 16,1179, 18 avril 2008, p. 27.

⁹⁶ « Autres biens » est un terme générique à porté large et permettant d'englober le fonds de commerce et le droit au bail. Sur le droit au bail voir aussi l'article L. 641-12 du Code de commerce.

⁹⁷ Article R. 214-3 alinéa 2 du Code de l'urbanisme.

⁹⁸ Voir *Supra* n° 74.

ce délai court à compter de la réception¹⁰⁰ de la déclaration. Le silence de l'administration dans ce même délai vaut refus. Dans cette hypothèse, le délai étant exprimé en mois, il s'agira d'un délai non franc. Ainsi, le délai expire le jour du dernier mois ayant le même quantième que le jour de la réception faisant courir le délai¹⁰¹. Dans l'hypothèse où la procédure de préemption est déclenchée par suite d'une cession par adjudication ou d'une cession de gré à gré en liquidation judiciaire, le titulaire du droit de préemption a un délai de trente jours francs¹⁰², non plus à compter de la réception de la déclaration, mais à compter de l'adjudication ou de la cession de gré à gré pour notifier au greffier ou au notaire sa décision.

PARAGRAPHE 2 : LA DECISION MOTIVEE DU TITULAIRE DU DROIT DE PREEMPTION

77 – Une obligation prétorienne de motivation – L'obligation faite au titulaire du droit de préemption urbain de motiver sa décision de préempter ou de ne pas préempter est instaurée par l'article L. 210-1 alinéa 3 du Code de l'urbanisme. Selon cet article « *toute décision de préemption doit mentionner l'objet pour lequel ce droit est exercé. Toutefois, lorsque le droit de préemption est exercé à des fins de réserves foncières dans le cadre d'une zone d'aménagement différé, la décision peut se référer aux motivations générales mentionnées dans l'acte créant la zone* ». Or, bien que la formulation soit générale, puisque cet article est introduit dans la partie introductive du titre 1 du Code de l'urbanisme relatif aux « *droits de préemption institués par le présent titre* », la doctrine s'interroge sur l'application de cette obligation dans le cadre de « la préemption commerciale »¹⁰³. En effet, le régime de la préemption sur les fonds et le droit au bail commercial ne mentionne pas cette obligation, ni dans son énoncé, ni par renvoi aux articles généraux du Code de l'urbanisme ; si bien qu'il est permis de douter de l'application de l'article L. 210-1 du Code de l'urbanisme, enjoignant au titulaire du droit de préemption de « *mentionner l'objet pour lequel ce droit est exercé* ». Ainsi, les conclusions du commissaire du Gouvernement

⁹⁹ MORENO, D., *Droit de préemption sur les fonds de commerce, artisanaux, les baux commerciaux et les terrains faisant l'objet de projets d'aménagement commercial*, CCIP.

¹⁰⁰ La réception s'entend selon l'article R. 214-5 du Code de l'urbanisme comme pouvant aussi être « *le premier des accusés de réception ou d'enregistrement délivré en application du I de l'article 5 de l'ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005* ».

¹⁰¹ HOSTIOU, R., et STRUILLOU, J.-F., *Expropriation et préemption*, Litec 4ème éd., 2011, n°1117.

¹⁰² CE, 1^{re} et 6^e ss-sect., 17 déc. 2008, n°304840, Office d'habitation du Gers : JurisData n°2008-074672 ; CE, 1^{re} et 6^e ss-sect., 17 déc. 2008, n°316411, M. Zanzi : JurisData n°2008-074684 ; DUTRIEUX, D., "Droit de préemption des personnes publiques - jurisprudences commentées," *JCP N*, n°13,1125, 27 mars 2009, p. 26.

¹⁰³ BOITUZAT, A., "Le droit de préemption des communes sur les cessions de fonds de commerce et artisanaux et de baux commerciaux," *Revue de droit immobilier*, 2008, p. 313; MORENO, D., "La procédure de préemption commerciale," *JCP A et CT*, n°42,2239, 12 Octobre 2009.

dans l'arrêt Société Mégaron¹⁰⁴ préconisaient de l'exclure du régime de l'article L. 210-1 du Code de l'urbanisme et d'appliquer le régime général relatif à la motivation des actes administratifs, organisé par la loi du 11 juillet 1979¹⁰⁵. L'analyse du commissaire du Gouvernement était justifiée par le fait que la décision de la commune créerait des sujétions nécessitant alors de transposer le régime de « la préemption commerciale » au régime applicable à la préemption dans les anciennes zones d'aménagement différé, expressément exclus de l'article L. 210-1 du Code de l'urbanisme. Mais le Conseil d'État n'a pas retenu cette interprétation dans un arrêt du 26 avril 2013¹⁰⁶, visant dans son considérant l'article L. 210-1 au même titre que les articles L. 214-1 et L. 214-2 du Code de l'urbanisme. La commune a donc obligation de motiver sa décision de préempter ou de ne pas préempter, en précisant l'objet pour lequel il est préempté, mais aussi « *en vue de la réalisation, dans l'intérêt général, des actions ou opérations répondant aux objets définis à l'article L.300-1* », alignant ainsi le régime de la préemption sur les fonds et le droit au bail sur le régime général de la préemption urbaine¹⁰⁷.

78 – Les critères de la motivation – L'obligation de motivation est donc fondée sur les dispositions générales de l'article L. 210-1 du Code de l'urbanisme visant, d'une part l'intérêt général et renvoyant d'autre part à l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme. L'article prévoit que « *les actions ou opérations d'aménagement ont pour objets de mettre en œuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs ou des locaux de recherche ou d'enseignement supérieur, de lutter contre l'insalubrité, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels* ». Il s'agit alors de passer d'un texte général, voire généraliste, soit l'article L. 210-1 à un article peu précis, contenant une liste à la Prévert, soit l'article L. 300-1, de telle sorte que la jurisprudence est venue préciser au cas par cas l'intégrité de la motivation. Le Conseil d'État a ainsi imposé aux communes une certaine rigueur avant d'opérer un revirement par un arrêt du 7 mars 2008. L'orientation prise précédemment prescrivait aux communes de motiver la décision de préemption par « *un projet suffisamment précis et*

¹⁰⁴ CE, 21 mars 2008, n°310173, Société Mégaron, JurisData n° 2008-073324 ; JCP N, 2008 n°16, 396, Actualité ; RJDA 10/08, n°1008 ; JCP N, 2009 n°13, 1125, Damien Dutrieux.

¹⁰⁵ Loi n° 79-587, 11 juill. 1979, relative à la motivation des actes administratif et à l'amélioration des relations entre l'Administration et le public : JO 12 juill. 1979, p. 1711.

¹⁰⁶ CE, 1^{ère} ss.sect., 26 avril 2013, n° 362949 : Dictionnaire Permanent Droit des affaires, Juillet 2013, p.13, S. Danna.

certain dont l'objet est conforme aux dispositions de l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme »¹⁰⁸, ce projet devait alors exister au jour de la décision¹⁰⁹ indépendamment des délibérations antérieures du conseil municipal¹¹⁰. Le Conseil d'État a procédé à un revirement par l'arrêt commune de Meung-sur-Loire du 7 mars 2008¹¹¹, considérant dès lors « *qu'il résulte de ces dispositions que les collectivités titulaires du droit de préemption urbain peuvent légalement exercer ce droit, d'une part, si elles justifient, à la date à laquelle elles l'exercent, de la réalité d'un projet d'action ou d'opération d'aménagement répondant aux objets mentionnés à l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme, alors même que les caractéristiques précises de ce projet n'auraient pas été définies à cette date, et, d'autre part, si elles font apparaître la nature de ce projet dans la décision de préemption* ». Par principe, ces critères seront exigés de la même façon en matière de droit de « préemption commercial ». Cependant, à la lecture de la jurisprudence portant directement sur la préemption issue de la loi du 2 août 2005, le Conseil d'État fait montre d'une plus grande souplesse. En effet, l'arrêt Société Mégaron¹¹² avait écarté le moyen tiré de l'insuffisance de motivation de la décision de préempter, le commissaire du Gouvernement avait d'ailleurs précisé dans ses conclusions que la motivation paraissait répondre aux exigences légales intervenant « *dans le cadre de la mise en œuvre d'une politique de sauvegarde des commerces et de redynamisation du centre ancien* »¹¹³. L'emploi du verbe « *paraître* » est à la fois compréhensible et surprenant. Il se justifie effectivement par les circonstances propres à l'espèce, la préemption avait alors été exercée hors la publication du décret d'application. Aussi le commissaire du Gouvernement analysait la motivation par analogie avec les règles générales de la préemption urbaine et

¹⁰⁷ MAILLARD, A., *Le droit de préemption*, La lettre du cadre territorial, Juin 2005, p.14.

¹⁰⁸ BOURGOIS, J.-L., "Le contrôle par les tribunaux de la motivation des décisions de préemption des collectivités publiques" *JCP N*, n°10, 1995, p. 415.

¹⁰⁹ CE, sect., 26 février 2003, n° 2315558, Bour : JurisData n° 2003-065065 ; Rec. CE2003, p.59 ; JCP A 2003, 1900, note P. Benoît-Cattin ; Dr adm. 2003, comm. 43, note A. Laquière ; Collectivité – Intercommunalité 2003, comm. 130, note L. Erstein ; AJDA 2003, p. 732, chron. F. Donnat et D. Casas ; BJDU 2003, p. 106, concl. P. Fombeur, obs. J.-C. Bonichot ; Confirmée par : CE, 27 juin 2005, n° 260562 ; CE, 23 janvier 2006, n° 284788 ; CE, 30 janvier 2008, n° 299675

¹¹⁰ CE, 26 novembre 2001, n° 222211, Cne La Teste-de-Buch : JurisData n° 2001-063161 ; Rec. CE2001, p. 583 ; Collectivités – Intercommunalité 2002, comm. 70, obs. T. Célérier ; Constr.-urb. 2002, comm. 40, obs. Ph. Benoît-Cattin ; BJDU 2001, n°6, p. 444, concl. contraires S. Boissard et p. 452, obs. C.-D.-B. ; RD imm. 2002, p. 161, obs. P. Soler-Couteaux.

¹¹¹ CE, 7 mars 2008, Cne de Meung-sur-Loire, n°288371 : JurisData n°2008-073222 ; JCP A 2008, 2141, note L. Benoit ; JCP A 2008, 2088, note Ph. Billet ; JCP G 2008, IV, 1639 ; Constr.-urb. 2008, comm. 84 ; BJDU 2008, n°1, p. 57, concl. L. Derepas ; RD imm. 2008, p. 358, comm. P.S. –C ; RFD adm. 2008, p. 625 ; AJDA 2008, p.1449, note J.-F. Struillou.

¹¹² CE, 21 mars 2008, n°310173, Société Mégaron, JurisData n° 2008-073324 ; JCP N, 2008 n°16, 396, Actualité ; RJDA 10/08, n°1008 ; JCP N, 2009 n°13, 1125, Damien Dutrieux.

¹¹³ CE, 21 mars 2008, n°310173, Société Megaron, JurisData n° 2008-073324 ; JCP N, 2008 n°16, 2086, concl. Anne Courrèges.

concluait en leur légalité, espérant peut être à ce moment que le décret serait par la suite, un outil supplémentaire d'analyse de la motivation. Il reste surprenant d'employer une telle tournure lorsqu'il est question de la légalité d'une décision relevant de l'autorité publique, la motivation doit être qualifiée avec certitude de suffisante ou d'insuffisante ; cela dit, le Conseil d'État n'a pas poussé l'analyse sur ce terrain. L'examen à proprement parler de la question de la motivation de la décision de préempter un fonds de commerce a été mené par le Conseil d'État dans un arrêt du 26 avril 2013¹¹⁴. Il s'agit, en l'espèce, d'une analyse par la négative de la légalité de la motivation, le Conseil d'État relevant que la décision était « *fondée sur des motifs de sauvegarde de la sécurité publique qui ne sont pas au nombre de ceux qui peuvent légalement justifier une décision de préemption* ». Il n'est alors pas repris par la Haute juridiction administrative la formule rappelant l'ensemble des critères généraux cités par les articles L. 210-1 et L. 300-1 du Code de l'urbanisme, ni le critère jurisprudentiel imposant de justifier d'un projet. Il faut donc en déduire qu'en matière de préemption « commerciale » le titulaire du droit doit certes motiver sa décision, mais il bénéficie d'une plus grande souplesse de la part de la jurisprudence dont la seule exigence est celle se rapportant aux articles du Code de l'urbanisme. Ainsi, les motifs retenus par la jurisprudence actuelle doivent être en conformité avec « *la réalisation, dans l'intérêt général, des actions ou opérations répondant aux objets définis à l'article L. 300-1* » soit selon cet article et au regard de l'objectif de la préemption « commerciale », l'objet sera « *l'extension ou l'accueil des activités économiques* ».

79 – L'avis de l'administration des domaines – Le dispositif légal relatif au droit de préemption sur les biens commerciaux et artisanaux, introduit au Code de l'urbanisme n'envisage pas l'obligation de demander l'avis de l'administration des domaines, ni explicitement, ni même par revoi textuel. Pourtant, le Code général des collectivités territoriales envisage aussi la préemption sur les fonds ou le droit au bail. Ainsi, est-il nécessaire de se reporter aux articles L. 1311-9, L. 1311-10, 2° et L. 1311-10, 12 du CGCT prévoyant deux cas dans lesquels l'avis de l'administration des domaines est obligatoire, d'une part lors de la préemption d'un fonds de commerce dont la valeur est supérieure à 75 000 euros et suite à une cession amiable ou une adjudication ; d'autre part, lors d'une préemption d'un droit au bail dont le loyer annuel est de 12 000 euros. L'avis doit être

¹¹⁴ CE, 1^{ère} ss.sect., 26 avril 2013, n° 362949 : Dictionnaire Permanent Droit des affaires, Juillet 2013, p.13, S. Danna.

donné dans un délai d'un mois. Le délai court à partir de la réception de la demande¹¹⁵. Les fonds artisanaux sont exclus de cette procédure n'étant pas visés par les articles du CGCT, mais la doctrine préconise un élargissement du processus, considérant que le texte est une mesure de protection du cédant puisqu'encadrant la décision de préemption prise par la commune ou ses délégataire¹¹⁶. En revanche, les auteurs divergent sur la sanction éventuellement applicable en cas d'absence de demande d'avis de France Domaine. Pour Messieurs Regrobellet et Denizot « *l'omission affecte la régularité de toute la procédure* » en raison de la qualification que le Conseil d'État a conférée à l'avis qui est donc considéré comme nécessaire¹¹⁷ préalablement à la décision de préemption. Pour Madame Bosgiraud « *l'absence de cet avis n'entache pas de nullité la délibération de la commune* »¹¹⁸. Il faut se référer à l'arrêt du Conseil d'État du 22 février 1995¹¹⁹ selon lequel « *il ressort de ces dispositions [l'alinéa 3 de l'article R. 213-21 du Code de l'urbanisme] que la consultation dans les conditions prévues par les dispositions précitées du service des domaines constitue, lorsqu'elle est requise, une formalité substantielle dont la méconnaissance entache d'illégalité la décision de préemption* ». Il ressort donc de ce considérant que le fondement n'est pas le même, car en matière de droit de préemption urbain l'avis de l'administration des domaines est expressément requis et donc impératif, dès lors substantiel. Dans le cas de la cession d'un fond artisanal, la formalité n'est pas requise expressément, son absence n'entachera pas d'illégalité la décision de préemption. L'avis, une fois intervenu, sera quoi qu'il en soit communicable, comme le précise la Commission d'accès aux documents administratifs¹²⁰.

80 – Le contrôle du juge – La légalité de la motivation est appréciée par le juge du fond qui ne contrôlera pas la décision de préempter qui reste à la libre discrétion du titulaire du droit de préemption, mais il vérifiera que le motif invoqué, c'est-à-dire ce qui justifie la

¹¹⁵ Article L. 1311.12 du CGCT.

¹¹⁶ BOSGIRAUD, C., "Libres propos relatifs au droit de préemption sur les cessions de fonds de commerce, fonds artisanaux, de baux commerciaux - Préempter pour rétrocéder..." *JCP N*, n° 16,1179, 18 avril 2008, p. 27 ; DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," *Dalloz Action*, septembre 2011, n°62.623 ; HOSTIOU, R., et STRUILLLOU, J.-F., *Expropriation et préemption*, Litec 4ème éd., 2011, n°1122 et 1123.

¹¹⁷ « caractère substantiel » selon DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," *Dalloz Action*, septembre 2011, n°62.623.

¹¹⁸ BOSGIRAUD, C., "Libres propos relatifs au droit de préemption sur les cessions de fonds de commerce, fonds artisanaux, de baux commerciaux - Préempter pour rétrocéder..." *JCP N*, n° 16,1179, 18 avril 2008, p. 27.

¹¹⁹ CE 22 février 1995, req. N°122395, Cne de Ville-la-Grand, Lebon T. 1081 ; *Dr adm.* 1995, n°233, obs. Maugüe.

¹²⁰ CADA, Avis du 28 septembre 2006, réf. N°20064177, *JCP N* 2008, 1005, n°10, obs. Dutrieux.

décision, est conforme aux dispositions du Code de l'urbanisme¹²¹. Le recours pour excès de pouvoir est ouvert à toute personne ayant un intérêt à agir contre la décision de préemption de la commune. Il est admis communément que cet intérêt à agir concerne le propriétaire du bien préempté, l'acquéreur évincé, le bénéficiaire initial de la promesse de vente ou d'un pacte de préférence, le bénéficiaire d'un autre droit de préemption, le locataire du bien préempté¹²². Plus spécifiquement, en matière de préemption « commerciale », celle-ci s'appliquant lors de la cession du droit au bail commercial, le bailleur aura un intérêt à agir contre la décision de préemption. Le délai de recours est de deux mois à compter de la notification de la décision de préempter, mais ce délai ne court pas à l'encontre de la personne qui n'aura pas été notifiée. L'annulation de la décision de préemption est rétroactive¹²³. Or, il peut apparaître difficile de revenir à l'état antérieur à la vente lorsque celle-ci est devenue parfaite et que le transfert de propriété est intervenu. Le juge administratif, depuis un arrêt du 26 février 2003¹²⁴, peut intervenir pour éviter que le bien illégalement préempté soit rétrocédé et de proposer l'acquisition du bien à l'acquéreur évincé. Or, cette jurisprudence est aujourd'hui atténuée par la nouvelle loi dite « ALUR » du 24 mars 2014¹²⁵ qui est venue modifier et compléter l'article L. 213-11 du Code de l'urbanisme selon lequel « *le titulaire du droit de préemption n'est tenu de respecter cette procédure que lorsque le nom de l'acquéreur était inscrit dans la déclaration mentionnée à l'article L. 213-2* ». Mais le droit de préemption commercial et artisanal n'est pas soumis à ces dispositions, l'article L. 214-1 n'opérant un renvoi qu'aux articles L. 213-4 à L. 213-7 du Code de l'urbanisme, de telle sorte que la jurisprudence « Bour »¹²⁶ peut rester la référence en matière de préemption commerciale et artisanale. Les lenteurs procédurales peuvent être lourdes de conséquences compte tenu des enjeux économiques, aussi est-il nécessaire d'agir avant que le transfert de propriété n'intervienne. Dès lors, le recours utile sera le référé-suspension, conditionné par l'urgence. La condition d'urgence doit être

¹²¹ Voir *Supra* n° 78.

¹²² MAILLARD, A., *Le droit de préemption*, La lettre du cadre territorial, Juin 2005.

¹²³ La rétroactivité emporte plusieurs conséquences : tout d'abord, le propriétaire initial pourra vendre son bien récupéré sans être tenu par les déclarations faites dans la DIA (notamment en ce qui concerne le prix), le propriétaire n'est pas dans l'obligation de vendre (Cass. 3^{ème} Civ., 25 mai 2005, n°01-14398), mais en cas de promesse de vente l'acquéreur évincé par la préemption annulée peut agir contre le vendeur en « réitération de la vente » (Cass. 3^{ème} Civ., 22 juin 2005, n°03-20473).

¹²⁴ CE. Sect., 26 février 2003, M et Mme Bour, req. n° 231558.

¹²⁵ Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové : JORF n°0072 du 26 mars 2014 page 5809, texte n° 1.

¹²⁶ CE. Sect., 26 février 2003, M et Mme Bour, req. n° 231558.

appréciée par le juge en fonction des circonstances de l'espèce¹²⁷. Ce recours est ainsi à l'origine de l'affaire Société Mégaron. Le Conseil d'État a eu à considérer l'intérêt à agir de la société au regard du caractère urgent inhérent à la procédure de référé-suspension. Le Conseil considère que « *la Société Mégaron bénéficie, en sa qualité d'acquéreur évincé, d'une présomption d'urgence, à l'encontre de laquelle la commune n'invoque aucune circonstance particulière* » confirmant la jurisprudence *Hourdin* de 2002¹²⁸ ayant instauré une présomption d'urgence en matière de préemption.

¹²⁷ BILLET, P., "Le besoin de vendre rapidement un immeuble pour faire face au règlement de droits de succession constitue une urgence justifiant la suspension d'une décision de préemption pour laquelle le prix doit être fixé par le juge de l'expropriation.," *JCP A et CT*, n°7,1105, 9 février 2004, p.205; NOGUELLOU, R., "Pour apprécier l'urgence, le juge des référés doit, notamment, s'attacher aux incidences de la décisions attaquée sur la situation personnelle du requérant," *JCP A et CT*, n°50,2125, 8 décembre 2003, p.1656.

¹²⁸ CE, 13 novembre 2002, Hourdin, Lebon p. 396, AJDA 2003, p. 695.

CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

81 – La DIA – La procédure de préemption impose un préalable, celui d'informer le titulaire du droit de préemption de l'existence d'une aliénation dans le périmètre établi par le conseil municipal. Le titulaire de ce droit, est par principe, le conseil municipal, qui peut, par délégation attribuer ce droit au maire ou à une société publique locale d'aménagement, mais aussi, depuis la réforme opérée en 2014, aux établissements publics de coopération intercommunale, aux établissements publics « y ayant vocation », aux sociétés d'économie mixte, au concessionnaire d'une opération d'aménagement ou au titulaire d'un contrat de revitalisation artisanale et commerciale. La DIA est un acte administratif considéré comme une offre faite à un tiers, sous le contrôle du juge administratif, mais elle n'est pas soumise au principe du contradictoire. La déclaration d'intention d'aliéner incombe au cédant du fonds de commerce, fonds artisanal ou du droit au bail. Il s'agit d'une obligation mise à sa charge ou à la charge de son mandataire à peine de nullité de l'acte de cession. Cette nullité est régie par le droit commun de la prescription, le délai de l'action est donc de cinq ans. Le point de départ sera le jour de la connaissance par le titulaire du droit de la cession prise en violation de la procédure de préemption. Tant que la commune ou ses délégataires n'ont pas fait connaître leur choix, la rétractation du déclarant quant à sa volonté de céder son bien est possible, car il n'y a pas eu accord sur la chose et sur le prix. La DIA est conditionnée par un formulaire établi par l'arrêté du 29 avril 2008. Son contenu a été très critiqué en raison d'une part, des lacunes dans le contenu des informations visées, et d'autre part de la liberté que le pouvoir réglementaire a pris en prévoyant un droit de délaissement. Par conséquent, la loi dite « Pinel » du 18 juin 2014 est venue compléter l'information nécessaire et obligatoire, en imposant la transmission de références telle que « *le prix, l'activité de l'acquéreur pressenti, le nombre de salariés du cédant, la nature de leurs contrats de travail et les conditions de la cession. Elle comporte également le bail commercial, le cas échéant, et précise le chiffre d'affaires lorsque la cession porte sur un bail commercial ou un fonds artisanal ou commercial* ». Mais l'arrêté instaurant le formulaire *Cerfa* n'a pas été modifié de telle sorte que coexiste deux formes de déclaration, celle résultant du formulaire *Cerfa* et celle résultant de la loi complétant le formulaire.

82 – Les formes et les délais de la procédure – La décision de préempter ou de ne pas préempter est encadrée par une procédure qui varie selon la nature de la cession. Tout

d'abord, si la cession du bien commercial ou artisanal est amiable et le titulaire du droit a deux mois, dès la réception de la DIA, pour notifier sa décision. Passé ce délai, non franc, la commune ou ses délégataires sont réputés avoir renoncé au droit de préemption. Ensuite, si la cession est une adjudication, et selon la nature de la vente, le commissaire-priseur judiciaire, le greffier de la juridiction ou le notaire chargé de procéder à la vente, adressent au maire trente jours au moins avant la date fixée pour la vente, en lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par voie électronique, la déclaration. Le maire devant transmettre au délégataire si cela était nécessaire. Le titulaire du droit a trente jours francs à compter de l'adjudication pour notifier au greffier ou au notaire sa décision, de telle sorte qu'il s'agira d'une réelle substitution de la partie contractante. Le contrat étant déjà formé et la vente étant parfaite, il y aura préemption aux conditions déjà établies par le contrat, et notamment en ce qui concerne le prix de cession. Curieusement, le décret prévoit une publicité au Bureau des hypothèques, aujourd'hui appelé service de la publicité foncière, or les fonds artisanaux, commerciaux ou baux commerciaux ne sont pas des biens immobiliers. Enfin, le droit de préemption peut porter sur une cession de gré à gré autorisée par le juge-commissaire au cours d'une procédure de liquidation judiciaire. Le liquidateur judiciaire est l'organe chargé des opérations à titre onéreux, il devra donc procéder à la déclaration préalable, trente jours avant la signature de la cession de gré à gré. Le titulaire du droit a trente jours francs à compter de la cession de gré à gré pour notifier au greffier sa décision.

83 – Une obligation de motivation peu contraignante – Le contenu de la motivation de la décision suscite débat. En effet, cette motivation aurait dû être imposée par le législateur par renvoi au droit commun de la préemption, c'est ce que le Conseil d'État a fait dans l'arrêt du 26 avril 2013. Dans ce domaine, la commune bénéficie d'une plus grande souplesse de la part de la jurisprudence qui impose simplement une cohérence de la motivation avec les articles du Code de l'urbanisme. Ainsi, les motifs retenus par la jurisprudence actuelle doivent être en conformité avec « *la réalisation, dans l'intérêt général, des actions ou opérations répondant aux objets définis à l'article L. 300-1* », l'objet sera selon cet article « *l'extension ou l'accueil des activités économiques* ». Les critères sont donc larges, les communes ont ainsi toute latitude pour mener à bien l'objectif de sauvegarde des commerces de proximité

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

84 – Une procédure de préemption critiquée et réformée – Le droit de préemption sur les biens commerciaux et artisanaux a pour ambition de protéger et maintenir les commerces de proximité dans toutes les communes. Les communes sont alors devenues garantes des besoins de services et de consommations courantes de ses administrés. Après des débuts difficiles, du fait de la longue attente du décret d'application, ce droit apparaît comme un véritable outil d'aménagement du territoire commercial, préservant le tissu social et économique tant dans les grandes agglomérations que dans les petites communes en zone rurale. Mais sa pluridisciplinarité complexifie sa mise en œuvre dont le canevas choisi est celui du droit de l'urbanisme, alors même que ce droit de préemption s'inscrit dans une logique commercialiste. Nombre d'incohérences sont donc révélées, et concernent tant les critères de la motivation de délimitation de la zone de préemption et de la décision de préempter, que les mesures de publicité du périmètre de préemption ne prenant pas en compte les acteurs intervenant en matière de cession commerciale ou artisanale, sans oublier la déclaration préalable inadaptée aux exigences du commerce. Ces imperfections n'empêchent pas la mise en œuvre de la préemption, mais elles focalisent toutes les critiques ayant imposé une réforme intervenue en 2014 et qui répond à plusieurs de ces difficultés. Le droit de préemption des communes pourrait dès lors devenir un outil plus opérant.

**TITRE SECOND : L'APPLICATION DU DROIT DE PREEMPTION AUX BIENS
COMMERCIAUX ET ARTISANAUX ALIENES A TITRE ONEREUX**

85 – L'interaction entre le droit de l'urbanisme et le droit commercial – La loi du 2 août 2005 en faveur des PME prévoyait initialement en son article 58 que « *le chapitre IV du titre Ier du livre II du Code de l'urbanisme est ainsi établi : Droit de préemption des communes sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce et les baux commerciaux [...] sont soumis au droit de préemption institué par le présent chapitre les cessions de fonds artisanaux, de fonds de commerce ou de baux commerciaux* ». Ces dispositions concernent à la fois le droit de l'urbanisme et le droit commercial, dès lors on aurait pu envisager d'introduire ces nouvelles dispositions au Code de commerce. Mais le choix de l'intégration au Code de l'urbanisme suggère un rattachement à cette branche du droit alors même que l'objet de la préemption relève entièrement du droit commercial. L'article L. 214-1 vise tout aussi bien la qualité des biens soumis à la préemption que la nature de l'acte déclenchant le droit de préemption. Ainsi le nouveau droit de préemption des communes porte sur le fonds artisanal et commercial, ou le droit au bail commercial lors de leur cession selon la loi de 2005, la version actuellement en vigueur vise leur aliénation à titre onéreux. L'étude de ces deux aspects révèle la complexité d'une telle interaction entre le droit de l'urbanisme et le droit commercial.

86 – Les biens objet de la préemption – L'apparente simplicité des notions visées par la loi ne doit pas masquer l'intérêt de leur analyse. En effet, l'étude des biens soumis à la préemption n'est, certes, pas nouvelle, mais l'imbrication des règles commerciales avec les règles du droit de l'urbanisme se heurte à une aporie. Afin d'éviter une impasse, la résurgence d'une réflexion sur l'identification du fonds artisanal, commercial et du bail commercial s'impose. La définition du fonds artisanal ou commercial ne relève pas de la loi. Il peut alors apparaître difficile d'identifier ces biens, mais en réalité l'exploitation artisanale ou commerciale sera facilement identifiable. Ainsi, l'artisanat sera défini en fonction de l'activité exercée. Le fonds artisanal est une universalité comme le fonds de commerce à la seule différence que la clientèle d'un artisan est attachée à la personne de l'artisan porteur d'un savoir-faire qui lui est propre, à l'inverse, la clientèle commerciale est attachée au fonds. Cela dit, le fonds de commerce est une notion plus complexe, déterminée en fonction de sa composition et de sa nature. L'étude de la notion de bail commercial

aurait pu se révéler plus évidente, mais selon Messieurs Flaicher-Maneval et Reygrobellet¹, « il n'y a pas de coïncidence entre la notion de « bail commercial » et de « bail soumis au statut des baux commerciaux ». Il est vrai que le législateur aurait dû préciser quelle « sorte » de bail était visé par ce dispositif, pour autant l'application du statut des baux commerciaux à la préemption sera l'approche la plus juste. Ainsi, le choix du législateur en visant les fonds et les baux révèle une volonté de couvrir toutes les situations possibles, et par là même de donner aux communes un large champ d'action. Une telle ouverture démontre l'ambition portée par cette loi (Chapitre 1).

87 – La nature de l'acte déclenchant la procédure de préemption – Alors que la loi du 2 août 2005 visait « les cessions » des fonds ou baux, le décret d'application du 26 décembre 2007 provoqua un trouble en élargissant le champ d'application de la préemption par l'emploi du terme « d'aliénation à titre onéreux ». Une réforme a été apportée par la loi Warsmann n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives. Ainsi, l'article 4 de cette loi, a modifié le droit de préemption des communes sur les fonds et le bail commercial tel qu'il découlait de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 corrigeant la « variation sémantique »² existant entre la loi et le décret. Dès lors, l'intégralité du régime actuellement en vigueur concerne le droit de préemption des communes lors de l'aliénation à titre onéreux des biens commerciaux et artisanaux. Malgré l'importance de la terminologie en droit, il sera utilisé de façon indifférente au sein de cette étude les termes de « vente », de « cession » ou « d'aliénation à titre onéreux », pour autant il ne faut pas perdre de vue que le droit de préemption des communes s'applique en cas d'aliénation, les termes de « vente » ou de « cession » ne seront que des synonymes devant être exclusivement entendu comme relevant de l'aliénation à titre onéreux du fonds de commerce, fonds artisanal ou du bail commercial. Le régime de cette opération diffère selon qu'elle s'applique au fonds artisanal, au fonds de commerce ou au bail commercial. La mise en perspective des règles relatives à la vente de ces biens et des règles prévues au Code de l'urbanisme est nécessaire afin d'appréhender l'acte de préemption avec précision (Chapitre 2).

¹ FLAICHER-MANEVAL, E., et REYGRABELLET, A., "Droit de préemption urbain en matière de fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux : décret d'application," *BPIM*, 01/2008 et 02/2008, 2008, p. 7 et 4.

² GRISIER, J., sous la direction de Hugues Kenfack, *Le nouveau droit de préemption des communes sur les fonds de commerce et artisanaux ou les baux commerciaux : une approche privatiste de la loi*, Mémoire, Toulouse, septembre 2010.

Chapitre premier : Les biens soumis au droit de préemption

Chapitre second : Les mutations soumises au droit de préemption de la commune

CHAPITRE PREMIER : LES BIENS SOUMIS AU DROIT DE PREEMPTION

88 – Le champ d'application de la préemption commercial et artisanal – L'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme dispose que « *sont soumises au droit de préemption [...] les aliénations à titre onéreux de fonds artisanaux, de fonds de commerce ou de baux commerciaux* ». Le domaine de la préemption est donc clairement défini par la loi, celle-ci s'appliquant aux fonds de commerce et artisanaux et aux baux commerciaux.

89 – L'intérêt de l'exercice de définition – L'intérêt de définir avec précision les biens ainsi visés n'est pas seulement didactique, mais il s'agit d'un aspect déterminant à la compréhension du mécanisme de la préemption d'un bien, qui de nature commerciale ou artisanale, s'inscrit dans une logique économique. Les exclusions qui seront indiquées dans l'étude impliquent une restriction du champ d'application du droit de préemption. À l'inverse, tous les aspects de la définition du fonds artisanal, commercial et du bail commercial permettent d'appréhender l'étendue de ce qui sera effectivement acquis par le titulaire du droit.

90 – Les fonds artisanaux et commerciaux, des universalités – Aucune définition légale n'existe pour ces fonds, mais leur identification n'en est pas pour autant impossible. Classiquement, le fonds artisanal et le fonds de commerce sont des universalités permettant l'attraction d'une clientèle. Mais la clientèle n'est pas envisagée de la même façon entre les deux fonds, ainsi la clientèle d'un fonds artisanal est attachée à la personne de l'artisan, détenteur d'un savoir-faire qui lui est propre ; à l'inverse, la clientèle du fonds de commerce est attachée au fonds de commerce, de telle sorte qu'il est considéré communément que la cession du fonds de commerce correspond à la cession de cette clientèle (Section 1).

91 – Le statut des baux commerciaux – Les baux commerciaux sont régis par un statut protecteur prévu par le décret du 30 septembre 1953, codifié au Code de commerce au « *Livre Ier : Du commerce en général* », « *Titre IV : Du fonds de commerce* », « *Chapitre V : Du bail commercial* ». Ce statut détermine avec précision les baux bénéficiant des dispositions du décret et ceux qui en sont exclus, de telle sorte que si l'on considère que la préemption s'applique à la cession du droit au bail tel que résultant du statut des baux commerciaux, alors tous les baux exclus du statut seront exclus de la préemption

communale. Le dispositif ayant instauré le droit de préemption sur les biens commerciaux et artisanaux n'avait pas à l'origine vocation à s'appliquer dans le cadre du statut des baux commerciaux. Dès lors, pendant la période dite « intermédiaire », c'est-à-dire avant la rétrocession, le statut des baux commerciaux était exclu. Cette « particularité » pouvait trouver une explication, mais posait nombre de questions comme le souligne Monsieur Kenfack¹ : « *Que faire si le bail vient à expiration par exemple pendant cette période ou si à l'issue de ce délai la commune n'a pas trouvé de repreneur ? Peut-elle être locataire plus longtemps alors que la prérogative légale la dispensait d'exploiter les lieux a disparu ? En outre, si le bail vient à expiration moins de trois ans après la rétrocession, l'acquéreur a-t-il droit, malgré une durée d'exploitation insuffisante, à son renouvellement ? Est-ce alors les règles de droit commun du bail d'immeuble issu des articles 1713 et suivants du Code civil qui s'appliquent ? Sans doute s'agissait-il de questions que le décret ne pouvait résoudre* ». Aussi, la réforme de 2014 a admis expressément l'application du statut des baux commerciaux à la commune devenue preneur à bail commercial (Section 2).

Section 1 : L'exercice de la préemption aux fonds de commerce et aux fonds artisanaux

Section 2 : L'application du droit de préemption aux baux commerciaux

¹ KENFACK, H., "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*, n° 25,1508, Mars 2008, p.17.

Section 1 : L'exercice de la préemption aux fonds de commerce et aux fonds artisanaux

92 – La détermination du champ d'application de la préemption – Les notions de fonds artisanal (Paragraphe 1) et de fonds de commerce (Paragraphe 2) ne sont pas précisément définies par la loi. Ainsi, toute la difficulté réside dans la détermination la plus précise de ces notions, afin d'asseoir l'application du droit de préemption des communes. Il faut donc se livrer à un travail de définition, qui comme l'affirme Madame Lebel, « pourrait paraître d'un classicisme, ennuyeux, digne d'un mauvais cours d'introduction au droit des affaires, destiné à donner quelque culture juridique générale aux étudiants de nos facultés de droit. Or, la réalité historique est tout autre [...] »¹. Ainsi, cet exercice a été effectué par la doctrine qui ne cesse depuis des années de préciser tant la notion très complexe de fonds de commerce, que celle du fonds artisanal. Il s'agira là de retranscrire ces analyses afin de mieux comprendre le champ d'application du droit de préemption.

PARAGRAPHE 1 : L'IDENTIFICATION DU FONDS ARTISANAL

93 – La qualité d'artisan déterminante du fonds artisanal – La notion de fonds artisanal fait directement référence à celle d'artisan. Un fonds, qu'il soit de commerce ou artisanal, est une universalité c'est-à-dire un ensemble d'éléments donnant naissance à un courant de clientèle. La distinction entre les deux fonds résulte de l'attribution de la qualité d'artisan de l'exploitant (A).

94 – Le statut de l'artisan – Pendant longtemps, l'artisanat n'a pas eu de statut légal, le Code de commerce ne faisant aucune mention de l'artisan. Dès lors, le droit commun lui était applicable. Mais depuis la Première Guerre mondiale, les artisans ont obtenu des avantages sociaux, fiscaux ou professionnels, inspirés soit du statut de salarié, soit du statut de commerçant. Ainsi, trouve-t-on d'un côté la réglementation administrative incorporée au Code de l'artisanat, et de l'autre, des lois éparses tentant d'organiser le statut de l'artisan, même si l'évolution législative tend vers une assimilation du fonds artisanal au fonds de commerce quant à l'application du statut (B).

A) LE SECTEUR DES METIERS ET L'ARTISAN, LES ACTEURS DU FONDS ARTISANAL

¹ LEBEL, C., "Du commerçant et de l'artisan à l'activité commerciale et l'activité artisanale - Colloque : l'entreprise individuelle, commerciale et artisanale, dans tous ses états," *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 157, 2011.

95 – Une distinction historique – Historiquement la distinction entre commerçants et artisans, relevait de leur appartenance à des corporations différentes. Le développement industriel aurait pu faire disparaître le secteur de l’artisanat, pourtant florissant au XIX^e siècle, mais en réalité, ce secteur a bénéficié d’une certaine protection, en raison notamment de la qualité du savoir-faire porté par l’artisan. Mais depuis les années 80, on observe un déclin de la profession². Malgré tout l’artisanat conserve une influence sur l’économie.

96 – La définition de l’activité par la personne de l’artisan – Ainsi, la mise en lumière du fonds artisanal par la nouvelle loi sur la préemption démontre bien cette ambivalence entre préoccupations de la profession sur son devenir dans un système économique mondialisé et l’importance du secteur dans le commerce de proximité. Le fonds artisanal se définit à partir de l’activité exercée (1) par un artisan (2).

I. LE SECTEUR DES METIERS : LA DEFINITION DE L’ACTIVITE ARTISANALE SUSCEPTIBLE DE PREEMPTION

97 – L’artisanat défini par son activité – La définition de l’activité artisanale n’est pas chose aisée. En effet, la notion de l’artisanat est polymorphe en raison de la grande diversité d’activité³. La qualification de l’activité artisanale a donc été proposée par le législateur. La loi du 5 juillet 1996⁴ établit une liste d’activité relevant du statut de l’artisanat. La frontière entre activités commerciales et artisanales n’est pas toujours facile à délimiter. Ainsi, la détermination de la nature de l’activité artisanale a été envisagée par la loi de 1996 en son article 19. Dès lors, le secteur des métiers englobe les entreprises qui ont une activité de production, de transformation, de réparation ou de prestation de services relevant de l’artisanat et figurant sur la liste annexée au décret du 2 avril 1998. La liste a été élaborée après consultation de l’assemblée permanente des Chambres des métiers, de l’assemblée française des Chambres de commerce et d’industrie et des organisations professionnelles représentatives. Cette liste exclut expressément certains métiers tels que les activités agricoles et la vinification, l’impression des journaux, la fabrication de principe actif, sang ou médicaments. Ainsi, est annexé au décret n° 98-247 du 2 avril 1998 relatif à la

² Autour de 800 000 chaque année (chiffre établi à la fin des années 90 par la Chambre des métiers). Aujourd’hui Le secteur compte aujourd’hui 920 000 entreprises.

³ PEDAMON, M., et KENFACK, H., *Droit commercial - Commerçants et fonds de commerce - Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2015, n°102.

⁴ JO 6 juillet 1996 : JCP N 1996, n° 30, p. 1163. J-L. Puygauthier : Les conséquences de la loi du 5 juillet 1996 dite « Loi Raffarin » sur le monde artisanal (Partie 1) : JCP N 1997, 4031: Les conséquences de la loi du 5 juillet 1996 dite « Loi Raffarin » sur le monde artisanal (Partie 2) : JCP N 1997, 4035.

qualification professionnelle⁵, la liste des activités relevant de l'artisanat, devant être soumises à immatriculation. Il s'agit tout d'abord des métiers de l'alimentation : boulanger, pâtissier, à l'exclusion des terminaux de cuisson, charcutier, boucher, primeurs. Ensuite viennent les métiers du bâtiment : terrassier, maçon, plombier, couvreur, chauffagiste, menuisier, serrurier, électricien, peintre, décorateur. Les métiers de fabrication aussi sont visés par le décret et comprennent les tailleurs, tisserands, modistes, couturières, fabricants de vêtements en cuir et fourrure, horlogers, bijoutiers, imprimeurs, relieurs, verriers, fabricants de matériel agricole, de machines et d'équipements et de transport. Enfin, les métiers de services, tels que la réparation automobile, le contrôle technique, les cordonniers, les réparateurs d'articles personnels et domestiques, blanchisseurs, pressing, sauf libre-service, restaurateur de meubles, taxi, ambulancier, déménageurs. Le constat à la simple lecture de cette liste est évident, tout l'artisanat relève de l'idée commune de « commerce de proximité », justifiant « naturellement » l'application du droit de préemption à cette sphère ; la préemption d'un fonds artisanal, de par la nature de l'activité exercée, relève de l'objectif de la loi de proximité et de diversité.

98 – Les critères de qualification de l'activité artisanale – L'activité artisanale se caractérise selon deux critères légaux⁶ : la dimension de l'entreprise et de son indépendance. Le nombre de salariés dans l'entreprise est donc déterminant pour ce qui concerne sa qualification. La loi, avant la réforme de 2014, a donc limité l'activité artisanale à dix salariés tels que comptabilisés par le Code du travail : l'article 8 du décret de 1998 faisant un renvoi aux anciens articles L. 117-11-1 et L. 412-5 du Code du travail⁷. Dès lors, il ne faudra pas prendre en compte dans le calcul de l'effectif salarial les apprentis, les titulaires des contrats E.S., contrats d'insertion revenu minimum, d'accompagnement dans l'emploi, d'avenir, de professionnalisation, mais les contrats temporaires sont à l'inverse pris en compte dans l'effectif. Le dépassement du seuil de dix salariés oblige la personne immatriculée au répertoire des métiers à demander sa radiation dans un délai d'un mois⁸. L'exigence est cependant écartée dans trois cas⁹. Tout d'abord, l'immatriculation sera maintenue sans limitation de durée aux personnes ou au dirigeant social ayant la qualité d'artisan, de maître artisan ou titulaire du brevet de maîtrise ou dont

⁵ Une actualisation de la liste est effectuée : décret n°2008-565 du 17 juin 2008 (JO 19 juin 2008, p. 9913).

⁶ Article 19 de la loi du 5 juillet 1996 : PEDAMON, M., et KENFACK, H., *Droit commercial - Commerçants et fonds de commerce - Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 4ème éd., 2015, n°104.

⁷ Devenus respectivement les articles L. 1111-3 et L. 2141-11 du Code du travail.

⁸ AZARIAN, H., *L'artisanat*, Litec, 2ème éd., 2010, n°87.

⁹ *Op. Cit.* n°67.

le conjoint collaborateur détient l'une de ces qualités¹⁰. Ensuite, la radiation peut être écartée pour une durée de 3 ans non renouvelable si les conditions précédemment énumérées ne sont pas remplies¹¹. Enfin, l'immatriculation sera maintenue « pendant une durée d'un an en cas de cessation temporaire d'activité, sur déclaration de la personne immatriculée »¹². Ces mesures sont appelées « droit de suite », or la loi du 18 juin 2014¹³ vient modifier le dispositif en rendant le bénéfice de l'immatriculation au répertoire des métiers non conditionné par la taille de l'activité ni dans le temps¹⁴. Le second critère légal définissant l'activité artisanale est celui de l'autonomie. L'activité doit donc être exercée sans lien de subordination. Il y a donc une distinction à faire entre l'activité salariale et l'activité artisanale. D'ailleurs, la loi dite Madelin¹⁵ a introduit un article L. 120-3 ancien, devenu L. 8221-6 du Code du travail, et réformé par la loi du 18 juin 2014¹⁶, qui pose une présomption simple d'indépendance en faveur des artisans¹⁷. La jurisprudence est venue préciser le domaine de l'artisanat en considérant que « l'artisan ne constitue pas de stock et que son bénéfice provient principalement de son travail, mais non de la spéculation sur les marchandises ou sur une main-d'œuvre salariée »¹⁸.

2. L'ATTRIBUTION DE LA QUALITE D'ARTISAN

99 – Le point de vue doctrinal – La notion d'artisan a été définie par Monsieur Cohen¹⁹ en fonction d'un certain réalisme. Ainsi, l'artisan est la personne exerçant personnellement et à son compte un métier manuel et se livrant principalement à la vente du produit de son propre travail.

100 – L'artisan selon la jurisprudence – Il est possible de définir l'artisan en référence aux critères de la jurisprudence, dès lors, l'artisan peut être considéré comme celui qui tire bénéfice de son travail et non de la spéculation sur les marchandises ou sur une main-d'œuvre.

¹⁰ Décret 98-246 du 2 avril 1998, article 12. a.

¹¹ Décret 98-246 du 2 avril 1998, article 12. b.

¹² Décret 98-246 du 2 avril 1998, article 12 dernier alinéa.

¹³ Loi n° 2014-626, 18 juin 2014, art. 22, I, 3°, a), mod. L. n° 96-603, 5 juill. 1996, art. 19.

¹⁴ ACTUALITE, "La loi Pinel et le régime de l'artisanat," *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 96, 2014; AZARIAN, H., et MARON, A., "Droit de l'artisanat," *JCP E*, n° 15, 9 avril 2015, 1179.

¹⁵ Loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 - art. 29.

¹⁶ Loi n°2014-626 du 18 juin 2014 - art. 27.

¹⁷ Cass. crim., 10 mars 1998, D. 1999, Somm., 184, obs. Fadeuilhe.

¹⁸ Cass. com., 6 février 1962, Gaz. Pal., 1962, 1, 393 ; 4 octobre 1966, D., 1966, 682 ; 2 mai 1972, Bull. Civ., IV, n° 128 ; 16 juillet 1982, Bull. Civ. IV, n° 272.

¹⁹ COHEN, A., *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, Sirey, 2ème éd., 1948, n° 63.

101 – *La qualification légale de l'artisan* – L'attribution de la qualité d'artisan est déterminée par la loi. Trois catégories sont prévues : d'une part l'artisan, d'autre par l'artisan d'art, et enfin, le titre de maître artisan²⁰. La qualité d'artisan et d'artisan d'art implique des conditions de diplôme, de titre ou d'expérience professionnelle²¹. Le titre de maître artisan est soumis à deux critères de plus : l'immatriculation de dix ans minimum et un savoir-faire reconnu officiellement. La demande d'attribution du titre remis par le président de la Chambre des métiers, est soumise obligatoirement à une commission régionale des qualifications, qui statue après avis d'expert dans le métier concerné²². Seuls les titulaires de ces qualités ou titres peuvent utiliser le terme « artisan » et ses dérivés pour toute appellation, promotion, enseigne et publicité du produit de l'entreprise ou de la prestation de services. Pour ce qui concerne le maître artisan d'art, il peut seul conserver l'usage de la qualité à titre honoraire à la retraite²³. La loi dite « Pinel » modifie certain aspect de la qualification d'artisan. En effet, la loi Warsmann II du 22 mars 2012 avait introduit la notion « d'artisan qualifié ». D'aucun ont pu être critique à l'égard de cette qualification qui « *loin de répondre à l'objectif de clarté, de lisibilité et de meilleure protection du consommateur qui lui avait été assigné, n'a eu d'autre effet, en réalité, que d'embrouiller un peu plus les esprits* »²⁴, elle a donc été supprimée par la réforme de 2014. La loi prévoit dès lors que la qualité d'artisan est octroyée pour toutes personnes physiques, ou dirigeants sociaux des personnes morales qui justifient d'une qualification professionnelle attribuée soit en vertu de la possession d'un diplôme ou d'un titre soit en considération d'une expérience professionnelle et qui est immatriculé au répertoire des métiers²⁵. Par ailleurs, la réforme de 2014 a introduit une définition légale des « métiers d'art » : « *relèvent des métiers d'art, selon des modalités définies par décret en Conseil d'État, les personnes physiques ainsi que les dirigeants sociaux des personnes morales qui exercent, à titre principal ou secondaire, une activité indépendante de production, de création, de transformation ou de reconstitution, de réparation et de restauration du patrimoine, caractérisée par la maîtrise de gestes et de techniques en vue du travail de la matière et nécessitant un apport artistique* »²⁶.

²⁰ PEDAMON, M., et KENFACK, H., *Droit commercial - Commerçants et fonds de commerce - Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 4ème éd., 2015, n°107 à111.

²¹ L. 1996, art 21.

²² L. 1996, art 4.

²³ L. 1996, art 21-I.

²⁴ AZARIAN, H., et MARON, A., "Droit de l'artisanat," *JCP E*, n° 15, 9 avril 2015, 1179.

²⁵ Loi n° 2014-626, 18 juin 2014, art. 22, I, 6, a).

²⁶ Loi n° 96-603, 5 juill. 1996, art. 20, al. 1^{er} inséré par L. n° 2014-626, 18 juin 2014, art. 22, I, 5°.

B) LE STATUT DE L'ARTISAN ET LE FONDS ARTISANAL

102 – *Le statut polymorphe de l'artisan* – L'artisan a plusieurs statuts : fiscal, social, professionnel, et de droit privé. Pendant longtemps, les artisans ont tenté de se démarquer des commerçants pour alléger leurs charges fiscales. La définition de l'artisan en droit fiscal est plus restrictive que celle du statut professionnel. En ce qui concerne le statut social, une évolution vers une meilleure prise en charge de l'artisan s'est opérée²⁷.

103 – *Le statut professionnel* – Du point de vue du statut professionnel, l'artisanat est organisé autour des Chambres des métiers créées à l'image des Chambres de commerce et d'industrie. Elles sont composées de membres élus représentant autant les chefs d'entreprise que les compagnons. Sous la responsabilité du président de la Chambre, les Chambres des métiers tiennent les répertoires des métiers répertoriant les entreprises du secteur des métiers. Ces mêmes Chambres délivrent les diplômes. Le répertoire des métiers a remplacé le registre des métiers en 1962. Il est réglementé par le décret du 2 avril 1998. Il n'a pratiquement qu'une valeur administrative et statistique, et sauf exception fiscale, l'immatriculation ne suffit pas à entraîner les conséquences juridiques découlant de l'appartenance à l'artisanat. Le répertoire des métiers comprend quatre sections. La première comprend l'immatriculation des personnes physiques et morales exerçant une activité conditionnée par une qualification. Une deuxième section concernant les personnes physiques ou morales immatriculées ayant une activité sans qualification obligatoire. Une troisième pour les artisans d'art et enfin une quatrième section pour l'immatriculation des sociétés coopératives artisanales. Le président de la Chambre des métiers, qui tient sous sa responsabilité le répertoire, est compétent pour statuer sur les demandes d'immatriculation et de radiation. La commission du répertoire des métiers peut être saisie pour avis avant que le président de la Chambre rende sa décision notifiée par lettre recommandée avec accusé de réception. Si la décision s'oriente vers un refus, la commission est saisie d'office. Le préfet peut d'office demander l'immatriculation ou la radiation après avis de la commission des métiers. Enfin, le président délivre à toute personne immatriculée une attestation comportant la nature de l'activité, l'identification sous le numéro d'identification unique des personnes physiques ou morales immatriculées et le cas échéant la qualité d'artisan, d'artisan d'art ou le titre de maître artisan.

²⁷ LEBEL, C., "Du commerçant et de l'artisan à l'activité commerciale et l'activité artisanale - Colloque : l'entreprise individuelle, commerciale et artisanale, dans tous ses états," *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 157, 2011.

104 – Le statut estompé de droit privé de l'activité artisanale – L'artisan bénéficie d'un statut de droit privé²⁸. En effet, les activités artisanales sont des activités de nature civile, par conséquent, tout acte de commerce accompli par un non-commerçant pour les besoins de son fonds artisanal constitue un acte civil par accessoire²⁹. Ainsi, les achats de marchandises en vue de la revente perdent leur caractère commercial tant qu'ils restent l'accessoire du travail principal³⁰. Ce qui emporte que tout ce qui concerne la capacité, la compétence au cas de contestation, la preuve, la prescription, relève du droit privé commun et non des dispositions spéciales du droit commercial. Cependant, la tendance législative est à l'alignement du statut privé de l'artisan sur celui des commerçants. Le statut du fonds artisanal en est le meilleur exemple, *a fortiori* à l'aune de l'application du droit de préemption des communes qui visent sans distinction l'aliénation des deux fonds.

105 – Le fonds artisanal – Pendant longtemps, le fonds artisanal n'avait pas de véritable existence juridique. Les règles commerciales ne lui étaient pas applicables, l'exclusion portait sur les règles propres à la vente commerciale, au nantissement et à la surenchère. N'étant pas assimilable au fonds de commerce, dont l'existence est fondée sur la présence d'une clientèle attachée au fonds, la clientèle du fonds artisanal est attachée à la qualité personnelle de l'exploitant, ayant pour conséquence de diminuer la valeur vénale de celle-ci. Le législateur, avec la loi de 1996 dite « Raffarin », a tenté d'effacer la différence de traitement entre le fonds artisanal et le fonds de commerce. Cette évolution s'explique par la réalité du marché. Pour le législateur, il s'agit « *de permettre aux artisans qui n'ont pas la qualité de commerçants de bénéficier de financements dans les mêmes conditions que les commerçants. Sur le plan matériel, les éléments constitutifs du fonds artisanal sont tout à fait similaires à ceux qui constituent le fonds de commerce* »³¹. On peut donc considérer que le fonds artisanal comprend l'enseigne et le nom professionnel, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les dessins et modèles, ainsi que les autres droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique qui y sont attachés. Le fonds artisanal est une universalité de fait. Ainsi, les artisans ont obtenu le bénéfice de la propriété

²⁸ PEDAMON, M., et KENFACK, H., *Droit commercial - Commerçants et fonds de commerce - Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 4ème éd., 2015, n°113 et 114.

²⁹ Cass. com. 11 mars 2008 n° 41-2227, Bull. Inf. C.cass. n° 684, 15 juin 2008, n° 1031; JCP E 2008, n° 36, 2050 note CH. Lebel; JCP E 2008, n° 41, 2227, spec. n°4, obs. Ch. Azarian et B. Saintourens; D. 2008, act. Jurispr. p. 980, obs. A. Chevrier.

³⁰ Cass. com., 18 février 1980, Bull. civ., IV, n° 84, RTD com., 1980, 759, obs. Derruppé et 1981, 602, obs. Merle.

³¹ AN, 8 oct. 1996, *Commission de la production et des échanges, Mise en œuvre de la loi*, « commerce et artisanat », « loyauté et équilibre des relations commerciales », loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 *relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat*.

commerciale, ce qui permet à l'artisan d'obtenir une indemnité en cas de refus de renouvellement de son bail. Il en résulte une extension aux locaux artisanaux du domaine d'application du statut des baux commerciaux. Par ailleurs, la location-gérance du fonds artisanal par assimilation au fonds de commerce est possible, et permet dans le cadre du droit de préemption de mettre en location-gérance le fonds artisanal pendant la période intermédiaire précédant la rétrocession. L'assimilation du fonds artisanal au fonds de commerce s'étend aux garanties telles que le nantissement, à l'exploitation qui peut se faire dans un magasin collectif de commerçants indépendants et aux procédures collectives, dont l'impact sur la compétence civile des tribunaux est à signaler. En effet, le Tribunal de commerce sera compétent pour tout redressement, liquidation judiciaire ou sauvegarde de l'artisan en difficulté. L'effacement progressif de la frontière entre fonds artisanal et fonds de commerce amène parfois à une requalification de l'activité artisanale en activité commerciale. La requalification s'effectue sur le fondement de plusieurs critères, en premier lieu, en fonction de l'importance quantitative des actes de commerce accomplis par l'artisan. En deuxième lieu, le nombre de salariés, en référence à la limite imposée par la loi de 1996, soit dix salariés. En troisième lieu, la requalification peut s'opérer sur la base de l'examen de l'utilisation de moyens matériels si importants que l'activité manuelle n'est plus la source essentielle des revenus de l'artisan. Enfin, les critères vont se porter sur la spéculation sur les matières premières et les matériaux, et la sous-traitance du travail. Ce mouvement de rapprochement est d'ailleurs visible dans la loi relative à la préemption « artisanale et commerciale », qui vise au même titre et traite dans la procédure de préemption de la même manière, l'activité artisanale et commerciale associées conjointement derrière une notion nouvelle : « le commerce de proximité » .

PARAGRAPHE 2 : LA NOTION DE FONDS DE COMMERCE, UN BIEN VISE PAR LA PREEMPTION

106 – *Le fonds de commerce, une notion complexe* – L'étude d'une telle institution devrait commencer en toute logique par sa définition. Or, cet exercice est bien plus difficile qu'il n'y paraît. Dans un souci de compréhension, la notion sera appréhendée par une première approche que le développement qui suit complètera. Classiquement, il faut se référer à la loi pour définir une notion, or dans le cas du fonds de commerce, la loi du 17 mars 1909, ne définit pas cette notion et se contente de faire une énumération non

limitative des éléments composant le fonds³². De plus, il n'existe pas d'approche unanime concernant la notion de fonds de commerce, pour ce faire, il faudrait un consensus autour de la nature juridique du fonds de commerce.

107 – *L'approche classique* – Pour autant, cette étude débutera par une formule majoritairement reprise par les auteurs et qui se rapproche de l'énumération légale. Le fonds de commerce correspond à un ensemble d'éléments mobiliers corporels et incorporels constitués par un commerçant pour répondre aux besoins d'une clientèle³³.

108 – *L'approche historique* – Historiquement, le terme de « fonds de commerce » est apparu au XVIII^e siècle et plus particulièrement avec la loi d'Allarde des 2-17 mars 1791 ayant reconnu la liberté du commerce³⁴. Il s'agissait alors du capital d'un marchand, fonds de marchandises ou de boutique, englobant aussi bien les deniers, que les machines, les métiers ou même les ustensiles. Cette conception est encore éloignée de la notion actuelle de « fonds de commerce », car à la fin du XVIII^e siècle la boutique ne pouvait être le support d'un crédit. C'est au XIX^e siècle que la pratique va construire peu à peu la notion de fonds de commerce. L'achalandage et les éléments corporels de l'ancien « fonds de boutique » et quelquefois les créances sont l'objet de mentions communes dans les actes. Mais deux notions coexistent, la notion large d'« établissement commercial » et la notion de « fonds » présentée comme « une valeur purement d'opinion »³⁵. C'est cette notion plus large d'« établissement commercial » n'incluant pas les créances qui fut retenue par la jurisprudence qui envisageait la notion de « fonds » comme un patrimoine distinct. Il faudra attendre le XX^e siècle pour voir apparaître une législation ayant vocation à encadrer le fonds de commerce. La loi de 1909 est ainsi le résultat de multiples projets de loi. C'est à la fin du XX^e siècle qu'une refonte globale du Code de commerce a permis la consécration de la notion de fonds de commerce dans un Titre du Code de commerce au sein du premier Livre. L'origine du fonds de commerce permet de mieux comprendre l'importance de cette institution et tous les enjeux encore vivaces concernant l'approche de la notion.

109 – *Une activité commerciale d'exploitation centrée sur la clientèle* – L'étude s'articule autour de la notion d'exploitation, ainsi le fonds de commerce est en premier lieu

³² LEGEAIS, D., *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 22^eme éd., 2015, n°149.

³³ REYGROBELLET, A., "La clientèle : élément constitutif principal du fonds de commerce ?," *Dalloz Action - Droit et pratique des baux commerciaux*, Dalloz, 2015, n° 710.10 et s.

³⁴ Voir *Infra* n°264.

³⁵ LEVI, A., GARBIT, P., AZEMA, J., et VALLENS, J.-L., "Droit commercial," Lamy, 2015, n°26 à 28.

un ensemble d'éléments d'exploitation (A), mais plus particulièrement l'exploitation d'une clientèle (B), qui quelle que soit sa définition est avant tout commerciale (C).

A) LE FONDS DE COMMERCE, UN ENSEMBLE D'ÉLÉMENTS D'EXPLOITATION

110 – *Les éléments servant le fonds de commerce* – Dire du fonds de commerce qu'il constitue un ensemble d'éléments est en soi une prise de position quant à la définition du fonds. Pour autant, considérer que le fonds de commerce est composé d'éléments est une simple référence à la loi qui envisage uniquement le fonds de commerce comme une liste d'éléments (1).

111 – *L'union des éléments* – Ces éléments peuvent être considérés comme un ensemble (2) dont la nature est au cœur de l'étude sur le fonds de commerce (3).

I. LES ÉLÉMENTS COMPOSANT LE FONDS DE COMMERCE

112 – *L'énumération légale des éléments composant le fonds soumis à préemption* – La détermination des éléments composant un fonds de commerce se fait par référence à la loi du 17 mars 1909 sur la vente et le nantissement du fonds de commerce. En effet, la loi énumère de façon non exhaustive les biens entrant dans la composition du fonds de commerce. Cette liste a pour unique vocation d'indiquer les biens inclus dans l'opération sur le fonds de commerce tels que la vente et le nantissement. Ainsi, étant donné que la loi sur le droit de préemption des communes vise l'aliénation d'un fonds de commerce, il est primordial d'étudier les éléments qui composent le fonds et qui constituent donc l'objet de la préemption. Il s'agira alors des éléments que la commune pourra acquérir par préemption.

113 – *Les éléments visés par la loi* – Traditionnellement, il faut distinguer deux sortes de biens : les éléments corporels (a), que sont le matériel et les marchandises et les éléments incorporels (b).

114 – *Les éléments exclus de la notion* – Cette approche amène à prendre aussi en considération les biens exclus du fonds de commerce (c).

a) Les biens corporels composant le fonds

115 – *Deux catégories de biens corporels du fonds* – Les biens corporels, dont la nature est strictement matérielle, sont très variés. La loi du 7 mars 1909 autorise la

simplification de la catégorie des éléments corporels entrant dans le fonds de commerce, en distinguant seulement deux sous-catégories, le matériel et les marchandises.

116 – *Le matériel attaché au fonds* – Le matériel est constitué par les biens mobiliers corporels qui servent durablement à l'exploitation commerciale. Il s'agit par exemple du matériel d'équipement ou des meubles de bureau. L'outillage peut être inclus dans cette catégorie³⁶. L'article L. 142-2 alinéa 1 du Code de commerce semble distinguer le mobilier commercial du matériel et de l'outillage³⁷. En réalité, la doctrine considère unanimement³⁸ qu'il n'y a pas lieu à distinction. En effet, ces termes ont le même sens et désignent les objets mobiliers servant durablement à l'exploitation du fonds. Il faut souligner que par principe, quel que soit le bien visé, il sera un élément du fonds de commerce seulement s'il sert réellement à son exploitation. Dès lors, tout matériel se trouvant dans le local commercial, mais ne servant qu'à un usage personnel n'est pas un élément du fonds. La conséquence juridique est que ces éléments ne suivent pas le sort juridique du fonds et doivent être distraits d'une vente ou de toute transmission du fonds, et donc de la préemption. Ainsi, le matériel a souvent été considéré comme un élément fragile et subalterne. Sa fragilité résulterait du mécanisme de l'immobilisation par destination des biens meubles, transformant le matériel, bien meuble par nature, en un bien immobilier. Ce mécanisme ne peut naître que si le propriétaire du fonds est aussi propriétaire de l'immeuble. Dès lors, le matériel servant au fonds devient un bien immeuble servant l'immeuble auquel il est attaché. Le matériel est envisagé comme un élément subalterne, de part la jurisprudence selon laquelle, la clientèle représente l'élément le plus essentiel, sans lequel le fonds ne saurait exister. Il semble alors exister une hiérarchie entre les éléments corporels qui occuperaient une place inférieure et facultative, et l'élément incorporel qu'est la clientèle. Pour autant, un autre courant jurisprudentiel donne une plus grande importance au matériel, lorsqu'il est indispensable à l'exploitation, c'est-à-dire permettant à lui seul d'attirer la clientèle, alors le matériel devient un élément essentiel au fonds. La cession du matériel ainsi qualifié d'indispensable à l'exploitation revient à céder le fonds de commerce, le droit de préemption pourra dès lors intervenir. Il est important de bien distinguer les marchandises du matériel, car la loi a pris en compte la spécificité des

³⁶ PEDAMON, M., et KENFACK, H., *Droit commercial - Commerçants et fonds de commerce - Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 4ème éd., 2015, n°262.

³⁷ LEGEAIS, D., *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 22ème éd., 2015, n°151.

³⁸ VOGEL, L., *Traité de droit commercial de G.Ripert et R. Roblot*, LGDJ, 18ème éd., 2001, Tome I, Vol. 1. n° 463, DERRUPPE, J., "Fonds de Commerce," *Répertoire Droit Commercial*, Dalloz, Janvier 2015, n° 68.

marchandises pour leur appliquer un régime différent. On qualifie de marchandises tout objet mobilier corporel affecté à l'exploitation en ce qu'il est destiné à la vente, soit en l'état, soit après transformation. Le critère de la distinction est donc la finalité dudit bien à savoir sa revente. En effet, le matériel comme les marchandises sont des meubles corporels affectés à l'exploitation ils ont donc la même nature. Cette identité de nature rend la distinction difficile. C'est le cas par exemple des matières premières, lorsqu'elles sont destinées à être revendues en l'état ce sont des marchandises. Lorsqu'au contraire, elles servent d'instrument de fabrication pour les besoins propres de l'entreprise, sans entrer véritablement dans le processus de fabrication des biens mis en vente, il s'agit de matériel.

117 – *La catégorie des marchandises* – Les marchandises désignent donc, un stock en perpétuel renouvellement comme l'a précisé Monsieur Roblot « *c'est le stock tout entier qui fait partie du fonds, et ce stock est naturellement variable* »³⁹. Il en résulte une grande hétérogénéité des marchandises par rapport aux autres éléments caractérisés par leur fixité. Les marchandises sont donc circulantes ce qui exclut l'application de la règle de l'immobilisation par destination. La différence de régime avec le matériel concerne principalement le nantissement. L'article L. 142-2 du Code de commerce exclut en effet que les marchandises puissent entrer dans l'assiette du nantissement grevant le fonds⁴⁰. D'autres différences concernant la vente du fonds de commerce sont à signaler, notamment quant à l'imputation des paiements. Lorsque le prix n'est pas versé comptant, il doit d'abord viser le prix des marchandises, puis du matériel. Ainsi la distinction entre marchandises et matériel impose une hiérarchie, les marchandises tenant le tout dernier rang dans ce classement. Le vendeur du fonds peut donc dissocier le stock des autres éléments, même si d'un point de vue fiscal la requalification en vente du fonds de commerce reste possible⁴¹.

b) Les biens incorporels inclus dans le fonds

118 – *Les éléments incorporels ordinaires et extraordinaires* – L'aspect hiérarchique se révèle plus particulièrement dans ce domaine d'étude. En effet, sauf clause contraire insérée dans l'acte de vente, le nantissement ou le privilège n'ont pas d'assiette

³⁹ RIPERT, G., et ROBLOT, R., *Traité de droit commercial*, LGDJ, 18ème éd., 2002, Tome 1 - Vol. 1.

⁴⁰ PEDAMON, M., et KENFACK, H., *Droit commercial - Commerçants et fonds de commerce - Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 4ème éd., 2015, n°261.

⁴¹ Cass. com., 25 janvier 1977, n° 75-14.142, Ind. enr. N° 13196 ; Cass.com., 2 juillet 1979, n° 77-16.035, Bull. Civ., IV, n° 220, p. 178 ; Cass. com., 18 oct 1982, n° 81-11.756.

corporelle⁴². Sur ce même critère, les éléments incorporels sont distingués en deux catégories : d'une part ceux présumés comme constituant l'assiette du nantissement et les autres, les premiers étant considérés par la loi comme plus importants que les seconds. Ainsi il faut désigner par éléments incorporels ordinaires ceux présumés comme constituant l'assiette du nantissement, ce qui correspond à la clientèle et au droit au bail. La seconde catégorie comprend notamment les droits de propriété intellectuelle qui sont qualifiés d'éléments incorporels extraordinaires.

119 – *L'élément principal du fonds de commerce, la clientèle* – La clientèle est donc un élément incorporel ordinaire composant le fonds de commerce. Elle est qualifiée par une jurisprudence constante et aujourd'hui classique, comme l'élément essentiel du fonds sans lequel celui-ci ne saurait exister. La prédominance de la clientèle sur les autres éléments aboutit parfois à la disparition de l'autonomie de la notion, les autres éléments n'étant considérés que par rapport à la clientèle et pour elle. La notion de clientèle est issue de la loi du 17 mars 1909, qui l'associe au terme d'achalandage⁴³. L'achalandage vient du mot « chalands » qui désigne les clients. L'achalandage est donc l'attrait que le fonds exerce sur les clients⁴⁴. La clientèle suggère une compagnie de personnes, attachée à une personne. Mais les rédacteurs de la loi de 1909 n'avaient semble-t-il pas l'intention de distinguer ces deux notions. Pour autant, certains auteurs⁴⁵ ont suggéré le rétablissement de la distinction entre facteur subjectif et facteur objectif. Ainsi, selon cette partie de la doctrine, la clientèle est le facteur subjectif de l'attractivité lié à la personnalité propre du commerçant. L'achalandage est le facteur objectif prenant en compte la localisation du fonds. Les controverses sur la distinction entre achalandage et clientèle ont pris fin lors de la réforme du Code de commerce, seul le terme de clientèle fut retenu sans que cela ne porte à conséquence sur le droit substantiel. La clientèle peut donc être définie comme « l'ensemble de personnes en relation d'affaires avec un commerçant »⁴⁶.

120 – *Le droit à tout bail, un élément du fonds* – Le droit au bail est aussi un bien incorporel ordinaire composant le fonds de commerce. En effet, le droit au bail est ce

⁴² Article L. 141-5 alinéa 2 et L.142-2 alinéa 3 du Code de commerce.

⁴³ LEGEAIS, D., *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 22ème éd., 2015, n°153.

⁴⁴ PEDAMON, M., et KENFACK, H., *Droit commercial - Commerçants et fonds de commerce - Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 4ème éd., 2015, n°264.

⁴⁵ CENDRIER, G., *Le fonds de commerce, Traité général théorique et pratique avec formulaires*, Dalloz, 6ème éd., 1934; ESCARRA, J., *Cours de droit commercial*, Sirey, 1952; LYON-CAEN, C., et RENAULT, L., *Traité de droit commercial*, LGDJ, 5ème éd., 1921-1936.

⁴⁶ LEVI, A., GARBIT, P., AZEMA, J., et VALLENS, J.-L., "Droit commercial," Lamy, 2015, n°224.

qui permet de localiser le fonds, mais cet élément ne constitue pas de plein droit un élément nécessaire du fonds⁴⁷. Le fonds de commerce peut donc exister sans droit au bail⁴⁸. Cette hypothèse recouvre deux cas, il s'agit d'une part, du cas de fonds dépourvu de localisation fixe comme les « fonds forains » exploités par un commerçant ambulant. D'autre part, l'absence de bail peut s'expliquer par la propriété des murs par l'exploitant du fonds s'y trouvant. Cet aspect a pris une autre dimension avec la loi du 18 juin 2014 qui reconnaît l'existence d'un fonds de commerce sur le domaine public en insérant un article L. 2124-32-1 au sein du Code général de la propriété des personnes publiques, aux termes duquel : « un fonds de commerce peut être exploité sur le domaine public sous réserve de l'existence d'une clientèle propre »⁴⁹. Cette réforme adoptée par suite d'un amendement du Sénat a pour but de contrecarrer la jurisprudence du Conseil d'Etat qui considère « qu'en regard au caractère révocable, pour un motif d'intérêt général, d'une convention portant autorisation d'occupation du domaine public, ainsi que du caractère personnel et non cessible de cette occupation, celle-ci ne peut donner lieu à la constitution d'un fonds de commerce dont l'occupant serait propriétaire »⁵⁰. Selon la jurisprudence administrative l'application de droits réels civils sur le domaine public est incompatible avec les règles de domanialité publique⁵¹. Mais le fonds de commerce sur le domaine public n'ouvre pas droit au bail⁵². La loi ne précise pas ce qu'elle entend par « droit au bail ». Il paraît donc nécessaire de se référer à la définition donnée par l'article 1709 du Code civil : il s'agit d'un contrat où une partie, le bailleur, s'engage à faire jouir l'autre, le locataire, d'une chose pendant un certain

⁴⁷ Cass. com., 27 avril 1993, n° 91.10-819, Bull. civ. IV, n° 156, p. 108, Defreynois 1993, art. 35631, p. 1202, obs. Le Cannu P., RJDA 1993, n° 11, n° 896, RTD com. 1993, p. 488, n° 4, obs. Derupé J., D.1993, I.R., p. 129, - également Cass. com., 17 décembre 1996 n° 94-18.981, D. Aff. 1997, p. 188, BRDA 1997, n°1, p. 7, D. 1997, jur. p. 387, note Monserié M.-H., RJDA 1997, n° 4, n° 494 à 574, RTD com. 1997, p. 225, obs. Derrupé J.

⁴⁸ PEDAMON, M., et KENFACK, H., *Droit commercial - Commerçants et fonds de commerce - Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 4ème éd., 2015, n°257.

⁴⁹ ANDREANI, J., "La consécration législative du fonds de commerce sur le domaine public," *Dalloz*, 2014, p. 1883; BAINVEL, C., et PAPAPOLYCHRONIOU, S., "L'admission de l'existence de fonds de commerce sur le domaine public," *Droit administratif*, n°1, janvier 2015, comm. 5; CHAMARD-HEIM, C., et YOLKA, P., "La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public," *AJDA*, 2014, p. 1641; CLAMOUR, G., "L'instauration législative du fonds de commerce sur le domaine public," *Contrats et marchés publics*, n° 8-9, Août 2014, com. 213; DEROUESNE, E., et STEFANINI-COSTE, A., "Fonds de commerce sur le domaine public . - La reconnaissance législative," *JCP E*, n° 41, 9 Octobre 2014, 1511.

⁵⁰ CE, 7e et 2e ss-sect., 31 juill. 2009, n° 316534, Jonathan Loisirs, *AJDA* 2009. 1517, et 2010. 1515, étude F. Alhama ; RDI 2010. 158, obs. P. Caille ; V. égal., 19 janv. 2011, n° 323924, Commune de Limoges, *AJDA* 2011. 136, et 616, note J.-D. Dreyfus., CE, 24 nov. 2014, n° 352402, Société de remontées mécaniques Les Houches-Saint-Gervais : *JurisData* n° 2014-028920 : *JCP A* 2014, act. 954 ; *JCP A* 2015, 2106, Élise Langelier.

⁵¹ CE 6 mai 1985, n° 41589, Eurolat, *Lebon*. 141 ; *AJDA* 1985. 620, note E. Fatôme et J. Moreau ; V. égal., CAA Marseille, 8 nov. 2011, n° 09MA03280, Synd. des copropriétaires de l'ensemble immobilier Le port Lavandou et autres, *BJCL* 2011, n° 11, p. 754, concl. S. Deliancourt ; CAA Nantes, 9 mai 2014, n° 12NT03234, Eliè.

⁵² ANDREANI, J., "La consécration législative du fonds de commerce sur le domaine public," *Dalloz*, 2014, p. 1883.

temps et moyennant un certain prix. Le bail est réglementé tant par le Code civil, qui le considère comme un contrat spécial, que par des dispositions réglementaires spéciales, et notamment la réglementation relative aux baux commerciaux. Mais en raison de la généralité de l'expression utilisée par le Code de commerce,⁵³ la doctrine s'accorde pour considérer que le droit au bail ne se réduit pas aux seuls baux commerciaux. La qualification du droit au bail a son importance au regard des dispositions relatives à la cession. En effet, la cession du droit au bail répond à des règles qui lui sont propres. En pratique il ne faut pas confondre cession du fonds de commerce et cession du droit au bail seul. Le critère de la distinction repose sur la notion de clientèle. Ainsi l'opération de cession doit ou non être susceptible d'entraîner le déplacement de la clientèle vers l'exploitation du cessionnaire. Or, le droit de préemption s'applique tant sur la cession du fonds que sur la cession du droit au bail seul, mais des dispositions particulières sont prévues concernant notamment l'information du bailleur, de telle sorte qu'il apparaît nécessaire d'identifier clairement l'opération effectuée. La cession du droit au bail, de par sa particularité, sera étudiée dans une partie exclusivement consacrée à cette notion⁵⁴.

121 – L'identification du fonds de commerce : le nom commercial – Le nom commercial est défini comme étant « *la dénomination sous laquelle est exploité un établissement commercial* ». Selon Monsieur Roubier⁵⁵, le nom commercial est « *le signe de ralliement de la clientèle* », Monsieur Desjeux⁵⁶, quant à lui, utilise une formule bien plus poétique et parle de « *trait d'union entre l'entreprise et la clientèle de celle-ci* ». Le nom commercial est une propriété incorporelle, il s'agit donc d'un élément du fonds de commerce. La propriété s'acquiert par son usage public, inversement il se perd par le non-usage. L'extinction du droit ne résulte que de la disparition du fonds de commerce ou de l'abandon du nom commercial. Le nom commercial est attaché au fonds il le suit, de telle sorte que le changement de situation géographique du fonds n'empêche pas l'utilisation de ce droit. Le nom commercial et l'enseigne bénéficient d'une protection juridique qui résulte traditionnellement de l'action en concurrence déloyale⁵⁷. Cette action trouve son fondement dans la responsabilité délictuelle des articles 1382 et 1384 du Code civil. Ainsi, l'action en

⁵³ Article L. 141-5, alinéa 2 et article L.142-2, alinéa 3.

⁵⁴ Voir *Infra* n°131 et s.

⁵⁵ ROUBIER, J., *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, Tome 1, (1952) ; Tome 2, (1954).

⁵⁶ DESJEUX, X., "Le nom commercial, de quelques problèmes juridiques," *Gazette du Palais, Panorama*, 1979, p. 614.

⁵⁷ PEDAMON, M., et KENFACK, H., *Droit commercial - Commerçants et fonds de commerce - Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 4ème éd., 2015, n°256.

concurrency déloyale protège donc la propriété du nom commercial et de l'enseigne, conformément à la nature juridique de l'action qui est de protéger dans son ensemble la jouissance du fonds de commerce. Le critère pour engager l'action en concurrence déloyale affirmée par une jurisprudence constante⁵⁸ est celui de la confusion entre les exploitations. De plus, l'action est limitée par deux autres critères : d'une part un critère territorial et d'autre part, en fonction du principe de spécialité. Selon le critère territorial, la protection ne s'étend qu'à la même ville⁵⁹ ou parfois le même quartier⁶⁰, mais ce critère ne doit être envisagé qu'en fonction de la notoriété et la nature de la dénomination. Le principe de spécialité fondé sur la notion de domaine d'activité énonce que la clientèle ne peut être détournée par l'effet d'une confusion que pour des activités identiques. Cependant, certaines décisions ont écarté ce critère en raison de la renommée internationale du nom commercial⁶¹. Mais il n'existe pas d'unanimité jurisprudentielle, de telle sorte que d'autres décisions ont pris en considération le principe de spécialité malgré la renommée de l'enseigne concernée⁶². Par ailleurs, la protection du nom commercial peut aussi être exercée en application des règles de protection des marques⁶³, lorsque le nom commercial est devenu une marque.

122 – Les éléments incorporels extraordinaires : les droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique et les autorisations administratives – Les éléments incorporels extraordinaires du fonds de commerce sont les droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique et les autorisations administratives. Ces droits sont qualifiés d'extraordinaires de par leur rareté, mais aussi en raison du fait que leur appartenance au fonds est moins stricte puisque leur régime juridique leur confère une certaine autonomie. Ainsi, les règles spéciales qui leur sont applicables doivent à chaque fois être prises en compte nonobstant leur appartenance au fonds. Concernant les autorisations administratives, il faut distinguer celles délivrées en raison de la personne de l'exploitant et celles délivrées en considération du fonds. Pour les premières, elles ne peuvent faire partie

⁵⁸ Cass. com., 18 avril 1958, D. 1959, jur. p. 87, note Derrida F. ; Cass. com., 19 juillet 1971, n° 70-12.159, D. 1971, jur., p. 691 ; Cass. com., 6 octobre 1981, n° 80-11.379, Bull. civ. IV, n° 342, p. 272.

⁵⁹ Cass. com., 19 février 1969, n° 67-13.636, Bull. civ. IV, n° 69, p. 68, RTD com. 1969, p. 969, n° 8, obs. Chavanne A.

⁶⁰ Cass. com. 8 janvier 1964, n° 57-12.007, D. 1964, jur. p. 186

⁶¹ CA Paris, 27 novembre 1959, Ritz, RIPIA 1960, p. 33 ; Cass. com., 2 novembre 1966, n° 64-12.758, Gaz. Pal. 1967, 1, jur., p. 45.

⁶² Exemple concernant les enseignes Fouquet's (CA Aix-en-Provence, 2 mai 1962) ou La Tour d'argent (CA Paris, 11 juillet 1963).

⁶³ Article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle.

du fonds de commerce, car elles sont personnelles. Pour le second cas, ces autorisations sont dites « réelles » et suivent le fonds.

c) Les biens exclus du fonds de commerce

123 – *Les biens immeubles exclus de la composition du fonds de commerce* –

L'exclusion des immeubles est fondée sur l'absence de mention légale concernant les immeubles comme éléments du fonds de commerce. La justification tient au fait que le fonds de commerce est par nature un bien incorporel rattaché à la catégorie des meubles, de telle sorte qu'on ne peut concevoir qu'un immeuble puisse être l'accessoire d'un meuble. Si du point de vue de la pure analyse juridique une telle exclusion est tout à fait juste et n'emporte aucune critique doctrinale, la pratique en revanche regrette unanimement les conséquences que cela induit. En effet, l'exclusion aboutit à un paradoxe qui veut que le fonds ait moins de valeur lorsque la personne cumule les qualités de propriétaire du fonds et de propriétaire de l'immeuble dans lequel le fonds est exploité⁶⁴. L'exclusion concerne tant les immeubles par nature que les immeubles par destination. Ainsi, l'exclusion des immeubles par nature a été énoncée dans un arrêt de la Cour de cassation du 21 juillet 1937 selon lequel « *le propriétaire d'un immeuble, en même temps commerçant, ne fait qu'user de son droit réel sur cet immeuble, quand il l'affecte, en tout ou en partie, aux besoins de son exploitation commerciale ; le droit réel en vertu duquel il occupe ainsi son propre immeuble est en dehors des éléments du fonds de commerce susceptible de faire l'objet du nantissement essentiellement mobilier* »⁶⁵. Dès lors la règle vaut pour tous les droits réels immobiliers comme l'usufruit ou les servitudes. Les immeubles par destination désignent tous les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds⁶⁶. Par conséquent, le meuble devenu immeuble suivra le régime des biens immobiliers, ce qui emporte application de l'exclusion des immeubles à ces biens. L'immobilisation par destination s'opère par la réunion de trois conditions. Il faut qu'il y ait unité de propriété entre le fonds et les meubles qui lui sont affectés ; il faut, en outre, que les meubles soient placés dans l'immeuble par le propriétaire lui-même ; et enfin, que soit démontré un lien matériel et/ou intellectuel entre le meuble et l'immeuble.

⁶⁴ DURREPPE, J., "L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale," *L'avenir du droit, mélanges en hommage à François Terré*, 1999, p. 586.

⁶⁵ Cass. Civ., 21 juill. 1937, DP 1940, 1, p. 17, note P. Voirin, Gaz. Pal. 1937, 2, jur. p. 639 ; JCP G 1937, I, 408 ; S. 1938, chron. p. 337, note G. Lagarde.

⁶⁶ Article 524 du Code civil.

124 – L'exclusion des valeurs liquides, contrats, créances, et dettes de la composition du fonds – L'inexistence d'un patrimoine autonome justifie le principe selon lequel les créances ne font pas partie du fonds. La règle a été affirmée de façon constante par la Cour de cassation qui, dans un arrêt de principe, a énoncé que « *les créances possédées par un commerçant, même pour cause commerciale, ne deviennent pas des éléments constitutifs du fonds et la vente du fonds n'opère pas transport desdites créances à l'acheteur, sauf l'effet de clauses spéciales* »⁶⁷. Concernant les dettes, par principe, elles aussi sont exclues de la composition du fonds de commerce. Cette exclusion est justifiée par l'absence de mention dans le Code de commerce. De plus, la pratique commerciale universelle antérieure à la loi excluait la cession de dette attachée à la vente du fonds. Ce principe connaît pourtant des exceptions, notamment quant à la vente du fonds de commerce⁶⁸. En effet, l'irrégularité ou l'absence de la publicité de la vente du fonds de commerce sont sanctionnées par l'inopposabilité de cette vente vis-à-vis des tiers que sont les créanciers du vendeur, exposant l'acquéreur à un double paiement du prix. Les contrats sont eux aussi exclus des éléments du fonds de commerce. Ce principe est celui qui pose le plus d'interrogations quant à la mise en œuvre du droit de préemption des communes. Ainsi, l'exclusion concerne normalement tous les contrats, à l'exception du bail, qui est par application de la loi⁶⁹ transmis avec le fonds lorsque celui-ci est exploité dans des locaux qui n'appartiennent pas à l'exploitant. Le droit au bail est un élément primordial du fonds de commerce puisqu'il est un moyen de rattachement de la clientèle à une localisation déterminée. Mais la vraie difficulté va se poser en ce qui concerne les contrats de travail. Par exception au principe d'exclusion, les contrats de travail sont transmis avec le fonds lors de sa cession. Cette exception résulte des dispositions d'ordre public du Code du travail et plus particulièrement de l'article L. 122-12 ancien devenu l'article L. 1224-1 et suivants du même code. C'est ainsi que la doctrine a très justement souligné l'application de cette règle en cas d'exercice du droit de préemption par la commune⁷⁰, mais il faut pour cela que l'exploitation soit identique, qu'il y ait une continuité, mais surtout que la commune exploite le fonds pendant la période précédant la rétrocession. À la rétrocession, la même exigence s'imposera au repreneur. Il est d'ailleurs possible d'envisager que la commune portera mention de cette obligation au cahier des charges.

⁶⁷ Cass. com., 12 janvier 1937, DH 1937, p. 99.

⁶⁸ Voir *Infra* n°182 et 183.

⁶⁹ Article L. 142-2 du Code de commerce.

⁷⁰ FLAICHER-MANEVAL, E., et REYGROBELLET, A., "Droit de préemption urbain en matière de fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux : décret d'application," *BPIM*, 01/2008 et 02/2008, 2008, p. 7 et 4.; Rép. Min., n° 20233 : JOAN Q 23 décembre 2008, p. 11122. ; JCP N. n°1-2, 115.

2. LA NATURE JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE : UN BIEN HOMOGENE ET COMPOSITE

125 – *Une universalité de fait* – Le fonds de commerce est considéré majoritairement par la doctrine⁷¹ comme une universalité de fait. La définition classique est celle avancée par Monsieur Carbonnier⁷² pour lequel l'universalité de fait correspond à une collection de biens qui par interprétation de la volonté du propriétaire est traitée comme un bien unique. Trois conséquences juridiques s'infèrent de cette qualification. D'une part, le fonds de commerce est un objet et non un sujet de droit. Il faut entendre par là qu'il n'est pas doté de la personnalité morale ou qu'il n'accède à la réalité juridique que par l'intermédiaire de son titulaire. D'autre part, la qualification d'universalité de fait emporte comme conséquence que le fonds ne sera pas affecté par les changements intervenus dans sa composition, quel que soit le changement : disparition, substitution ou adjonction d'un élément. La jurisprudence considère ainsi que la cession d'éléments isolés est possible indépendamment du fonds, sauf pour la clientèle qui en est le support essentiel. Concernant le droit de préemption, il faut en tirer une autre conséquence. En effet, la cession d'un ou plusieurs éléments isolés du fonds de commerce ne sera pas soumise aux règles du droit de préemption et donc à la déclaration préalable d'aliénation. Enfin, la qualification d'universalité induit juridiquement celle de meuble incorporel, même si certains des éléments le composant sont eux corporels.

126 – *Un bien mobilier incorporel* – La qualification du fonds de commerce en bien mobilier incorporel ne résulte d'aucune disposition légale. En réalité, c'est la théorie de l'universalité et du droit de clientèle qui impose une telle qualification. Plusieurs raisons permettent de qualifier le fonds de commerce de bien meuble. La première résulte justement du silence de la loi. Or, tous les biens sont meubles ou immeubles selon le principe exposé à l'article 516 du Code civil. Dès lors, il faut en déduire que tout ce qui n'est pas qualifié d'immeuble sera meuble. La deuxième raison résulte de la qualification de bien incorporel qui emporte nécessairement l'insertion du fonds dans la catégorie des meubles. La conséquence est que toutes les règles relatives aux meubles s'appliquent au fonds de commerce. Le caractère incorporel du fonds de commerce explique le fait qu'il ne se conserve que par l'exploitation, le propriétaire du fonds prenant le risque de le voir disparaître s'il interrompt l'activité commerciale. Toute la difficulté dans le cadre de l'exercice du droit de préemption par la commune réside dans cette règle. En effet, la

⁷¹ COHEN, A., *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, Sirey, 2ème éd., 1948.

⁷² CARBONNIER, J., *Droit civil - Les biens, les obligations - tome II*, Puf, 2004, n°724.

commune ou ses délégataires n'auront pas d'autre choix que d'exploiter le fonds pendant la période intermédiaire, au risque de ne rétrocéder qu'une coquille vide. La loi du 22 mars 2012 complétée par celle du 18 juin 2014 permet la mise en location-gérance du fonds pendant la période intermédiaire qui sera prolongée. Classiquement, il est considéré que la qualification de meuble incorporel du fonds de commerce emporte l'exclusion de deux règles de droit civil, d'une part celle de l'article 2279 ancien du Code civil, devenu l'article 2276 du Code civil depuis la réforme sur les prescriptions de la loi du 17 juin 2008 et d'autre part, l'article 1141 du même Code. Traditionnellement, la mise en œuvre de l'article 2279 ancien selon lequel « *en fait de meuble possession vaut titre* » implique un bien susceptible d'une possession. Cet article recouvre une double signification : tout d'abord, il pose une présomption irréfragable de propriété au bénéfice de celui qui de bonne foi a traité avec un vendeur sans droit. Mais également, une présomption de titre lorsque le véritable propriétaire revendique le bien indûment aliéné. Cette présomption a pour vertu de dispenser le possesseur d'établir l'existence d'un acte passé avec le propriétaire initial. Or, un meuble incorporel ne peut s'appréhender comme un meuble corporel et donc être possédé au sens de l'article 2279 ancien du Code civil. Le même raisonnement s'applique à l'égard de l'article 1141 du Code civil. En effet, cet article a pour objet de trancher des conflits entre deux acquéreurs successifs d'un même bien. Il sera préféré celui qui a été mis en possession réelle en premier nonobstant un titre postérieur en date. Dès lors, le fonds de commerce répond à des exigences particulières en matière d'aliénation à titre onéreux et le formalisme qui y est attaché prend toute son importance.

B) LE FONDS DE COMMERCE, L'EXPLOITATION D'UNE CLIENTELE

127 – *Le principe de l'assimilation du fonds à la clientèle* – Le principe selon lequel la clientèle suffit à constituer le fonds de commerce est d'affirmation prétorienne. Cette conception, excluant la notion d'ensemble d'éléments, est antagoniste avec celle d'universalité. L'arrêt de principe de la Cour de cassation du 15 février 1937⁷³ énonce que « *la clientèle est l'élément sans lequel un fonds de saurait exister* ». Il est intéressant de préciser les faits de l'espèce : une personne avait fait l'apport d'une clientèle à une SARL, mais un créancier avait revendiqué le bénéfice des dispositions de l'article L. 141-22 du Code de commerce selon lequel « *en cas d'apport d'un fonds de commerce par une société*

⁷³ Cass. req., 15 févr. 1937, DP 1938, I, p. 13, note Cordonnier, S., 1937, chr., p. 169, note Rousseau H. ; Houin R. et Bouloc B.

à une autre société » les créanciers du fonds cédé peuvent former opposition. La question qui se posait était de savoir si l'apport d'une clientèle s'analyse comme un apport de fonds de commerce, auquel cas les dispositions de l'article L. 141-22 du Code de commerce devaient s'appliquer. C'est par la positive que la haute juridiction répondra, en précisant que « *bien que limité à la clientèle, l'apport effectué [...] constituait l'apport d'un fonds de commerce* ».

La question de l'importance de la clientèle n'est pas sans intérêt. En effet, la cession du fonds de commerce met en jeu le droit de préemption depuis la loi de 2005 en faveur des PME, ce qui implique d'identifier avec précision ce qu'est un fonds de commerce. En application de la jurisprudence de 1937, l'apport en société de la clientèle est une cession de fonds de commerce qui sera donc soumise au droit de préemption des communes. Mais la clientèle est bien plus un élément de référence qu'un élément de définition du fonds de commerce. La clientèle doit être considérée comme un élément essentiel du fonds, donc nécessaire à son existence⁷⁴. Or, elle ne suffit pas à elle seule puisqu'elle a structurellement besoin d'un support, de telle sorte que les actes portant sur les éléments de support de la clientèle doivent s'analyser en fonction de cette dernière. C'est la raison pour laquelle la clientèle est surtout et avant tout un référent. La question est donc de savoir si la cession d'un ou de plusieurs éléments du fonds emporte aussi cession de la clientèle, en raison du fait que ce ou ces éléments sont le support de cette dernière. La jurisprudence y répond au cas par cas, ce qui induit une plus grande vigilance lors d'une cession d'élément du fonds lorsque celui-ci se situe dans le périmètre de préemption des communes sur les fonds de commerce.

128 – *La nécessaire existence d'une clientèle* – L'existence du fonds est conditionnée par l'exploitation d'une clientèle. Par conséquent, l'apparition de la clientèle donne naissance au fonds de commerce⁷⁵ et symétriquement le fonds disparaît en même temps que la clientèle. La création de la clientèle résulte, selon l'interprétation possible de la jurisprudence dominante, d'une activité attractive originale. Cette nécessité est au cœur des différentes préoccupations doctrinales concernant le droit de préemption des communes

⁷⁴ PEDAMON, M., et KENFACK, H., *Droit commercial - Commerçants et fonds de commerce - Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 4ème éd., 2015, n°265 et 266.

⁷⁵ Thèse défendue notamment par LE FLOCH, P., *Le fonds de commerce, Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*, LGDJ, 1921-1936.

sur un fonds de commerce⁷⁶. En effet, la commune ou ses délégataires devenant propriétaire du fonds de commerce par l'exercice de son droit de préemption, ils devront exploiter le fonds pour conserver la clientèle et donc l'activité. Or la loi de 2005 ne l'avait absolument pas envisagé, la doctrine eut un rôle évident dans l'évolution du dispositif. La loi du 22 mars 2012 envisage la forme juridique permettant l'exploitation du fonds par la commune avant rétrocession. Avant cette réforme, la plupart des auteurs⁷⁷ proposaient la location-gérance comme moyen pour la commune d'exploiter le fonds pendant la période intermédiaire ; contrairement à la régie⁷⁸ dite « directe » qui ne peut être utilisée puisque ses règles sont réservées à la gestion d'une activité ayant un caractère de service public. Or la commune ne peut ériger le fonds acquis en service public. En effet, le titulaire du droit de préemption acquiert un bien marchand qui devra être rétrocédé dans un intérêt public de conservation de la diversité commerciale et artisanale . La loi n° 2012-387, 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives⁷⁹ s'est donc ralliée à la doctrine en prévoyant en son article 5⁸⁰ que « *pendant le délai indiqué au premier alinéa du présent article, la commune peut mettre le fonds en location-gérance dans les conditions prévues aux articles L. 144-1 à L. 144-13 du Code de commerce* ». La loi du 18 juin 2014 a complété cette réforme en allongeant le délai de rétrocession⁸¹. Ce délai est par principe de deux ans et en cas de rétrocession il sera de trois ans⁸². Cette opportunité de gestion concerne « le fonds », ce choix rédactionnel est logique, en effet, la mise en location-gérance ne peut exister que s'il existe une clientèle, ainsi, la mise en location-gérance des éléments isolés du fonds ne peut exister que si la clientèle est incluse au contrat, de telle sorte que la location-gérance a pour objet un fonds de commerce ou un

⁷⁶ FLAICHER-MANEVAL, E., et REYGROBELLET, A., "Droit de préemption urbain en matière de fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux : décret d'application," *BPIM*, 01/2008 et 02/2008, 2008, p. 7 et 4; KENFACK, H., "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*, n° 25,1508, Mars 2008, p.17., BOSGIRAUD, C., "Libres propos relatifs au droit de préemption sur les cessions de fonds de commerce, fonds artisanaux, de baux commerciaux - Préempter pour rétrocéder..." *JCP N*, n° 16,1179, 18 avril 2008, p. 27.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ POIRIER, A.-S., et VIANNAY, A., "Le droit de préemption sur les fonds de commerce et les baux commerciaux " *Petites affiches*, n°27, 06 février 2008, p. 3.

⁷⁹ Journal Officiel 23 Mars 2012.

⁸⁰ Inséré au Code de l'urbanisme à l'article L. 214-2 alinéa 4.

⁸¹ BLATTER, J.-P., "Le bail commercial dans le projet de loi relatif à l'artisanat, au commerce et aux TPE," *AJDI*, 2014, p.118; BRAULT, C.-É., et SAINTURAT, M.-L., "Les dispositions relatives au transfert de la propriété du bail et de l'immeuble," *Loyers et Copropriété*, n°9, Septembre 2014, dossier 5; GOURAUD, C., "La pratique notariale des baux commerciaux après la loi Pinel du 18 juin 2014," *Defrénois*, n°17, 15 septembre 2014, p. 902.

⁸² Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 - art. 17 : article L.214-2 al.1 du Code de l'urbanisme.

fonds artisanal⁸³. Le droit de préemption étant d'interprétation stricte, il faut considérer que seule la préemption du fonds commercial ou artisanal pourra pendant la période intermédiaire être mise en location-gérance. La location-gérance ou gérance libre « est la convention par laquelle le propriétaire d'un fonds de commerce ou le propriétaire d'un fonds artisanal, loue son fonds à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls »⁸⁴ ; elle est soumise à une réglementation d'ordre public qui prévoit que par principe pour être mis en location-gérance, le loueur doit avoir exploité le fonds pendant deux ans minimum⁸⁵. On peut alors croire que la location-gérance est incompatible avec le droit de préemption des communes, mais des exceptions existent, elles sont énumérées aux articles L. 144-5 et L. 144-8 du Code de commerce, l'État et les collectivités locales sont ainsi exonérées de cette obligation d'exploitation. La commune pourra dès lors mettre immédiatement en location-gérance le fonds préempté pendant la période intermédiaire de deux ans maximum. Le contrat ainsi formé peut être conclu pour une durée déterminée ou indéterminée, contrat consensuel, sa durée est laissée à la libre discrétion des parties, si le contrat est à durée déterminée, elle peut être fixée en mois ou en année, mais aussi en fonction d'un événement, le terme pouvant être certain ou incertain⁸⁶. La référence à un terme correspond à la solution la plus évidente pour le titulaire du droit, ce terme est certain puisqu'il s'agira de l'acte de rétrocession impliquant transfert du fonds. La location-gérance du fonds est une vraie opportunité pour la commune qui n'étant pas commerçant « contourne » la difficulté en laissant cette qualité au locataire-gérant, de même en ce qui concerne le transfert des contrats de travail, le locataire-gérant assumera cette obligation⁸⁷. À l'inverse, la location-gérance pourrait être risquée pour la commune qui sera solidaire de toutes les dettes contractées par le locataire-gérant dans le cadre de l'exploitation du fonds pendant la période précédant la publication au journal d'annonces légales et pendant six mois après publication du contrat ; cette solidarité résulte des dispositions du Code de commerce⁸⁸, elle est d'ordre public. De plus, si un bail commercial, soumis au statut, est attaché au fonds préempté, il faudra prendre garde à l'existence d'une clause interdisant la location-gérance ou la sous-location. Cela dit, il faudra surtout que la commune trouve un locataire-gérant

⁸³ DELPECH, X., *Fonds de commerce*, Delmas, 18ème éd., 2011-2012, n° 113-23 et n° 113-26

⁸⁴ *Droit commercial*, 2013; LEVI, A., GARBIT, P., AZEMA, J., et VALLENS, J.-L., "Droit commercial," Lamy, 2015, n° 399.

⁸⁵ L'article L. 144-3 alinéa 1 du Code de commerce.

⁸⁶ DELPECH, X., *Fonds de commerce*, Delmas, 18ème éd., 2011-2012, n°113-12

⁸⁷ SCHÜTZ, R.-N., "Les suites de la préemption commerciale - Usage et revente du fonds ou du bail préempté," *Deffrénois*, n°17, 15 octobre 2009, p. 1787.

⁸⁸ Article L. 144-7 du Code de commerce.

qui exploitera à ses risques et périls le fonds pour une période, qui reste finalement d'un point de vue commercial, courte⁸⁹ ; de surcroît s'il s'agit d'un fonds artisanal, il faudra trouver un artisan qui acceptera de mettre son savoir-faire à disposition ; et cela sans garantie d'acquisition au moment de la rétrocession puisque la location-gérance ne garantit aucun droit de préférence⁹⁰. Dès lors, la commune se voit attribuer un rôle de régulateur des implantations territoriales du marché en dehors de toute mission de service public. Il ne faudra pas faire évoluer le droit de préemption, instrument de régulation, en un instrument d'aide aux entreprises⁹¹.

C) LE FONDS DE COMMERCE, UNE EXPLOITATION COMMERCIALE

129 – *La commercialité de l'exploitation* – Dire que le fonds de commerce supporte une exploitation commerciale est un truisme. Bien souvent, on considère que l'entreprise doit répondre au critère de la commercialité et même que la personne qui exploite le fonds soit commerçante, à l'exemple de l'artisan. Le Code de commerce définit les commerçants comme « ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle ». Les actes de commerce font quant à eux l'objet d'une énumération aux articles L. 110-1 et L. 110-2 du Code de commerce. Ce renvoi entre la qualité de commerçant et les actes de commerce a été critiqué par la doctrine, qui n'y voit qu'une conception économique et non juridique⁹². Pour autant, c'est selon l'énumération du Code qu'il est possible de déterminer si tel genre d'exploitation peut constituer ou non l'objet d'un fonds. Or, cette analyse des types d'exploitation est déterminante quant au champ d'application du droit de préemption des communes, qui ne porte que sur les fonds de commerce ou artisanaux⁹³. La commercialité peut être induite de la forme sociale de l'exploitation. En effet, certaines sociétés sont commerciales par la forme. Il s'agit pour ce qui concerne les sociétés de personnes, des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite simple ; et pour les sociétés de capitaux, des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés par actions. Mais la jurisprudence a pris une position autre en affirmant qu'une

⁸⁹ BOUJEKA, A., "Transformation et disparition du fonds de commerce," Fasc. 1120, *JurisClasseur Entreprise individuelle*, LexisNexis, 18 avril 2012, n°164.

⁹⁰ Avis contraire : BOUJEKA, A., "Transformation et disparition du fonds de commerce," Fasc. 1120, *JurisClasseur Entreprise individuelle*, LexisNexis, 18 avril 2012.

⁹¹ BOSGIRAUD, C., "Libres propos relatifs au droit de préemption sur les cessions de fonds de commerce, fonds artisanaux, de baux commerciaux - Préempter pour rétrocéder..." *JCP N*, n° 16,1179, 18 avril 2008, p. 27.

⁹² RIPERT, G., et ROBLLOT, R., *Traité de droit commercial*, LGDJ, 18ème éd., 2002, Tome 1 - Vol. 1., n°127 et s.

⁹³ DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," *Dalloz Action*, septembre 2011, n° 62.541

société commerciale qui exploite une activité civile n'a pas de fonds de commerce. Il faut donc en déduire que dans une telle situation le droit de préemption ne trouvera pas application.

130 – *Le champ d'exclusions* – De même, ne peuvent constituer l'objet d'un fonds de commerce les exploitations agricoles, les entreprises extractives, les activités libérales et intellectuelles qui échappent donc à la loi du 2 août 2005 relative à la préemption commerciale et artisanale.

Section 2 : L'application du droit de préemption aux baux commerciaux

131 – *Un champ d'application élargi* – La pratique des baux commerciaux recouvre une réalité très diverse puisqu'il peut aussi bien s'agir d'une boutique en centre-ville, qu'un magasin en centre commercial. L'exercice du droit de préemption des communes joue, en application des dispositions du Code de l'urbanisme, tant sur la cession d'un fonds de commerce dont le bail est un élément, que sur la cession du bail « seul ». Il est ainsi nécessaire de déterminer avec précision ce qu'est le bail dit commercial afin d'appréhender le champ d'application matériel du droit de préemption.

132 – *Le bail commercial : un contrat de louage aux dispositions spéciales et protectrices* – Dès lors, le bail commercial est le bail portant sur un local soumis à des dispositions protectrices pour le locataire. Ces dispositions constituent le « statut des baux commerciaux ». Ainsi, les baux commerciaux sont régis non seulement par le droit commun du louage (Paragraphe 1), mais également par un statut spécifique issu du décret du 30 septembre 1953, et codifié au Code de commerce (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : LE BAIL COMMERCIAL, UN CONTRAT DE LOUAGE

133 – *Le droit commun des baux* – Le contrat de louage est un contrat spécial régi par le Code civil (A) faisant appel à une définition précise et à un régime propre, cependant certaines exclusions devront être envisagées (B).

A) LE CONTRAT DE LOUAGE

134 – *Définition* – Le contrat de louage est défini à l'article 1709 du Code civil comme étant « un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celui-ci s'oblige à lui payer ». Deux éléments constituent donc ce contrat, la jouissance stable d'une chose et le paiement d'un loyer. Le bail n'existe que par la réunion de ces deux éléments, sans qu'il soit pour autant nécessaire de les fixer par un écrit, même s'il est plus prudent pour les parties d'opter pour un contrat écrit pour des raisons notamment de preuve. Il résulte de l'absence de la réunion des éléments constitutifs du contrat de louage, l'exclusion du bénéfice du statut des baux commerciaux d'une part, et d'autre part, la requalification du

contrat en prêt à usage ou parfois même en donation. L'étude de ces éléments permet ainsi d'identifier les contrats qui seront susceptibles de préemption.

135 – *La jouissance d'un bien* – Le locataire bénéficie d'un droit de jouissance sur le bien loué, il s'agit d'un droit de créance personnel, il aura donc la faculté d'user de la chose et d'en percevoir les fruits. Il incombe au locataire d'user de la chose en bon père de famille, mais il n'en dispose pas en raison de l'obligation de restitution inhérente au contrat lui-même. Par ailleurs, le bailleur se doit non seulement de consentir la jouissance du bien, mais également de rendre cette jouissance paisible. Cela implique la délivrance des lieux loués d'une part et d'autre part la conformité à leur destination des lieux pendant toute la durée du bail. Le droit de jouissance est néanmoins temporaire, les conventions perpétuelles sont donc prohibées. Le principe est qu'en l'absence de précision par le contrat, le bail est présumé avoir été conclu pour une durée indéterminée. Cependant, en matière de baux commerciaux, la liberté contractuelle en ce qui concerne la durée du bail est limitée par les dispositions du Code de commerce. En effet, l'article L. 145-4 dispose que « *la durée du contrat de location ne peut être inférieure à neuf ans* ». Ainsi la Cour de cassation considère comme perpétuel le bail auquel « *seul le locataire peut mettre fin à son gré sans possibilité pour le bailleur d'y mettre un terme* »⁹⁴. Le bail entaché du vice de perpétuité n'est pas inexistant, mais nul⁹⁵. Cette nullité est absolue et se prescrit selon les règles de droit commun. Or, depuis la réforme de la prescription, celle-ci est passée de 30 à 5 ans, « *à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* »⁹⁶.

136 – *Le paiement du loyer* – Le bail est un contrat à titre onéreux, le prix est un élément essentiel de sa formation. Par principe il est librement déterminé par les parties, mais il doit être réel et sérieux. Il appartient aux parties de prévoir la période des échéances, la date, le lieu et le mode de règlement. Cependant, s'agissant du lieu de règlement le paiement est effectué au domicile du locataire débiteur, car les loyers sont quérables par le créancier et non portables à ce dernier⁹⁷. Concernant la date, le loyer et les charges sont considérés comme payables à terme échu, c'est-à-dire après une période déterminée de

⁹⁴ Cass 1^{re} civ. 7 mai 1951 : Bull. Civ. I, n° 136, Cass. 3^e civ. 8 mai 1973 n° 72-11.458, Bonfort c/ Mariotti: Bull. Civ. III, n° 320.

⁹⁵ Cass 3^e Civ., 15 décembre 1999, Bull. Civ., III, n°242, D.2001. Somm., 167, obs. CRDP Nancy 2 ; JCP 2000, II. 10236, concl. Weber ; JCP N 2000. 559, étude Billiau ; CCC 2000, n°77, note Leveneur ; RTD Civ., 2000, 568, obs. Mestre et Fages.

⁹⁶ Article 2224 nouveau du Code civil.

⁹⁷ Article 1247 du Code civil.

jouissance et non au début de cette période. Mais le règlement des loyers doit être effectué entre les mains du bailleur ou de son mandataire. Par conséquent, le paiement fait entre les mains d'un tiers non investi d'un mandat ne sera pas libératoire⁹⁸, sauf application de la théorie de l'apparence. Le paiement se fait selon les termes de la convention, en nature ou en espèces. Mais la remise d'un chèque n'est libératoire qu'après son encaissement⁹⁹. Enfin, conformément à l'article 1315 alinéa 2 du Code civil, il incombe au preneur de rapporter la preuve du paiement en cas de contestation¹⁰⁰. Cette preuve est libre entre commerçants, mais si le bailleur ne l'est pas, la preuve devra être faite par écrit pour les sommes supérieures ou égales à 800 €, à moins qu'il existe un commencement de preuve par écrit émanant du bailleur non commerçant.

B) L'EXCLUSION DE CERTAINS CONTRATS POURTANT QUALIFIES DE BAUX

137 – *Les baux non « commerciaux »* – Certains contrats qui entrent dans la catégorie des baux sont tout de même exclus de la qualification de baux commerciaux. Il faut donc considérer que tous ces contrats ne seront pas sujets à préemption par la commune. Il s'agit tout d'abord des baux de courte durée. L'exclusion est expressément visée à l'article L. 145-5 du Code de commerce qui renvoie ces contrats au régime du Code civil. Ensuite, l'exclusion prévue par l'article L. 145-3 du Code de commerce qui concerne les baux emphytéotiques. L'exclusion vaut même lorsque le contrat porte sur des locaux à caractère commercial, industriel ou artisanal. Les baux emphytéotiques sont donc régis par les dispositions du Code rural. Enfin, les baux à construire sont exclus du statut des baux commerciaux et dépendent d'un texte spécial figurant au Code de la construction et de l'habitation¹⁰¹.

138 – *Les contrats proches du bail* – La concession immobilière et le crédit-bail immobilier sont exclus du statut. Ces contrats proches du contrat de bail n'ont pas en effet

⁹⁸ Cass. 1^{re} civ. 17 décembre 1958 : Bull. Civ. I, n° 568, p. 464 ; Cass. 1^{re} civ., 7 juillet 1969, n° 67-14.146, Bull. civ. I, n° 266p. 212, Cass. 3^e civ., 2 mars 1977, n° 75-14.072, Bull. Civ. III, n° 105, p.82; Cass. Com., 23 novembre 1981, n°80-10.946, Bull. Civ., IV, n°404 p. 320; Cass. 3^e Civ., 5 mars 1977, n°95-13.539, Bull. Civ., III, n°46, p.29.

⁹⁹ Cass 3^e civ., 12 janvier 1968, n°66-14.179 ? Bull. civ. III, n°21, p.17 ; Cass. 3^e civ., 16 juin 1976, n° 74-11.740, JCP éd. G., 1976, IV, p. 367. obs. Boccara B.

¹⁰⁰ Cass. 1^{re} civ., 15 février 1960, n° 58-10.156, Bull. civ. I, n° 100, p. 82 ; Cass. com., 28 avril 1980, n°78-15.881, Bull. civ. IV, n°169, p.133; Cass. com., 16 juin 1981, n°80-12.740, Bull. Civ. IV, n°278, p. 220; Cass. 3^e civ., 5 juin 1984, n°83-12.118, Gaz. Pal. 1984, 2, pan., p. 293.

¹⁰¹ MONEGER, J., CHAVANCE, E., COLIN, A., PETIT, M.-O., REGNAULT, H., REGNAULT, S., et SAINT GENIEST, C., *Guide des baux commerciaux*, LexisNexis, 2014, n°40.

pour finalité la location, ce qui les exclut de la qualification de contrat de louage. Il sont donc exclus du champ d'application du droit de préemption des communes.

PARAGRAPHE 2 : LE BAIL COMMERCIAL, UN STATUT LEGAL

139 – *Le statut protecteur des baux commerciaux* – Nonobstant les divergences doctrinales¹⁰² sur la définition du bail commercial, il faut entendre par bail commercial tous les baux soumis au statut légal. Le statut des baux commerciaux est un statut protecteur du locataire, il a dès lors vocation à assurer la pérennité de l'exploitation du fonds. C'est pour cette raison que nombre d'auteurs¹⁰³ ont vilipendé le dispositif du droit de préemption des communes qui écartait, avant la réforme de 2014, l'application du statut pendant la période intermédiaire. Ainsi depuis la loi dite « Pinel », le statut des baux commerciaux est applicable pendant la période intermédiaire.

140 – *Trois conditions d'application du statut* – L'application de ce statut est soumise à des conditions prévues par le Code de commerce. Trois conditions essentielles peuvent être dégagées de l'article L. 145-1 du Code de commerce, ainsi le statut s'appliquera pour les baux de locaux ou d'immeubles (A) dans lesquels est exploité un fonds (B) appartenant à un commerçant ou à un industriel immatriculé, soit un chef d'entreprise immatriculé au répertoire des métiers (C).

A) L'EXIGENCE D'UN IMMEUBLE OU D'UN LOCAL

141 – *La notion « d'immeuble » étendu aux terrains nus* – On étudiera avec précision la notion d'immeuble ou de local puisqu'il s'agit là de l'objet de notre étude sur le droit de préemption des communes (1). Mais il faudra tout de même rappeler que dans une étude d'ensemble des baux commerciaux, ce statut peut aussi, par exception, trouver application quant aux espaces ou terrains nus (2).

I. LA NOTION D'IMMEUBLE ET DE LOCAL

¹⁰² FLAICHER-MANEVAL, E., et REYGRABELLET, A., "Droit de préemption urbain en matière de fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux : décret d'application," *BPIM*, 01/2008 et 02/2008, 2008, p. 7 et 4.

¹⁰³ BLATTER, J.-P., "Interrogations autour du nouveau droit de préemption des communes," *AJDI*, Octobre 2005, p.705; KENFACK, H., "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*, n° 25,1508, Mars 2008, p.17.

142 – *La définition de l'immeuble et du local* – L'article L. 145-1 du Code de commerce vise les baux portant sur un immeuble ou un local. Une distinction est donc opérée entre l'immeuble et le local. Par ailleurs cette distinction a été précisée par la jurisprudence. L'emploi par le Code de commerce du mot « immeuble » n'est pas fait en référence à la notion classique d'immeuble par nature, défini par l'article 518 du Code civil comme « *les fonds de terre et les bâtiments* ». En réalité, ce que le Code de commerce entend par immeuble correspond aux constructions¹⁰⁴. C'est une notion plus restrictive que celle du Code civil puisqu'elle fait référence seulement aux bâtiments. Ainsi, sont soumis au statut des baux commerciaux les biens qui reposent sur le sol par incorporation. Il en résulte que la protection du statut relève bien plus de la possibilité pour le bien de disposer d'une fondation qui fera d'elle une construction fixe que du caractère définitif ou temporaire de celle-ci. Il doit s'agir de locaux « *stables et permanents* »¹⁰⁵. La notion de local est classiquement distinguée de la notion d'immeuble, même si l'on peut noter une jurisprudence dissidente qui a pu considérer que le local est inclus dans un immeuble, et qu'il ne présente pas un caractère différent de celui-ci et doit donc répondre à la condition de fixité¹⁰⁶. De façon certaine, on peut affirmer que la notion de local n'est pas définie par le Code civil et que sa définition est prétorienne. Ainsi, est-il possible de dégager deux conditions cumulatives : d'une part, le local doit être clos et couvert en vue de la réception de la clientèle et d'autre part, l'occupation du local doit être suffisamment stable, on exclut donc de la qualification toutes exploitations mobiles.

2. LE SORT DES BAUX D'ESPACE OU DE TERRAIN NUS

143 – *Le principe de l'exclusion* – L'exclusion des baux d'espace et de terrain nus est de principe et sont donc soumis au régime de droit commun du Code civil.

144 – *L'exception, l'assimilation au bail commercial* – Néanmoins, cette exclusion doit être atténuée par les dispositions de l'article L. 145-1, 2° du Code de commerce, selon lequel ces baux pourront être soumis au statut « *si des constructions à usage commercial, industriel ou artisanal y ont été élevées ou exploitées avec le consentement exprès du propriétaire, soit que l'édification soit antérieure au bail, soit qu'elle ait été postérieure* ». Le bail sera alors requalifié pendant son exécution. Trois

¹⁰⁴ DUMONT-LEFRAND, M.-P., "Absence de choix : baux soumis de plein droit au statut," Dossier 210, *Droit et pratique des baux commerciaux*, Dalloz Action, 2015, n°210-110.

¹⁰⁵ LEGEAIS, D., *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 22ème éd., 2015, n°168.

¹⁰⁶ CA Douai, 11 juin 1987, D. 1987, IR, p. 163.

conditions doivent donc être remplies en vue de l'application du statut des baux commerciaux. Deux de ces conditions résultent de l'article L. 145-1, I-2 ° du Code de commerce, et la troisième est issue de la jurisprudence. Au titre des deux premières conditions, la loi considère que les constructions devront être édifiées sur un terrain loué, et que ces constructions devront être réalisées avec le consentement du bailleur. Par ailleurs, la jurisprudence a dégagé une troisième condition qui consiste à considérer qu'il est nécessaire qu'un fonds soit exploité dans l'édifice en cause.

145 – *L'inévitable préemption* – L'application de l'exception implique que le bail d'espace ou de terrain nus bénéficiera du statut des baux commerciaux, rentrant dès lors dans le champ d'application du droit de préemption des communes. Bien plus, la loi de modernisation de l'économie, loi LME, du 4 août 2008¹⁰⁷ a apporté des modifications au droit de l'urbanisme et notamment en ce qui concerne le droit de préemption sur les fonds de commerce, tentant de répondre à un autre aspect du problème concernant le maintien du commerce de proximité, soit la prolifération des hard discount¹⁰⁸. Ainsi, ce droit de préemption a été étendu au cas « *d'aliénation à titre onéreux de terrains portant ou destinés à porter des commerces d'une surface de vente comprise entre 300 et 1000 mètres carrés* »¹⁰⁹. Dès lors, si un terrain nu n'est pas soumis au statut des baux commerciaux, mais qu'il est cédé dans le but de « porter des commerces » de 300 à 1000 mètres carrés, le droit de préemption des communes s'appliquera. Cet aspect du dispositif de la « préemption commerciale » n'entre pas dans le champ d'étude de la présente thèse, en effet, beaucoup d'interrogations naissent de cet aspect du dispositif de préemption¹¹⁰, ce qui impliquerait une analyse spécifique.

B) L'EXIGENCE D'UN FONDS DE COMMERCE, INDUSTRIEL OU ARTISANAL DANS LES LIEUX LOUES

146 – *Trois éléments de qualification* – Pour qu'il y ait « exploitation d'un fonds », trois éléments doivent être réunis : le premier est l'existence d'un fonds, le second est que ce fonds soit la propriété de l'exploitant, et le troisième élément consiste en l'exercice d'une activité commerciale.

¹⁰⁷ Loi n°2008-776, 4 août 2008, JO 5 août 2008.

¹⁰⁸ BROUSSOLLE, Y., "L'extension du droit de préemption aux terrains destinés à l'aménagement commercial et des nouvelles règles d'implantation commerciale," *Defrénois*, n°21, 15 décembre 2008, p. 2382.

¹⁰⁹ Article L. 214-1 alinéa 2 du Code de l'urbanisme.

¹¹⁰ DUTRIEUX, D., "Urbanisme, construction et loi de modernisation de l'économie," *JCP N*, n° 45, 1321, 7 novembre 2008.

147 – *Le fonds de commerce* – L'étude de l'existence d'un fonds a déjà fait l'objet d'un développement spécifique dans le paragraphe second de la section première de ce chapitre. On rappellera juste en quelques mots les fondamentaux. Ainsi, le fonds de commerce est composé de divers éléments traditionnellement divisés en éléments incorporels et en éléments corporels. La clientèle représentant l'élément indispensable sans lequel le fonds n'existe pas¹¹¹.

148 – *La propriété du fonds* – Le titulaire du bail en tant que propriétaire du fonds de commerce bénéficie du statut protecteur des baux commerciaux. Aucun critère n'est retenu quant aux modes d'exploitation du fonds qui peut être confié à un tiers. Il est ainsi admis le maintien du statut lors d'une mise en location-gérance. Cette règle sera applicable au droit de préemption des communes qui depuis la loi du 18 juin 2014 peuvent revendiquer l'application du statut pendant la période intermédiaire. Le statut s'appliquera alors même lors de la mise en location-gérance du fonds par la commune¹¹². Mais ce droit au bail commercial est réservé au propriétaire du fonds, le locataire gérant n'en bénéficie pas¹¹³. Mais dans certaines situations, le locataire-gérant peut revendiquer le bénéfice du statut. Tel est le cas lorsqu'il a créé dans des conditions régulières un fonds distinct de celui qui lui est loué et qu'il en rapporte la preuve¹¹⁴. De même si le locataire-gérant a développé une clientèle d'une manière telle qu'une part « notable » de celle-ci peut être regardée comme lui étant attachée¹¹⁵. En ce qui concerne l'exploitation en franchise ou en concession, cette situation met en présence un franchisé qui exploite son activité dans des locaux dont il est locataire, il dispose d'une clientèle propre le rendant propriétaire de son fonds et lui permettant ainsi de bénéficier du statut des baux commerciaux. Une telle décision est issue d'une jurisprudence favorable au franchisé qui considère que « *si une*

¹¹¹ Voir *Supra* n°118.

¹¹² DUMONT-LEFRAND, M.-P., "Baux commerciaux : mai 2013 - mai 2014," *Dalloz*, 2014, p.1659; "Le point sur : Baux commerciaux : la loi Pinel réforme tous azimuts," *BPMI*, 4/14, Juillet 2014, n°220, p.18; BLATTER, J.-P., "Le bail commercial dans le projet de loi relatif à l'artisanat, au commerce et aux TPE," *AJDI*, 2014, p.118; BRAULT, C.-É., et SAINTURAT, M.-L., "Les dispositions relatives au transfert de la propriété du bail et de l'immeuble," *Loyers et Copropriété*, n°9, Septembre 2014, dossier 5; BRAULT, C.-É., et SAINTURAT, M.-L., "Les dispositions relatives au transfert de la propriété du bail et de l'immeuble," *Loyers et Copropriété*, n°9, Septembre 2014, dossier 5; LEGRIX DE LA SALLE, S., "Les incidences de la loi Pinel en matière de baux commerciaux," *JCP E*, n°27, Juillet 2014, 1371; MUTELET, C., PRIGEN, J., et RODRIGUEZ, M. L., "Réforme du régime des baux commerciaux," *Revue des Loyers*, n° 949, 2014.

¹¹³ Cass. 3^e civ., 26 septembre 2001, n°1260 FS-PB, Rivière/Moulinier : RJDA 12/01 n°1186.

¹¹⁴ Cass ; 3^e civ., 22 mai 1968, Bull. civ., III, n°230 ; Cass. 3^e civ., 25 janvier 1983, Bull. Civ. III, n°22.

¹¹⁵ Cass. com. 21 mars 1995 : RJDA 8-9/95 n°975.

clientèle nationale est attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que grâce aux moyens mis en œuvre par le franchisé »¹¹⁶.

149 – *La nature de l'activité* – Le statut des baux commerciaux dépend d'une exploitation par le propriétaire du fonds, il doit donc y avoir une activité dans les lieux loués¹¹⁷. Mais la Cour de cassation a récemment précisé la nature de cette obligation, en effet, le défaut d'exploitation ne peut entraîner la résiliation du bail que si le contrat présente une clause d'achalandage¹¹⁸. Pour autant, l'application du statut dépendra de l'existence d'une activité. Ainsi, cette activité recouvre deux critères : elle doit être continue et régulière¹¹⁹. L'interruption d'exploitation doit être légitime si le locataire veut prétendre conserver son droit au statut. Il existe des motifs légitimes légaux d'inexploitation. Ces motifs recouvrent le cas de l'interruption d'activité dans le cadre de la période d'observation consécutive d'une procédure collective. Il en est de même en cas de déspecialisation imposant au locataire des travaux d'adaptation en fonction de la nouvelle activité, et enfin, si le locataire fait des stages de conversion ou de promotion¹²⁰. Ainsi le maintien d'une activité par la commune suscite de nombreuses interrogations. Le fait que la commune n'ait pas vocation à exploiter un fonds, constitue-t-il un motif légitime d'interruption d'exploitation ? Une réponse positive à cette question permettrait à la commune de palier son éventuelle carence. Pour ce faire, on peut se référer à l'analyse d'un auteur¹²¹ qui considérerait que la non-application du statut des baux commerciaux pendant la période intermédiaire¹²² peut être qualifiée de déspecialisation, de telle sorte qu'on pourrait considérer qu'un motif légitime existe. Nonobstant, la nouvelle loi permet l'application du statut des baux commerciaux à la commune, précisant d'ailleurs que le défaut d'exploitation ne pouvait constituer une cause de rupture du bail¹²³. Pour autant, il apparaît nécessaire de maintenir une activité dans les locaux préemptés lors de la cession du droit au bail. En effet, le bail aura vocation à être rétrocédé, il appartient à la commune de conserver toute « l'attractivité » du bien afin de trouver un acquéreur. La mise en location-gérance

¹¹⁶ Cass. 3^e civ., 27 mars 2002, n°615 FS-PBRI : RJDA 6/02 n°603.

¹¹⁷ Cass. 3^e civ., 10 juin 2009, 07-18618 et 08-14422.

¹¹⁸ Cass. 3^e civ., 13 janvier 2015, n°13-25197.

¹¹⁹ DUMONT-LEFRAND, M.-P., "Absence de choix : baux soumis de plein droit au statut," Dossier 210, *Droit et pratique des baux commerciaux*, Dalloz Action, 2015, n°210-320.

¹²⁰ Article L. 145-43 du Code de commerce.

¹²¹ BLATTER, J.-P., "Interrogations autour du nouveau droit de préemption des communes," *AJDI*, Octobre 2005, p.705.

¹²² La loi du 2 août 2005 en son article 58-II codifié au Code de commerce exclu l'application du statut pendant la période intermédiaire, codification au Code de commerce : article L.145-2-II, *in fine*.

¹²³ Loi n°2014-626 du 18 juin 2014 - art. 1 : Article L.145-2 II du Code de commerce.

prévue à l'article L. 214-2 alinéa 4 du Code de l'urbanisme et introduit au dispositif depuis 2012, ne peut s'appliquer dans le cadre de l'acquisition du seul droit au bail et non du fonds¹²⁴. La sous-location reste possible, le régime de droit commun des baux sera applicable au bail préempté et au contrat de sous-location. Mais une telle hypothèse implique que le bail préempté n'ait pas de clause interdisant la sous-location¹²⁵.

C) L'OBLIGATION D'IMMATRICULATION DU LOCATAIRE

150 – *L'exigence d'une immatriculation* – L'application du statut des baux commerciaux est conditionnée à l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés du commerçant ou de l'industriel, ou à l'immatriculation du chef d'entreprise au répertoire des métiers¹²⁶. Ces dispositions résultent de l'article L. 145-1 I du Code de commerce, il s'agit d'une condition légale nécessaire et objective à l'application du statut des baux¹²⁷. La Cour de cassation contrôle le respect d'une telle condition. En effet, l'immatriculation est une condition nécessaire à l'exercice régulier du commerce ou de l'artisanat. Elle constitue une base de renseignements aux tiers (banques, fournisseurs). À l'origine, les conditions d'immatriculation ne figuraient pas au décret de 1953, mais par la suite elles furent introduites par la loi du 12 mai 1965.

151 – *L'immatriculation personnelle et immobilière* – On distingue dès lors deux situations nécessitant une immatriculation. Il s'agit d'une part d'une obligation pesant sur certaines personnes (1), et d'autre part, elle concerne certains locaux (2).

I. LES LOCATAIRES SOUMIS A IMMATRICULATION

152 – *L'obligation d'immatriculation du preneur* – Le statut des baux commerciaux est conditionné par l'immatriculation du locataire. Il faut ainsi que ces personnes soient assujetties à cette immatriculation. Dans le cas contraire, le statut

¹²⁴ SCHÜTZ, R.-N., "Les suites de la préemption commerciale - Usage et revente du fonds ou du bail préempté," *Deffrénois*, n°17, 15 octobre 2009, p. 1787.

¹²⁵ SCHÜTZ, R.-N., "Les suites de la préemption commerciale - Usage et revente du fonds ou du bail préempté," *Deffrénois*, n°17, 15 octobre 2009, p. 1787.

¹²⁶ Article L. 145-1, I du Code de commerce : DUMONT-LEFRAND, M.-P., "Absence de choix : baux soumis de plein droit au statut," Dossier 210, *Droit et pratique des baux commerciaux*, Dalloz Action, 2015, n°210-370 et 380.

¹²⁷ Cass. 3^e civ., 30 janvier 2002 n°188 FS-D. Sté Imprim'Villers c/ SCI 5/7 rue Francoeur : RJDA 4/02 n°360.

protecteur des baux commerciaux ne sera pas appliqué, sauf extension légale¹²⁸ ou conventionnelle particulière.

153 – *Les règles communes* – L'inscription au registre du commerce est effectuée à la demande des personnes qui y sont assujetties, à savoir les commerçants personnes physiques, les sociétés et certains groupements. Les commerçants personnes physiques, sont, selon l'article L. 121-1 du Code de commerce, « *ceux qui exercent des actes de commerce et en font leurs professions habituelles* ». Dès lors, le locataire qui n'exploite pas un fonds de commerce et qui n'exerce pas des actes de commerce ne sera pas assujetti à immatriculation et ne pourra revendiquer le bénéfice du statut des baux commerciaux¹²⁹. Quant aux personnes morales, l'article L. 123-1 du Code de commerce dresse la liste de celles à qui l'obligation incombe. Sont donc soumises à immatriculation les sociétés, groupements d'intérêt économique et les groupements européens d'intérêt économique ayant leur siège dans un département français. De même pour les associations émettant des obligations, les établissements publics français à caractère industriel ou commercial ainsi que les sociétés commerciales étrangères possédant un établissement en France, et les organisations publiques à caractère industriel ou commercial des États étrangers fonctionnant sur le territoire français. Enfin, les artisans relèvent d'une immatriculation au RCS. Il s'agit d'une obligation pesant sur toute personne physique ou morale qui exerce une activité dont la liste figure en annexe du décret du 2 avril 1998¹³⁰. Mais il apparaît évident que la commune ne pourra pas être immatriculée. Cette condition étant nécessaire à l'application du statut des baux commerciaux, cela paraissait être la raison de l'exclusion de l'application du statut pendant la période intermédiaire. Or, la loi depuis 2014, prévoit expressément l'application du statut, et permet la délégation de l'exercice du droit de préemption à des organismes soumis à immatriculation rendant le dispositif plus cohérent.

154 – *Les règles spéciales en cas de mise en location-gérance* – Le propriétaire du fonds conserve le statut des baux commerciaux sans avoir à justifier de l'immatriculation s'il met le fonds en location-gérance¹³¹. Cette locataire-gérance doit être

¹²⁸ Cas particulier des micro-entrepreneurs.

¹²⁹ CA Paris, 8 février 2002, 3^e ch., n°01-18841, Cass. 3^e civ., 22 janv. 2014, n° 12-26.179 : BARBIER, J.-D., "Date d'appréciation de la condition d'immatriculation au registre du commerce : nouvelle jurisprudence," *Administrer*, n°474, 01 mars 2014, p. 26-28; CHAVANCE, E., "Sur l'immatriculation du preneur qui revendique le bénéfice du statut," *Loyers et Copropriété*, n°3, Mars 2014, comm. 80.

¹³⁰ Voir *Supra* n°96.

¹³¹ Article L. 145-1, II du Code de commerce.

conforme au bail, c'est-à-dire régulière, ainsi, une location-gérance non autorisée par le bailleur lui permet de refuser le bénéfice du statut des baux commerciaux¹³². Dans une telle hypothèse, la préemption ne pourra intervenir en cas de cession, mais bien plus, il s'agira d'être vigilant aux dispositions du bail si la commune entend mettre en location-gérance le fonds pendant la période intermédiaire.

2. LES LOCAUX SOUMIS A IMMATRICULATION

155 – *L'immatriculation de l'établissement principal* – Si l'immatriculation de l'établissement principal semble évidente, il n'en va pas toujours de même pour les autres établissements dits secondaires¹³³. Or, l'exigence d'immatriculation s'applique aussi aux établissements secondaires, à la différence des locaux accessoires qu'il faudra donc distinguer en raison de la différence de régime, car le droit au renouvellement du bail est conditionné à cette formalité.

156 – *Les établissements secondaires* – Ils sont définis par les articles 9 du décret du 30 mai 1984 et 11 du décret du 2 avril 1998 comme un établissement « *permanent, distinct du siège social ou de l'établissement principal et dirigé par l'assujetti, un préposé ou une personne ayant le pouvoir de lier des rapports juridiques avec des tiers* ». Pour la jurisprudence il s'agit « *d'un établissement faisant l'objet d'une exploitation commerciale distincte de l'établissement principal auquel est attachée une clientèle propre* »¹³⁴. L'immatriculation est secondaire si le commerçant n'est pas déjà immatriculé dans le ressort de ce Tribunal. Pour ce qui concerne les artisans, la création de tout établissement secondaire dans le ressort ou hors du ressort de la Chambre des métiers du lieu d'immatriculation doit être déclarée à celle-ci au plus tard dans le délai d'un mois après le début de l'activité et donner lieu à une inscription complémentaire¹³⁵. Mais une exception existe au principe d'immatriculation d'un établissement secondaire. C'est le cas si les deux locaux forment un ensemble ayant déjà fait l'objet d'une immatriculation¹³⁶. À l'étude de la jurisprudence, la notion « d'ensemble » peut être considérée comme relevant

¹³² Cass. 3^e civ., 6 novembre 2001, n° de pourvoi: 00-13803.

¹³³ DUMONT-LEFRAND, M.-P., "Absence de choix : baux soumis de plein droit au statut," Dossier 210, *Droit et pratique des baux commerciaux*, Dalloz Action, 2015, n°210-450 et 460.

¹³⁴ Cass. 3^e civ., 23 février 1982, n° 80-14.171 : Bull. civ. III., n°51 et Cass. 3^e civ. 5 mars 1986, n°84-15.938 : Bull. Civ., III., n°20.

¹³⁵ Article 11 alinéa 1 du décret du 2 avril 1998.

¹³⁶ Cass. 3^e civ., 30 novembre 1988, n°87-13.487 : Bull. civ. III, n°168.

de la contiguïté des locaux ou de la mitoyenneté¹³⁷ ou de la communication physique entre les locaux¹³⁸.

La prise en compte de ces établissements secondaires n'est pas simplement théorique, en effet, la qualification aura de l'importance dans le cas d'une aliénation d'un fonds qui serait une succursale, ou un établissement secondaire. Si le commerçant ou l'artisan a des localités multiples de fonds, avec ou sans bail, la question de l'aliénation de l'une des entités et de l'application du droit de préemption se pose. Ainsi, faut-il faire autant de DIA qu'il y a de fonds en vente ? Si la vente de l'activité est assortie du transfert de l'ensemble des localités, la commune qui préempterait un seul des fonds sur l'ensemble deviendra-t-elle propriétaire de l'ensemble ? L'enjeu n'est pas négligeable car l'opération peut être déclarée nulle si les formalités de déclaration préalable ne sont pas effectuées. Selon Messieurs Denizot et Reygrobellet¹³⁹, la solution réside dans la distinction entre fonds principal ayant une attractivité de clientèle propre, et succursales ne générant aucune clientèle autonome. Dans la première hypothèse, il faudra effectuer autant de déclarations préalables qu'il y a de fonds de commerce si la localité situe le fonds sur une zone de préemption. Dans l'hypothèse de la succursale, celle-ci ne fera pas l'objet d'une déclaration car le fonds en tant que tel n'est pas aliéné. La notion d'établissement secondaire pourrait ainsi venir éclairer cette théorie. Pour autant, il s'agit d'une délicate question et les solutions doivent être employées dans la pratique avec prudence.

157 – *Les locaux accessoires* – Les locaux accessoires échappent à l'obligation d'immatriculation¹⁴⁰. Mais en application du principe selon lequel l'accessoire suit le principal, les locaux accessoires seront soumis au statut étant attachés à un local principal lui-même soumis aux dispositions du Code de commerce relatif aux baux commerciaux. Il est donc nécessaire de distinguer le local accessoire de l'établissement secondaire. La définition du local accessoire ne peut se faire que par la négative en référence aux critères qui définissent le local principal. Un local accessoire est donc celui dans lequel le fonds n'est pas exploité, dans lequel la clientèle n'entre pas, et dans lequel aucun acte de commerce n'est réalisé. Le caractère accessoire s'apprécie non pas en fonction d'un lien matériel, mais en fonction d'un lien fonctionnel. La propriété du local accessoire revêt une certaine importance. En effet, le local doit appartenir au propriétaire de l'immeuble dans

¹³⁷ Cass. 3^e civ., 4 mai 1994, n°92-12.003.

¹³⁸ CA, Paris, 21 avril 1992, Gaz. Pal. 1992, somm. p.13, note P.H. Brault.

¹³⁹ DENIZOT, C., et REYGRABELLET, A., "Fonds de commerce," Dalloz Action, septembre 2011, n°62.622.

¹⁴⁰ Cass. 3^e civ., 11 décembre 1996 n° 1843 D.

lequel est situé l'établissement principal. Mais en cas de pluralité de propriétaires, les locaux accessoires doivent avoir été loués au vu et au su du bailleur pour une utilisation jointe. L'objectif de cette règle est d'éviter au bailleur de se voir opposer le statut alors qu'il avait loué un local qui n'était pas destiné à l'exploitation d'un fonds de commerce. La connaissance par le bailleur de l'utilisation conjointe doit exister au moment de la conclusion du bail. Cette connaissance peut résulter des clauses du bail, des actes non équivoques du bailleur ou des circonstances comme la proximité des lieux.

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

158 – *La cohérence dans l'application de la préemption au fonds artisanal quant à l'objectif de protection et de maintien du « commerce de proximité »* – En annexe du décret du 2 avril 1998 est établie la liste des activités relevant de l'artisanat, trois catégories en découlent. La première concerne les métiers de l'alimentation, touchant précisément le cas envisagé par les travaux parlementaires préparatoires à la loi. Cette catégorie vise les boulangers, pâtisseries, charcutiers, bouchers, ou primeurs. La deuxième catégorie a pour objet les métiers du bâtiment et de la fabrication, qui peuvent aussi concerner le « commerce de proximité » puisqu'il s'agit des plombiers, chauffagistes, menuisiers, serruriers, électriciens, peintres, tailleurs, tisserands, modistes, couturiers, horlogers, imprimeurs ou relieurs. La troisième catégorie intéresse les métiers de services que sont notamment les cordonniers, les pressings, ou blanchisseurs, pouvant relever de l'objectif annoncé par la loi sur la préemption commerciale et artisanale. Ainsi le secteur de l'artisanat correspond à l'approche « intuitive » qu'il est possible d'avoir concernant la notion de « commerce de proximité ».

159 – *La persistance d'un doute quant à la possible exploitation du fonds de commerce après préemption par la commune* – Le fonds de commerce est composé d'éléments corporels que sont le matériel et les marchandises, et d'éléments incorporels, tels que la clientèle ou le droit au bail. De plus si les contrats sont exclus, par principe, de la transmission du fonds de commerce, les contrats de travail, en application des dispositions d'ordre public du Code de travail, sont transmis avec le fonds lors de la cession. Mais cette transmission sera imposée par le régime protecteur du Code du travail alors même qu'une telle situation implique la continuité de l'exploitation par la commune. L'importance de l'exploitation du fonds de commerce après préemption touche à l'existence même du fonds. L'exigence d'exploitation s'infère de la nature même du fonds, bien mobilier incorporel il n'existe que par cette exploitation cristallisée par la clientèle. Cette nécessité n'avait pas été prise en compte par le législateur lors de la loi du 2 août 2005 ni lors de l'élaboration du décret d'application, une réforme était nécessaire, elle intervint le 22 mars 2012. Ainsi la loi de simplification du droit prévoit que « pendant le délai indiqué au premier alinéa du présent article [3 ans : la loi Pinel], la commune peut mettre le fonds en location-gérance dans les conditions prévues aux articles L. 144-1 à L. 144-13 du Code de commerce ».

Malgré cet effort, cette solution apparaît difficile en pratique à mettre en œuvre, même si elle correspond à une tentative de solution.

160 – *La préemption d'un droit de créance : le bail commercial défini par son statut* – Il est apparu nécessaire pour le législateur d'ouvrir le champ d'application de la préemption aux baux commerciaux, en effet, le bail est un élément du fonds de commerce, mais il s'agit aussi du support de l'exploitation de la clientèle permettant de fixer géographiquement le fonds. Le statut des baux commerciaux ne s'appliquera pas à certains contrats, excluant *de facto* le droit de préemption des communes. Il s'agit des baux emphytéotiques, des baux à construire, des concessions immobilières et du crédit-bail immobilier. La loi Pinel a modifiée l'article L. 145-2 II *in fine* du Code de commerce qui excluait l'application du statut des baux commerciaux pendant la période intermédiaire avant rétrocession. Il était possible de justifier cette disposition par l'obstacle qui existe entre les obligations découlant du statut des baux commerciaux et le statut juridique de la commune, personne morale de droit public. Dès lors, le statut des baux commerciaux sera aujourd'hui applicable à la commune renforçant ainsi l'efficacité de l'exercice du droit de préemption, puisque le statut est protecteur pour le preneur à bail, qu'il soit personne physique commerçante ou artisante ou personne morale de droit privé ou public.

CHAPITRE SECOND : LES MUTATIONS SOUMISES AU DROIT DE PREEMPTION

161 – *L'opération visée par la préemption : l'aliénation à titre onéreux* – Selon l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme « *sont soumises au droit de préemption institué par le présent chapitre les aliénations à titre onéreux de fonds artisanaux, de fonds de commerce ou de baux commerciaux* ». Le droit de préemption implique dès lors une substitution d'acquéreur. Il y aura donc un contrat de vente, de façon plus précise, l'opération expressément visée par le texte est qualifiée d'« aliénation à titre onéreux ». Cette terminologie résulte non pas du dispositif initial de 2005, mais de la réforme découlant de la loi Warsmann n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives. Une modification a donc été apportée par le législateur concernant l'intitulé de l'article L. 214-1. En effet, lors de la rédaction de la loi du 2 août 2005, il était envisagé « *la cession* » des biens commerciaux ou artisanaux, la réforme a remplacé ce terme par « *aliénation à titre onéreux* », mettant en conformité l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme avec l'article R. 214-3 du Code de l'urbanisme (Section 1).

162 – *Le régime de l'aliénation* – La précision textuelle est fondamentale en droit. Ainsi, le correctif apporté par la réforme de 2012 était salutaire. Malgré cela, il sera indifféremment employé les termes de « vente », « cession » ou « aliénation » pour parler de l'opération déclenchant la préemption. Les régimes de la vente d'un fonds artisanal, de commerce ou du droit au bail commercial ne sont pas les mêmes, les règles applicables et les obligations qui en découlent diffèrent. Le Code de l'urbanisme ne donne aucune précision, ni n'opère de renvoi au Code de commerce. Or, des formalités substantielles assorties de sanctions sont prévues par le Code de commerce en cas de cession d'un fonds de commerce ou du droit au bail commercial. Par ailleurs, la doctrine ne s'est pas toujours prononcée sur ce point, partant peut-être du postulat que les sanctions attachées à ces formalités n'étant pas adaptées, leur respect ne s'imposait donc pas à la commune ; ainsi, une vision tout autre sera proposée. En effet, l'obligation de rétrocession à un acteur privé impose que celui-ci puisse bénéficier des garanties découlant de ces formalités (Section 2).

Section 1 : Le correctif apporté par le législateur à la variation sémantique des opérations visées

Section 2 : La mise en perspective des règles relatives au droit de préemption avec celle du droit commercial

Section 1 : Le correctif apporté par le législateur à la variation sémantique des opérations visées

163 – *Le trouble suscité par la variation sémantique des textes encadrant la préemption dite « commerciale »* – À l'origine, la loi du 2 août 2005 visait « les cessions » des biens soumis à préemption, à l'inverse du décret d'application, qui intervenant deux ans après, avait semble-t-il « perdu le fil » du dispositif qui dès lors s'appliquait à « l'aliénation à titre onéreux » des biens artisanaux et commerciaux. Cette « variation sémantique »¹ n'est pas sans conséquence, l'étude comparée de ces deux notions fait ainsi apparaître un élargissement du champ d'application par le décret, puisque la notion « d'aliénation » est plus large que celle de « cession ». Le trouble ne s'est pas atténué lorsque l'arrêté mettant en place le formulaire *Cerfa* « a confirmé » l'élargissement critiqué par la doctrine². (Paragraphe 1).

164 – *La réponse du législateur* – La loi dite « Warsmann » du 22 mars 2012, a alors apporté les modifications nécessaires pour faire cesser ces interrogations épistémologiques. L'uniformisation entre les différents textes organisant la préemption apaise donc le débat, mais il impose parallèlement d'étudier les fondements de « l'aliénation », Cette notion vise, par principe, à transférer des droits réels, c'est-à-dire la propriété d'un bien (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : LA VARIATION SEMANTIQUE ENTRE LA LOI ET LE DECRET : UNE ETUDE COMPARATISTE DE LA NOTION D'ALIENATION ET DE CESSION

165 – *La commutation opérée par le décret* – Une variation sémantique a été opérée entre le texte législatif issu de la loi du 2 août 2005 et le décret d'application de 2008. Ainsi la loi vise la notion de cession, alors que le décret emploie le terme d'aliénation. Le débat sur la signification des termes employés est avant tout un débat sur le champ d'application du droit de préemption.

¹ DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," *Dalloz Action*, septembre 2011, n°62.581; GRISIER, J., sous la direction de Hugues Kenfack, *Le nouveau droit de préemption des communes sur les fonds de commerce et artisanaux ou les baux commerciaux : une approche privatiste de la loi*, Mémoire, Toulouse, septembre 2010. (septembre 2011).

² BOSGIRAUD, C., "Libres propos relatifs au droit de préemption sur les cessions de fonds de commerce, fonds artisanaux, de baux commerciaux - Préempter pour rétrocéder..." *JCP N*, n° 16,1179, 18 avril 2008, p. 27; MAUREY, H., et TARRADE, P., "Le droit de préemption commercial," *BRDA*, 7/13, *Comm.* 26, 15 avril 2013.

166 – *La définition de la notion d'aliénation* – A l'instar de Savatier, selon lequel l'aliénation peut aussi bien être une transmission d'un droit qu'une transmission d'une chose, la jurisprudence a considéré, concernant les cessions de l'usufruit et de la nue-propriété du fonds, que l'expression « aliénation du fonds » implique une mutation de propriété. L'aliénation serait un acte qui a pour effet de transférer définitivement la propriété³. Mais cette analyse fait abstraction du caractère générique du terme aliénation qui recouvre tout transfert de droit quelle que soit sa nature. Cette affirmation repose sur une recherche étymologique du mot « aliénation » qui signifie « transmettre à un autre » et provient de « *aliéna* », « *alius* ». Mais la Cour de cassation⁴ a préféré se fonder sur la finalité de la préemption pour affirmer le principe selon lequel « *le droit de préemption tend à permettre au preneur l'accession à la propriété* »⁵. Par ailleurs, selon le vocabulaire juridique de Gérard Cornu, l'aliénation est définie comme étant « *la transmission volontaire à autrui du droit de propriété à titre onéreux ou à titre gratuit entre vifs ou à cause de mort, à titre particulier ou à titre universel* »⁶. L'acte d'aliénation est généralement un acte de disposition, mais il peut aussi ne constituer qu'un acte d'administration. On considère qu'un acte de disposition est un acte juridique comportant transmission d'un droit réel ou la souscription d'un engagement juridique important et pouvant avoir pour effet de diminuer la valeur du patrimoine. Il s'agit donc de sortir une valeur du patrimoine ce qui implique alors qu'on s'interroge sur l'éventuelle contre-valeur.

167 – *La polarisation de la notion de cession* – Lorsqu'on recherche la définition de la notion de cession, on se retrouve souvent face à un renvoi vers la notion de vente. Selon le dictionnaire du vocabulaire juridique de Rémy Cabrillac,⁷ sa définition est sensiblement la même que celle relative à l'aliénation. Mais généralement, la cession désigne le transfert d'un droit personnel. Est personnel tout droit subjectif permettant d'exiger d'une personne une prestation, c'est un droit de créance⁸.

168 – *Les conséquences de la distinction entre les deux notions* – La différence entre la notion de cession et la notion d'aliénation apparaît. En effet, même si

³ Trib. Par. Gaillac, 6 septembre 1957, JCP. 1958. II. 10428, note R. Savatier et Amiens, 27 mai 1960, Gaz. Pal. 1960, 2^e sem., 266.

⁴ Cass. soc., 22 mars 1962, JCP. 1962. II. 12685, note R.L ; D. 1962. 701 ; dans le même sens, Cass. 3^e civ. 27 mars 1969, JCP. 1969. II. 16051, note Ourliac et M. de Juglart ; Cass. civ. 23 avril 1969, Bull. cass. 1969, III, n°132, p.238.

⁵ SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit de préemption*, LGDJ, 1979, n° 331 et s

⁶ CORNU, G., *Association Henri Capitant - Vocabulaire juridique*, 9^eème éd., 2011. V° *Aliénation*.

⁷ CABRILLAC, R., *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, LexisNexis, 6^eème éd., 21 août 2014. V° *Cession*.

⁸ CORNU, G., *Association Henri Capitant - Vocabulaire juridique*, 9^eème éd., 2011. V° *personnel, elle*.

toutes deux renvoient à la notion plus étroite de vente, l'aliénation porte sur un transfert de droit réel alors que la cession réalise un transfert de droit personnel, de telle sorte qu'il n'y aura pas d'aliénation du droit au bail puisque le bail est un droit de créance. L'acte qui transfère ce droit n'est autre qu'une cession. Mais concernant le fonds de commerce, la distinction entre droit réel et droit personnel paraît moins évidente. En effet, le droit réel porte directement sur une chose ; les droits réels sont soit principaux, soit accessoires. Les droits réels principaux portent sur le droit de propriété et ses démembrements. Les droits réels accessoires sont liés à l'existence d'une créance qu'ils garantissent. Si la créance porte sur un immeuble, il s'agira par exemple d'une hypothèque, s'il s'agit de meuble, on parlera de gage ou de nantissement. Or, le fonds de commerce n'est pas un droit réel principal ni un droit réel accessoire, car il n'est que l'objet d'un nantissement. Ainsi, afin de contourner cette distinction, on fera référence à la notion de vente pour parler du transfert du fonds de commerce. En effet, la vente est simplement le transfert à titre onéreux d'un bien. En droit, il existe deux sortes de bien, les immeubles et les meubles. Le fonds de commerce est un meuble incorporel. Par ailleurs, c'est en référence aux règles relatives à la cession du fonds de commerce que la doctrine⁹ fait apparaître l'élargissement du champ d'application du droit de préemption. En effet, la cession du fonds de commerce obéit à un régime strict défini par le Code de commerce, qui distingue la cession d'autres opérations comme l'apport du fonds à une société¹⁰. Ainsi, le terme d'« aliénation », plus large, emporte-t-il la suppression de la distinction opérée par le Code de commerce¹¹. Pour autant, la légalité de l'extension du champ d'application a été remise en question par la doctrine qui souligne qu'au regard du principe de hiérarchie des normes, le décret ne peut étendre le champ d'application légal¹². Mais en réalité, ce décret bénéficie, dans le cas du droit de préemption, des règles du droit administratif qui, par principe, présume légal le décret qui aura vocation à s'appliquer, tant qu'il n'a pas été retiré ou déclaré illégal par le juge

⁹ BOUJEKA, A., "Transformation et disparition du fonds de commerce," Fasc. 1120, *JurisClasser Entreprise individuelle*, LexisNexis, 18 avril 2012; BOSGIRAUD, C., "Libres propos relatifs au droit de préemption sur les cessions de fonds de commerce, fonds artisanaux, de baux commerciaux - Préempter pour rétrocéder..." *JCP N*, n° 16,1179, 18 avril 2008, p. 27; DUTRIEUX, D., "Droit de préemption des personnes publiques - jurisprudences commentées," *JCP N*, n°2,1005, 11 janvier 2008, p. 18; PERIGNON, S., "Le droit de préemption communal sur les biens commerciaux," *AJDA*, 14 avril 2008, p. 743.n°162.

¹⁰ Article L. 141-1 du Code de commerce

¹¹ HINFRAY, A., "Le nouveau droit de préemption des communes sur les fonds de commerce," *revue loyers et copropriété*, n°6, étude n°6, juin 2008.

¹² BOSGIRAUD, C., "Libres propos relatifs au droit de préemption sur les cessions de fonds de commerce, fonds artisanaux, de baux commerciaux - Préempter pour rétrocéder..." *JCP N*, n° 16,1179, 18 avril 2008, p. 27.

administratif¹³. Qu'il s'agisse d'une aliénation ou d'une cession, on est en présence dans les deux cas d'une vente. En effet, comme le rappelle Madame Saint-Alary-Houin¹⁴, toutes les préemptions sans exception s'exercent sur les aliénations réalisées par une vente. Il semblerait d'ailleurs que le correctif apporté a pour seul objectif d'uniformiser ce nouveau droit de préemption avec les autres droits de préemption urbain qui visent tous une aliénation.

**PARAGRAPHE 2 : L'INDISPENSABLE UNIFORMISATION TERMINOLOGIQUE INCLINEE
PAR LA LOI DU 22 MARS 2012**

169 – *L'hésitation quant à l'élargissement du champ d'application lors de l'étude du caractère onéreux* – Un transfert réalisé à titre onéreux emporte nécessairement une contrepartie. Classiquement, on envisage cette contrepartie comme vénale, mais en réalité la notion de contrepartie est plus large et implique plus un avantage de n'importe quelle forme que ce soit. La mention d'« aliénation à titre onéreux » élargit le champ d'application du droit de préemption. Mais cette extension est déduite du texte par rapprochement du droit de préemption « commercial et artisanal » avec le droit de préemption urbain. Ainsi, l'article L. 213-1 du Code de l'urbanisme vise les aliénations à titre onéreux sous quelque forme que ce soit. L'oubli de la mention « *sous quelque forme que ce soit* » restreint donc le champ d'application du droit de préemption communal¹⁵. En effet, l'absence de cette mention emporte que seules les transactions impliquant le versement d'un prix sont susceptibles de préemption. Seront donc exclues du champ d'application, en premier lieu, les aliénations à titre gratuit¹⁶ et en second lieu, les opérations qui entraînent un transfert qui ne se traduit pas principalement par le versement d'un prix, comme les contrats d'échange¹⁷, les dations en paiement, les ventes avec

¹³ DUTRIEUX, D., "Droit de préemption des personnes publiques - jurisprudences commentées," *JCP N*, n°2,1005, 11 janvier 2008, p. 18.

¹⁴ SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit de préemption*, LGDJ, 1979, n° 102.

¹⁵ FLAICHER-MANEVAL, E., et REYGROBELLET, A., "Droit de préemption urbain en matière de fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux : décret d'application," *BPIM*, 01/2008 et 02/2008, 2008, p. 7 et 4.

¹⁶ KENFACK, H., "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*, n° 25,1508, Mars 2008, p.17. Sur la transmission du fonds de commerce à titre gratuit : *Transmission d'entreprise*, Revue Fiduciaire, 4ème éd., 2014, n°1800 à 1873 et n°2250 à 2448.

¹⁷ GUIGUET-SCHIELE, Q., "Repenser l'échange," *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n°3, Juillet/Septembre 2013, p. 539.

constitution d'une rente viagère, les fusions, scissions, à l'exception des cessions partielles d'actifs¹⁸.

170 – *La certitude quant à l'opération d'aliénation* – La préemption est un droit exorbitant de droit public. Il est donc d'interprétation stricte. Ce principe est une garantie dans l'application d'un tel droit dont l'immixtion touche aujourd'hui le droit commercial. Par conséquent, tout ce qui n'est pas expressément visé par la loi, et seulement par la loi, ne sera pas soumis au droit de préemption. Le champ d'application de ce droit est à la fois matériel et opérationnel, les biens visés par la préemption sont les fonds et le droit au bail commercial ; l'opération déclenchant la préemption est « l'aliénation à titre onéreux ». Cette affirmation fait suite à une évolution législative. La loi de 2005 qui visait « la cession » des biens commerciaux et artisanaux a été réformée par la loi dite « Warsmann » du 22 mars 2012. L'article 5 de la nouvelle loi modifie les dispositions de l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme en remplaçant « cession » par « aliénation à titre onéreux ». La cohérence entre loi et décret n'est pas qu'un problème de pur formalisme. En effet, l'aliénation à titre onéreux des biens « commerciaux » implique un élargissement du champ d'application du droit de préemption, qui pourra porter dès lors sur les échanges, opération impliquant une contre-partie, et les apports en société. Comme le souligne la doctrine¹⁹, les apports en société seront donc soumis au droit de préemption des communes²⁰. Pour autant, un champ d'application aussi large est critiquable²¹. En effet, en cas de préemption, la commune se substitue aux parties au contrat de vente. Si le contrat est un apport en société d'un fonds de commerce ou du droit au bail commercial, la commune se substituera à une société et non à un acquéreur personne physique. L'extension du champ

¹⁸ BOSGIRAUD, C., "Libres propos relatifs au droit de préemption sur les cessions de fonds de commerce, fonds artisanaux, de baux commerciaux - Préempter pour rétrocéder..." *JCP N*, n° 16,1179, 18 avril 2008, p. 27; FLAICHER-MANEVAL, E., et REYGROBELLET, A., "Droit de préemption urbain en matière de fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux : décret d'application," *BPIM*, 01/2008 et 02/2008, 2008, p. 7 et 4.

¹⁹ BOUJEKA, A., "Transformation et disparition du fonds de commerce," Fasc. 1120, *JurisClasseur Entreprise individuelle*, LexisNexis, 18 avril 2012; BRAC DE LA PERRIERE, D., et VAN STEENLANDT, P., "Libre propos sur certaines dispositions de la loi de simplification du droit du 22 mars 2012," *Deffrénois*, n°8, 30 avril 2012, p.407; COURET, A., et DONDERO, B., "La loi Warsmann II relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives - Aspects de droit des sociétés (2ème partie), sanctions et mesures.," *Bulletin Joly Sociétés*, n°5, 01 mai 2012, p.441; FLAICHER-MANEVAL, E., et REYGROBELLET, A., "Droit de préemption urbain en matière de fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux : décret d'application," *BPIM*, 01/2008 et 02/2008, 2008, p. 7 et 4; VAUVILLE, F., "la simplification du droit de l'entreprise par la loi du 22 mars 2012 : clarification du droit, amélioration des procédures et "trompe-l'oeil!"," *Deffrénois*, n°8, 30 avril 2012, p.339.n°162.MAUREY, H., et TARRADE, P., "Le droit de préemption commercial," *BRDA*, 7/13, *Comm.* 26, 15 avril 2013.

²⁰ Voir *Infra* n°375 et s.

²¹ BRAC DE LA PERRIERE, D., et VAN STEENLANDT, P., "Libre propos sur certaines dispositions de la loi de simplification du droit du 22 mars 2012," *Deffrénois*, n°8, 30 avril 2012, p.407.

d'application de la préemption « commerciale et artisanale » à l'apport en société est basé sur une analogie avec le droit de préemption urbain. En effet, selon l'article L. 213-1 du Code de l'urbanisme, de façon générale, les immeubles « *lorsqu'ils sont aliénés, à titre onéreux, sous quelque forme que ce soit* » sont soumis au droit de préemption. Il est ainsi considéré que l'apport en société d'un bien immobilier est visé par la préemption de par la généralité des termes employés par la loi. Or, la préemption urbaine peut être déléguée à un établissement public tel qu'une société d'économie mixte ou une société publique locale, la substitution de société lors d'un apport en société du bien est donc possible. Ainsi, l'élargissement des acteurs du droit de préemption par la loi de 2014 dite « Pinel » aux EPIC, aux établissements publics « y ayant vocation », aux SEM, au concessionnaire d'une opération d'aménagement ou au titulaire d'un contrat de revitalisation artisanale et commerciale, permet de rendre plus cohérent l'élargissement du champ d'application à l'apport en capital.

Section 2 : La mise en perspective des règles relatives au droit de préemption avec celles du droit commercial

171 – *Les aliénations à titre onéreux* – Le nouveau droit de préemption des communes issu de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME n'a pris forme qu'après le décret d'application, intervenu deux ans et demi après promulgation de la loi. L'article 58 de cette loi a été codifié aux articles L. 214-1 et suivant du Code de l'urbanisme. C'est principalement cet article qui définit le domaine d'application matériel du droit de préemption. Pour autant, le décret d'application apporte des précisions utiles sur la définition des opérations susceptibles de déclencher la préemption.

172 – *Trois régimes d'aliénation* – Le dispositif de préemption va donc porter sur l'aliénation à titre onéreux des fonds artisanaux (sous-section 1), fonds de commerce (sous-section 2), et du droit au bail commercial (sous-section 3).

Sous-section 1 : La vente d'un fonds artisanal, une opération susceptible de préemption

173 – *La vente du fonds artisanal, un régime distinct de celui du fonds de commerce* – Cet aspect de la loi est sûrement le plus énigmatique. En effet, ce qui caractérise un fonds artisanal est le savoir-faire de l'artisan. Il existe un rattachement de la clientèle à ce savoir-faire et le droit de préemption se retrouve face à un objectif de conservation de la localisation de ce savoir-faire. Mais les intentions louables du législateur, telles qu'exprimées dans le projet de loi, trouvent peu d'écho dans la mise en œuvre de celle-ci. En effet, la loi et le décret restent taisant sur la situation des fonds artisanaux. Ce silence n'est pas sans raison, le législateur n'a pas réglementé la cession du fonds artisanal à la différence du fonds commercial. De plus, la cession du fonds artisanal ne rentre pas dans le champ d'application de la vente du fonds de commerce. Plusieurs conséquences peuvent en être déduites, ainsi les mentions légales obligatoires qui s'imposent lors de la vente d'un fonds de commerce ne sont pas impératives pour la cession d'un fonds artisanal. L'artisan ne bénéficie donc pas de garanties en cas d'inexactitude des informations éventuellement transmises à la cession. Les garanties de financement à l'achat d'un fonds artisanal ne sont pas aussi nombreuses que pour le fonds de commerce. En effet,

seul le privilège de nantissement du fonds artisanal est au nombre des garanties usuelles²². Enfin, les formalités postérieures comme la publicité ne seront pas requises. Dès lors, à défaut de règles spéciales c'est le droit commun de la vente qui s'applique au contrat de vente du fonds artisanal.

174 – *La convergence de règles avec le fonds de commerce* – Mais pour autant, un point commun existe entre la vente du fonds artisanal et celle du fonds de commerce. Il s'agit de la solidarité fiscale de l'acquéreur qui implique le séquestre du prix de vente du fonds jusqu'à expiration du délai de solidarité.

Sous-section 2 : Les règles relatives à la vente du fonds de commerce conjugées avec les dispositions spéciales de la préemption

175 – *Un contrat spécial* – La cession d'un fonds de commerce est un contrat de vente. C'est un contrat spécial par son contenu (Paragraphe 1), sa forme (Paragraphe 2), et les règles du droit commercial qui l'encadrent strictement en prévoyant une publicité (Paragraphe 3) et des obligations respectives des parties (Paragraphe 4) ayant dans ces deux derniers cas pour but premier la protection des créanciers.

176 – *La gageure de la cohérence* – L'étude de l'ensemble des règles concernant la vente du fonds de commerce est nécessaire afin de comprendre tous les enjeux du droit de préemption des communes sur cette opération. En effet, le caractère non miscible des règles de droit fondant ce dispositif pérennise les critiques, tant le mariage juridique entre commerce et urbanisme s'avère être une équation quadratique.

PARAGRAPHE 1 : L'OBJET DE LA VENTE ET LE DROIT DE PREEMPTION : DES ELEMENTS TRANSMIS DANS LEUR ENSEMBLE

177 – *L'objet de l'aliénation* – Quelle que soit la vente effectuée, cet acte doit porter sur une chose déterminée avec mention du prix²³. La cession d'un fonds de commerce a donc pour objet un fonds (A) auquel on attribue une valeur vénale (B).

A) LA CONSISTANCE DU FONDS

²² Loi n° 96-603, 5 juill. 1996, art. 2, al. 1^{er} : JO 6 juill. 1996 ; JCl. Notarial Formulaire, texte.

²³ Article 1583 du Code civil.

178 – *Le principe de liberté contractuelle* – Les éléments compris dans la vente d'un fonds de commerce sont aussi importants qu'aléatoires. En effet, d'une part, la loi n'énumère pas les éléments devant figurer à l'acte de vente, et d'autre part, les parties, de par la liberté contractuelle, fixent librement les éléments à inclure dans l'acte²⁴.

179 – *Les éléments principaux sans lesquels le fonds ne saurait exister* – Toutefois, la nature même du fonds de commerce²⁵ permet d'identifier les éléments du fonds de commerce qui feront l'objet de la vente. Il faut dès lors considérer qu'un contrat portant sur un ou plusieurs éléments isolés ne constitue pas une vente de fonds de commerce. À l'inverse, il y aura nécessairement cession du fonds de commerce lorsque la cession porte sur l'élément principal qui sert de support à la clientèle²⁶. Ainsi, la cession d'un élément isolé peut être qualifiée de cession du fonds si elle place le cessionnaire en situation d'exploitant de la clientèle ; c'est ainsi que la cession d'un droit au bail peut s'analyser en cession d'un fonds de commerce s'il y a transfert de la clientèle²⁷. Cette conception jurisprudentielle de la cession du fonds de commerce explique en partie l'extension légale du droit de préemption des communes aux baux commerciaux. Il faut noter la singulière et néanmoins prometteuse introduction au Code général de la propriété des personnes publiques des articles L. 2124-32-1, L. 2124-33 et L. 2124-34, admettant la constitution et donc la transmission d'un fonds de commerce sur le domaine public²⁸. Une telle nouveauté législative va impacter le droit de préemption commercial et artisanal, qui aura vocation à s'appliquer même sur ce « type » de fonds de commerce du moment qu'il y a aliénation à titre onéreux. Or, le fonds de commerce sur le domaine public fait l'objet avant transmission d'une autorisation administrative²⁹, aussi la coordination des règles peut sembler obscure. Pour autant, de tels « commerces » sont souvent, si ce n'est toujours, des commerces de « proximité », aussi la question de l'application de la loi peut sembler

²⁴ Cass. Com., 10 juin 1986, *Bull. civ.* IV, n° 121

²⁵ Le fonds de commerce est une universalité de fait c'est-à-dire une universalité de biens meubles corporels et incorporels

²⁶ Cass. Com., 2 juin 1980, *Gaz ; Pal.* 1980, 2, somm. P. 554

²⁷ REYGROBELLET, A., "La clientèle : élément constitutif principal du fonds de commerce ?", *Dalloz Action - Droit et pratique des baux commerciaux*, Dalloz, 2015, n°710-10 et s.

²⁸ HANSEN, P. S., "L'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public," *JCP A et CT*, n° 36, 8 Septembre 2014, 2250.

²⁹ ANDREANI, J., "La consécration législative du fonds de commerce sur le domaine public," *Dalloz*, 2014, p. 1883; BAINVEL, C., et PAPAPOLYCHRONIOU, S., "L'admission de l'existence de fonds de commerce sur le domaine public," *Droit administratif*, n°1, janvier 2015, comm. 5; CHAMARD-HEIM, C., et YOLKA, P., "La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public," *AJDA*, 2014, p. 1641; DEROUESNE, E., et STEFANINI-COSTE, A., "Fonds de commerce sur le domaine public . - La reconnaissance législative," *JCP E*, n° 41, 9 Octobre 2014, 1511; HANSEN, P. S., "L'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public," *JCP A et CT*, n° 36, 8 Septembre 2014, 2250.

finalement anecdotique, d'autant, qu'en cas de difficulté la personne publique fera usage de sa prérogative en n'autorisant pas le successeur.

B) LE PRIX DE VENTE

180 – *L'évaluation du fonds* – L'article R. 214-5 du Code de l'urbanisme prévoit la possibilité, pour le titulaire du droit, d'acquérir les biens visés par la préemption au prix indiqué à la déclaration d'intention d'aliéner. Cette éventualité suppose que le titulaire du droit acquière au prix évalué préalablement par le vendeur, commerçant ou artisan. Il s'agit donc d'une acquisition au prix du marché (1).

181 – *La contestation du prix* – Par ailleurs, le même article du Code de l'urbanisme envisage l'hypothèse d'un désaccord sur le prix indiqué à la DIA. Une telle contestation sera réglée par voie judiciaire. Un renvoi à l'article R. 214-6 du Code de l'urbanisme est opéré. Cet article fixe la compétence du juge de l'expropriation. Mais cette attribution de compétence n'est pas satisfaisante tant en raison de la matière, qu'en raison de l'absence de critères restrictifs à la saisine (2).

I. LA DELICATE PROCEDURE D'EVALUATION DU FONDS

182 – *La préemption au prix du marché* – La détermination du prix d'un fonds de commerce est délicate. En effet, le prix dépend en grande partie de la clientèle dont l'évaluation peut apparaître subjective. Pour autant, la détermination du prix est primordiale, et cette nécessité est, depuis la loi du 2 août 2005, devenue un enjeu. En effet, dans le cadre du droit de préemption des communes, lors d'une cession de fonds de commerce, une déclaration préalable doit être faite par le cédant³⁰, cette déclaration devant préciser le prix et les conditions de la cession. En cas de modifications ultérieures d'une de ces conditions, une nouvelle déclaration devra être envoyée. La fixation du prix « réel » est donc nécessaire.

183 – *Les méthodes d'évaluation du fonds de commerce* – Différentes méthodes d'évaluations sont employées par la pratique³¹. Elles sont classées en deux groupes. D'une part les méthodes empiriques se contentent d'appliquer au chiffre d'affaires ou au bénéfice un barème ; d'autre part, des méthodes dites mathématiques se distinguent

³⁰ Article L. 214-1 alinéa 2 du Code de l'urbanisme.

³¹ LEVI, A., GARBIT, P., AZEMA, J., et VALLENS, J.-L., "Droit commercial," Lamy, 2015, n°149.

en deux autres catégories, l'une indirecte, l'autre directe. Les méthodes indirectes consistent à comparer la valeur de remplacement des éléments matériels à la valeur du bénéfice global capitalisé. Les méthodes directes prennent en considération la capitalisation d'un bénéfice dit « normal » calculé après déduction de certaines variables factorielles, la rémunération du commerçant par exemple. En synthèse, les auteurs préconisent de recourir aux méthodes directes lorsque le fonds comprend des éléments matériels peu importants, et aux méthodes indirectes lorsque le montant des immobilisations s'accroît comme pour les fonds industriels. Malgré l'effort d'objectivation des méthodes d'évaluation, les facteurs d'appréciation restent instables, car liés à la personnalité et au projet d'exploitation de l'entrepreneur, de telle sorte qu'il est impossible de déterminer avec certitude la valeur exacte de la clientèle.

2. LA CRITIQUE DE LA COMPETENCE DU JUGE DE L'EXPROPRIATION

184 – *La saisine du juge de l'expropriation* – Le titulaire du droit de préemption peut saisir le juge de l'expropriation en cas de désaccord sur le prix déclaré. Le juge de l'expropriation est un magistrat du TGI désigné pour chaque département par ordonnance du premier président de la Cour d'appel. Sa compétence peut être justifiée par l'intérêt général attaché au droit de préemption³². La saisine doit intervenir dans un délai fixé par l'article R. 214-5 du Code de l'urbanisme soit un délai de deux mois suivant notification de la déclaration d'aliénation. Elle intervient par lettre recommandée avec accusé de réception adressée au secrétariat de la juridiction compétente et devra être accompagnée d'une copie en double exemplaire d'un mémoire, dans lequel la commune ou ses délégataires feront valoir leurs observations, et en toute logique leur proposition de prix. Par ailleurs, les copies de la lettre de saisine et du mémoire doivent être notifiées au cédant, mais aussi au bailleur, si le cédant est lié par un bail commercial ou si la cession porte elle-même sur le bail³³. L'obligation de consignation du prix prévu à l'article L. 213-4-1 du Code de l'urbanisme peut sembler applicable par analogie au droit de préemption des

³² KENFACK, H., "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*, n° 25,1508, Mars 2008, p.17.

³³ BON-JULIEN, E., "Le droit de préemption "commercial" : un droit inapplicable?," *Petites affiches*, n° 75, 15 avril 2009, p. 8; DEBEAURAIN, J., "Adenda au guide des baux commerciaux," *Annales des loyers*, n°10, Octobre 2008.

communes sur les biens commerciaux et artisanaux,³⁴ mais il faut se souvenir du principe d'interprétation stricte du droit de préemption³⁵.

185 – *Une compétence critiquable* – Cette faculté de contestation du prix fait l'objet de nombreuses critiques de la part des praticiens. En effet, le principe même de contestation du prix est critiquable puisqu'il allonge considérablement la procédure portant sur une opération, qui pour rester économiquement viable doit se réaliser dans un bref délai. Par ailleurs, avant la réforme de 2014, et selon Madame Moréno³⁶, « *on peut craindre le recours régulier au juge* » pour deux raisons principales : le manque de complétude du formulaire *Cerfa* notamment en ce qui concerne l'activité du futur acquéreur, le contrat de bail commercial, et surtout la mention du chiffre d'affaires et du bénéfice des trois dernières années. De même, en raison de l'absence de référence officielle d'évaluation du fonds de commerce. Il était donc nécessaire de réformer ce point. Le formulaire *Cerfa* a été modifié et la loi de 2014³⁷ envisage avec plus de complétude les mentions à indiquer au titulaire du droit³⁸. Une meilleure information de la commune ou de ses délégataires renforce le droit au recours qui sera engagé avec une meilleure compréhension de l'opération de vente du fonds. En ce qui concerne la compétence du juge de l'expropriation, les modalités de la procédure suscitent quelques réserves. En effet, dans une application logique des règles de procédure, le juge des baux commerciaux aurait eu la préférence³⁹. Sa compétence, fondée sur l'article 29 alinéa 1^{er} du décret du 30 septembre 1953, porte sur les contestations relatives à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé. Le juge de baux commerciaux est le président du Tribunal de grande instance ou son délégataire. Il faut d'ailleurs prendre en compte la réalité du commerce et l'existence quasi systématique d'un droit au bail malgré le fait que la commune ou ses délégataires auraient préempté un fonds. Mais une telle analyse peut être combattue et n'emporte pas pleine satisfaction. En effet, la cession du droit au bail, soit à l'acquéreur du fonds, soit même à expiration du bail, ou pour départ à la retraite ou invalidité, relève de la compétence du Tribunal de grande instance en application des dispositions de l'article 34-3-1 du décret de 1953. Or, le droit de préemption porte bien

³⁴ DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," *Dalloz Action*, septembre 2011, n° 62.652

³⁵ Voir *Infra* n°212.

³⁶ MORENO, D., "La procédure de préemption commerciale," *JCP A et CT*, n°42,2239, 12 Octobre 2009.

³⁷ Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises : JORF n°0140 du 19 juin 2014 page 10105 texte n° 1.

³⁸ Voir *Supra* n°61.

³⁹ FLAICHER-MANEVAL, E., et REYGROBELLET, A., "Droit de préemption urbain en matière de fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux : décret d'application," *BPIM*, 01/2008 et 02/2008, 2008, p. 7 et 4.

sur « l'aliénation à titre onéreux » certes d'un fonds de commerce ou artisanal, mais aussi du droit au bail commercial dont le contentieux est réservé au Tribunal de grande instance⁴⁰. Mais bien plus, l'acte d'aliénation est un acte de disposition du patrimoine, considéré dès lors comme recouvrant une certaine gravité. Ainsi une juridiction collégiale, tel que le Tribunal de grande instance, semble plus à même d'appréhender le contentieux contestation du prix de cession des biens commerciaux et artisanaux. Un tel enjeu semble imposer une formation collégiale, le juge des baux commerciaux ou de l'expropriation sont tous deux des juges uniques. S'ajoutent à ces réserves d'autres observations quant aux modifications apportées lors de la version définitive du décret. Il faut en effet rappeler que dans les versions précédentes du texte, la saisine du juge de l'expropriation était subordonnée à la démonstration du caractère « excessif » voir « *manifestement excessif* » du prix eu égard au marché. Or, cette condition a été supprimée dans la version définitive du décret, de telle sorte qu'un simple désaccord sur le prix suffit⁴¹.

186 – *La renonciation à la préemption après décision du juge* – En toute hypothèse, le titulaire du droit de préemption, peut renoncer à exercer son droit, et ce même après la décision définitive du juge sur le prix. L'article L. 213-7 alinéa 2 du Code de l'urbanisme prévoit qu'en cas de fixation judiciaire du prix et pendant un délai d'un mois après l'intervention de la décision juridictionnelle définitive, les parties peuvent accepter le prix fixé par la juridiction ou renoncer. Ce refus doit être express, à défaut le silence vaut acceptation après expiration d'un délai de deux mois. Ce droit a évolué sur certains points. Tout d'abord, la première ébauche de la loi prévoyait qu'en cas de renonciation par la commune à exercer son droit de préemption après fixation judiciaire du prix, le cédant pouvait céder librement à tout autre acquéreur, c'est-à-dire qu'il pouvait céder sans être tenu ni par le prix initial, ni par les conditions mentionnées dans la déclaration d'intention d'aliénation ou encore par le prix fixé par le juge. Le dispositif définitif de la loi prévoit à l'article L. 214-1 alinéa 4 du Code de l'urbanisme qu'en cas de renonciation à l'exercice du droit de préemption par la commune, le cédant peut alors réaliser la vente aux prix et conditions figurant dans sa déclaration. Le projet de décret quant à lui prévoyait que le droit

⁴⁰ BOITUZAT, A., "Le droit de préemption des communes sur les cessions de fonds de commerce et artisanaux et de baux commerciaux," *Revue de droit immobilier*, 2008, p. 313; VAISSIE, M.-O., "Le droit de préemption des communes sur les cessions de fonds et de baux," *Revue des Loyers*, n°886, 2008.

⁴¹ FLAICHER-MANEVAL, E., et REYGROBELLET, A., "Droit de préemption urbain en matière de fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux : décret d'application," *BPIM*, 01/2008 et 02/2008, 2008, p. 7 et 4.

de préemption ne pouvait être exercé sur ce même bien pendant un délai de cinq ans⁴², mais cette précision n'a pas été retenue par le décret.

PARAGRAPHE 2 : LA FORME DE LA VENTE EN DROIT COMMERCIAL ET LE DROIT DE PREEMPTION

187 – *Un consensualisme relatif* – On oppose traditionnellement les contrats consensuels aux contrats solennels dont la validité est conditionnée par la réalisation de certaines formalités légales. Or, la vente est par nature un contrat consensuel, le consentement des parties suffit pour parfaire sa validité (A). Nonobstant, la loi préconise certaines mentions dans un but de protection des parties comme de leurs créanciers respectifs (B).

A) LE PRINCIPE DU CARACTERE CONSENSUEL DE LA VENTE

188 – *Le principe* – La cession à titre onéreux d'un fonds de commerce est une vente. Le principe est celui du consensualisme c'est-à-dire que l'acte juridique n'est soumis à aucune forme particulière pour sa validité, le consentement ayant à lui seul le pouvoir de créer des obligations. La vente est donc un contrat consensuel, l'article 1583 du Code civil énonçant ainsi qu'il y a vente dès accord sur la chose et sur le prix. La loi a pourtant imposé l'insertion dans l'acte de vente de certaines mentions, on aurait pu croire à un recul du consensualisme de par la nécessité ainsi dictée en filigrane de rédiger un écrit. C'eût été le cas si les mentions prescrites avaient été sanctionnées par une nullité absolue puisque la nullité absolue sanctionne le non-respect des règles de formes attachées aux actes solennels. Or, pour ce qui est de la cession d'un fonds de commerce, la sanction du non-respect des mentions prescrites par la loi est la nullité relative, qui ne peut être demandée que par l'acquéreur.

189 – *La liberté de la preuve de l'acte* – Il faut noter, au surplus, que la cession d'un fonds de commerce n'est pas un acte civil, mais un acte commercial, les règles de la preuve commerciale lui sont donc applicables. Ainsi, la preuve est libre, la vente commerciale se prouvant par tout moyen même par simple échange de lettres.⁴³ Or, en matière de droit de préemption urbain, le formalisme de la procédure encadrée par le Code

⁴² FLAICHER-MANEVAL, E., et REYGROBELLET, A., "Droit de préemption urbain en matière de fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux : décret d'application," *BPIM*, 01/2008 et 02/2008, 2008, p. 7 et 4.

⁴³ Cass. com., 6 janvier 1953. *Bull. Civ.*, 3, n°6.

de l'urbanisme fait échec à la règle de preuve telle qu'ainsi exposée, les règles du droit de préemption imposent que l'accord sur le prix, et donc l'écrit, soit notifié⁴⁴.

B) L'ACTE DE VENTE ET SES MENTIONS OBLIGATOIRES

190 – *Les mentions obligatoires* – En l'absence de précisions textuelles par le Code de l'urbanisme, il faut s'interroger sur l'application des règles commerciales à l'acte de cession du fonds de commerce. L'article L. 141-1 du Code de commerce impose certaines mentions obligatoires à insérer à l'acte (1).

191 – *L'inadaptation aux règles de droit public* – Les mentions obligatoires ont un intérêt tant pour la commune que pour l'acquéreur lors de la rétrocession. En effet, ces informations insérées au contrat permettent de connaître la valeur du fonds. Mais les sanctions attachées à l'omission ou l'inexactitude de ces mentions sont inadaptées aux règles de droit public, minorant l'importance d'une telle obligation (2).

I. LE CARACTERE OBLIGATOIRE DES MENTIONS

192 – *Les règles spéciales du droit de préemption* – L'acte de cession du fonds est, en matière de droit de préemption des communes, encadrées par l'article R. 214-9 du Code de l'urbanisme. Il devra être dressé dans un délai de trois mois suivant la notification de l'accord sur le prix et les conditions de la vente visée à la déclaration d'intention d'aliénation ou de la décision judiciaire devenue définitive ou suivant la date de l'acte ou du jugement d'adjudication.

193 – *Les interrogations quant à l'application des règles commerciales* – En dehors de ces dispositions, aucune précision n'est apportée quant à l'application de l'article L. 141-1 du Code de commerce. En effet cet article prescrit l'insertion de certaines mentions dans l'acte de cession⁴⁵. Ces mentions permettent à l'acquéreur de connaître la valeur réelle du fonds. Elles sont prescrites à peine de nullité. Dès lors, le vendeur sera tenu d'énoncer le nom du précédent vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition et le prix payé par lui en précisant le prix pour chacun des trois éléments. De même est-il nécessaire d'énoncer l'état des privilèges et nantissements, le chiffre d'affaires réalisé au

⁴⁴ Article R. 214-5 alinéa 2 du Code de l'urbanisme.

⁴⁵ PEDAMON, M., et KENFACK, H., *Droit commercial - Commerçants et fonds de commerce - Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 4ème éd., 2015, n°292.

cours des trois dernières années d'exploitation, les bénéficiaires commerciaux pendant la même période, soit le bénéfice net effectivement réalisé et non pas le forfait fiscal. En ce qui concerne la communication de la comptabilité, les livres comptables ne sont pas considérés comme des éléments du fonds de commerce. Par conséquent, lors de la cession du fonds de commerce ils ne sont pas nécessairement transmis. Toutefois, l'acquéreur aura tout intérêt à prendre connaissance des livres du vendeur. Ainsi, l'article L. 141-2 du Code de commerce lui accorde un droit à communication des livres du vendeur, après la vente, pendant une période de trois ans à compter de son entrée en jouissance du fonds. Enfin, au titre des obligations impératives de transmission à la cession se trouvent toutes les informations relatives au bail, sa date et sa durée, ainsi que le nom et l'adresse du bailleur ou du cédant.

194 – *Le respect des dispositions du droit commercial* – Au cas de préemption, la doctrine affirme la nécessité d'insérer dans l'acte de vente ces mentions⁴⁶. Cette affirmation est pertinente eu égard à l'obligation de rétrocession qui incombe au titulaire du droit de préemption. Il est, à ce stade du raisonnement, nécessaire de distinguer les deux phases que comporte le processus de préemption. La phase de préemption d'un fonds de commerce plaçant le titulaire du droit dans la position d'acquéreur du fonds. À l'inverse, au moment de la rétrocession il aura la qualité de vendeur du fonds. La dualité de la qualité qui en résulte n'est pas sans conséquence juridique, l'acquéreur ou le cédant bénéficiant de droits et de garanties distincts. Or, même si par prudence, le respect de l'article L. 141-1 du Code de commerce est nécessaire au moment de la mise en œuvre du droit de préemption, il n'en demeure pas moins peu pertinent en raison de l'inadaptation de ces règles avec la mise en œuvre du droit de préemption. En effet, les mentions obligatoires prescrites par le Code de commerce n'ont vocation qu'à protéger l'acquéreur. La sanction en cas d'inexactitude des mentions prescrites par la loi est prévue par l'article L. 141-3 du Code de commerce qui dispose que « *le vendeur est [...] tenu de la garantie à raison de l'inexactitude de ses énonciations* ». L'acquéreur aura le choix entre demander la résolution du contrat ou la réduction du prix s'il préfère conserver le fonds de commerce. Ces inexactitudes sont assimilées à un vice caché. Le vice ayant pu occasionner un préjudice, celui-ci est réparable à condition de démontrer que le vendeur connaissait au moment de la vente le vice c'est-à-

⁴⁶ BOSGIRAUD, C., "Libres propos relatifs au droit de préemption sur les cessions de fonds de commerce, fonds artisanaux, de baux commerciaux - Préempter pour rétrocéder..." *JCP N*, n° 16,1179, 18 avril 2008, p. 27; BROUSSOLLE, Y., "Le décret du 26 décembre 2007 relatif au droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, les fonds artisanaux et les baux commerciaux," *Deffrénois*, n° 10, 30 mai 2008, p. 1065.

dire qu'il avait conscience de l'inexactitude d'une mention. L'omission est, quant à elle, sanctionnée par la nullité relative, prescrite dans un bref délai d'un an. Le titulaire du droit de préemption, à l'achat du fonds, se verra garantir par le vendeur l'insertion des mentions prescrites par la loi et leurs exactitudes dans les termes sus-énoncés.

2. LA RELATIVE PORTEE DES MENTIONS OBLIGATOIRES DANS LE CADRE DE LA PREEMPTION COMMERCIALE ET ARTISANALE

195 – *Des sanctions inadaptées à l'acte de préemption* – La portée des mentions obligatoires visées à l'acte de vente du fonds de commerce est à nuancer en raison de la particularité du cocontractant lors de la préemption. Ainsi, à l'étude des sanctions de l'inexactitude des mentions⁴⁷, il appert que le titulaire du droit ne devrait pas pouvoir demander la réduction du prix de vente, en effet, la procédure de préemption lui offre le droit de contester judiciairement le prix avant l'acte de cession. De plus, pour qu'un préjudice soit révélé dans l'exploitation du fonds, il faut avoir exploité le fonds. Or, cette exploitation par le titulaire du droit de préemption pendant la période intermédiaire pose quelques interrogations pratiques. La doctrine a soulevé la difficulté notant que la gestion du fonds ne s'inscrit pas dans les objectifs de la loi et ne relève pas des attributions « naturelles » des communes⁴⁸. La modification du dispositif par la loi du 22 mars 2012, contourne le problème, mais ne peut le résoudre en permettant la mise en location gérance, car l'immixtion de la personne publique dans la sphère commerciale est une aporie. Ainsi, la mise en location-gérance pendant la période intermédiaire, pouvant aller au maximum jusqu'à trois ans, suscite d'autres interrogations d'ordre pratique, car il apparaît peut réaliste qu'un commerçant ou un artisan accepte à ses risques et périls d'exploiter, temporairement sur un délai court en terme d'objectif commercial, un fonds⁴⁹.

196 – *Des mentions protectrices à l'acte de rétrocession* – À l'inverse, l'insertion des mentions obligatoires dans l'acte de rétrocession est primordiale. En effet, la rétrocession ne doit pas être confondue avec celle prévue par le Code de l'urbanisme aux articles L. 213-11 et L. 213-14. Il s'agit en réalité d'une revente du fonds de commerce soumise aux dispositions du Code de commerce. Or, dans cette hypothèse, la protection de

⁴⁷ PEDAMON, M., et KENFACK, H., *Droit commercial - Commerçants et fonds de commerce - Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 4ème éd., 2015, n°293.

⁴⁸ KENFACK, H., "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*, n° 25,1508, Mars 2008, p.17.

⁴⁹ Voir *Supra* n° 127.

l'acquéreur reprend tout son sens. Pour autant, la commune ou ses délégataires ne sont pas des cédants « ordinaires », il s'agit de personnes publiques, et les garanties classiques du droit commercial se trouvent en concurrence avec les règles du droit administratif. Ainsi, la seconde loi de décentralisation ayant maintenu dans le CGCT les dispositions de l'article 2252-1 relatives aux garanties et cautionnements d'emprunt accordés par les communes, la prise de garantie ne peut intervenir que dans le respect de ratios prudentiels. Nonobstant, les mentions prescrites par le Code de commerce restent fondamentales pour l'acquéreur du fonds, car elles traduisent l'état du commerce au moment de la cession, c'est la raison pour laquelle, à la rétrocession, le titulaire du droit devra s'astreindre à une telle information. Dès lors, il semble possible d'affirmer que les mentions de l'article L. 141-1 du Code de commerce doivent apparaître dans l'acte constatant l'acquisition par préemption en vue de l'information future des sous-acquéreurs.

PARAGRAPHE 3 : LA PUBLICITE DE LA VENTE ET SES EFFETS

197 – *Les règles de publicité en droit commercial* – L'opération consistant en la cession d'un fonds de commerce est régie par le Code de commerce, qui prévoit aux articles L. 141-12 et suivant, des règles de publicités ayant vocation à protéger les créanciers du cédant comme du cessionnaire. L'irrespect des règles de publicité emportera sanction. Mais, la coexistence des règles de droit de l'urbanisme rend le dispositif inextricablement inopérant (A).

198 – *Les règles de publicité du droit de préemption* – Le droit de préemption commercial et artisanal a lui aussi ses propres règles de publicité. Ces règles sont essentielles en raison du caractère dérogatoire de ce mode d'acquisition nécessitant d'autant plus l'information de tous les acteurs de la vente (B).

A) LES CONSEQUENCES DE L'APPLICATION DES REGLES DE PUBLICITE COMMERCIALE LORS DE L'EXERCICE DU DROIT DE PREEMPTION

199 – *Le renvoi exprès au Code de commerce* – La cession d'un fonds de commerce est soumise à des règles de publicité. L'objectif poursuivi est de protéger les créanciers du cédant comme du cessionnaire. Le droit de préemption mis en place par la loi du 2 août 2005 n'abordait pas cette formalité, il faudra attendre le décret du 26 décembre 2007 pour voir ce sujet évoqué par simple renvoi au Code de commerce. L'article R. 214-9 alinéa 2 du Code de l'urbanisme indique que le paiement ne peut intervenir que « sous

réserve de l'application des dispositions des articles L. 141-12 et suivants du Code de commerce ». Il est intéressant de se demander comment seront conciliées, à ce stade du processus de préemption, les règles commerciales avec le statut du titulaire du droit de préemption, notamment en ce qui concerne les sanctions liées au défaut ou à l'imperfection des formalités de publicité, qui seraient applicables au droit de préemption. Le décret d'application renvoie aux dispositions du Code de commerce sans précision supplémentaire ni aménagement au vu des particularités du cocontractant public. L'évocation de l'article L. 141-12 et suivant du Code de commerce renvoie à deux formes de publicité celle dans un journal d'annonces légales, avant réforme de la loi Macron⁵⁰, et celle au *Bodacc*. Ces publicités ont un rôle différent de celui de la publicité foncière, elles sont imposées par la loi dans le but de protéger les créanciers du vendeur. En effet, elles permettent de renseigner les créanciers sur l'existence de la vente, ces derniers peuvent ainsi faire opposition au paiement.

200 – *La publicité dans un journal d'annonces légales* – La publicité dans un journal d'annonces légales⁵¹ est une formalité administrative imposée par la loi de 1909 qui prévoyait deux publications dans un journal d'annonces légales : l'une dans les quinze jours de l'acte de vente, la seconde renouvelant la première entre le huitième et quinzième jour suivant. Ces dispositions ont été réformée par la loi dite « Macron » du 6 août 2015⁵². Avant la réforme de 2015, ces formalités avaient été simplifiées par le décret du 3 décembre 1987 qui avait supprimé la seconde insertion. Dès lors, la seule publicité qui était nécessaire imposait l'insertion de l'acte de vente dans un journal d'annonce légale dans les quinze jours après l'acte à compter de la date de la signature, et non celle de l'enregistrement. Il existait différents journaux d'annonces légales, la publication devait être effectuée dans un journal habilité⁵³ dans l'arrondissement ou le département dans lequel le fonds est exploité, c'est donc une publication locale. Des mentions légales devaient figurer dans l'extrait ou l'avis publié⁵⁴ : il s'agissait de la date de l'acte de vente avec indication de l'enregistrement ; les noms, prénoms, et domicile du vendeur et de l'acquéreur ; la nature et le siège du fonds ; le prix stipulé ; la fixation d'un délai d'opposition pour les créanciers ;

⁵⁰ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques: JORF n°0181 du 7 août 2015 page 13537.

⁵¹ Article L. 141-12 du Code de commerce.

⁵² Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques: JORF n°0181 du 7 août 2015 page 13537.

⁵³ La liste des journaux habilités et le tarifs des insertions sont fixés chaque année et dans chaque département par arrêté préfectoral.

⁵⁴ Article L.141-13 du Code de commerce.

une élection de domicile dans le ressort du Tribunal de commerce où le fonds est situé afin de faciliter l'opposition des créanciers. Mais la loi dite « Macron » du 6 août 2015 a simplifiée les formalités en supprimant la publicité locale pour ne laisser qu'une seule obligation de publicité au *Bodacc*⁵⁵.

201 – La publicité au *Bodacc* impliquant une immatriculation au RCS – En raison de la dispersion des publicités liée au caractère local, un support national a été créé par la loi du 17 mars 1909, qui prévoit une publicité d'un extrait au *Bodacc* dans les quinze jours de la vente. L'extrait devra contenir des mentions spécifiques qui étaient celles prévues avant la réforme de 2015 lors de la publicité au journal d'annonce légale⁵⁶. Il faut donc mentionner l'identité des parties, la date du contrat et de son enregistrement, la nature et le siège du fonds, le prix stipulé, l'élection de domicile pour recevoir les oppositions et l'indication du délai pour faire ces oppositions⁵⁷. La publicité au *Bodacc* est propre à l'immatriculation de l'acquéreur au RCS et la radiation corrélative du vendeur, commerçant, à ce même registre. L'immatriculation pour une société confère la personnalité morale, et pour une personne physique la qualité de commerçant. Or, la commune acquéreur d'un fonds de commerce n'est pas une personne physique et a déjà la personnalité morale, son inscription au RCS apparaît donc inadéquate. Pour autant, les établissements publics industriels et commerciaux⁵⁸ sont soumis à certaines règles commerciales, notamment à l'inscription au RCS, la réforme de 2014 permettant la délégation à ces personnes morales renforce la cohérence du dispositif. En toute hypothèse, la radiation du vendeur est nécessaire, d'où l'intérêt de cette formalité dans le cadre du droit de préemption. La publication au *Bodacc*, quant à elle, intervient depuis la loi du 9 avril 1949, à la diligence et sous la responsabilité du greffier du Tribunal de commerce, qui sera requis par l'acquéreur soit la commune ou ses délégataires.

202 – Les sanctions de l'inobservation des mesures de publicité – Les règles de publicité sont assorties de sanctions, soit pour irrégularité de la publicité, soit pour absence de publicité. Ces publicités ne constituent pas néanmoins, une condition de validité de la

⁵⁵ PEDAMON, M., et KENFACK, H., *Droit commercial - Commerçants et fonds de commerce - Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 4ème éd., 2015.n°298.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Article L. 141-13 nouveau du Code de commerce.

⁵⁸ EPIC : personnes morales publiques distinctes de l'Etat ou des collectivités territoriales exerçant une activité industrielle et commerciale qui entre dans le champ d'application de l'article L.110-1 du Code de commerce.

vente⁵⁹, ni ne conditionnent le transfert de propriété. Plusieurs types d'infractions peuvent concerner la publicité, leurs sanctions étant identiques. Il s'agit soit d'une absence totale de publicité au *Bodacc*. Il peut s'agir aussi de l'omission d'une mention prescrite par la loi. La conséquence est l'inopposabilité d'ordre public du paiement aux créanciers du vendeur qui pourront réclamer un second versement entre leurs mains⁶⁰. L'inopposabilité est d'ordre public. Par voie de conséquences, les délais d'oppositions et de surenchère du sixième ayant pour point de départ la publication de la vente ne courent pas, ce qui pourrait avoir des conséquences sur la mise en œuvre du droit de préemption en cas d'adjudication. Or, la loi comme le décret instituant le droit de préemption des communes n'interdisent pas à un créancier de faire une telle surenchère après la cession consentie à la commune, et ce malgré une fixation judiciaire du prix de vente par le juge de l'expropriation. La procédure de surenchère peut conduire à la résolution de la vente ainsi qu'à une nouvelle adjudication au profit d'un tiers et à une substitution par la commune au nouvel acquéreur, serait-ce à un nouveau prix ? Mais la procédure de surenchère du sixième a été supprimée par la loi « Macron »⁶¹ qui a abrogé les alinéas 2 et suivants de l'article L. 141-19 du Code de commerce⁶². Enfin, l'omission des formalités pouvant constituer une faute portant préjudice elle fera l'objet d'une réparation par dommages et intérêts aux créanciers. Ces sanctions ne sont pas sans risque pour le titulaire du droit de préemption qui, se substituant à tout acquéreur d'un fonds, pourra se voir opposer une action des créanciers. Les règles concernant la publicité sont donc cruciales et le respect scrupuleux de ces formalités doit guider les acteurs du droit de préemption.

B) LES FORMALITES DE PUBLICITE LORS DE LA RETROCESSION ET LEURS EFFETS

203 – *La dualité de procédure* – Les formalités de publicité dans la phase de rétrocession sont fondées, à la fois sur le décret d'application qui encadre le processus administratif de rétrocession ; et sur l'article L. 214-2 alinéa 2 du Code de l'urbanisme qui fait référence au « *chapitre 1 du titre IV du livre 1er du Code de commerce* » relatif aux mesures de publicité propres à la cession des fonds de commerce.

⁵⁹ CA Paris, 16 oct. 1928, Gaz. Pal. 1929, 1, jur., p. 84 ; CA Paris, 9 janv. 1929, Gaz ; Pal. 1929, 2, jur., p. 989 ; CA Poitiers, 9 juill. 1929, S. 1930, jur., p.27, Gaz. Pal. 1929, 1, jur., p. 2991 ; CA Colmar, 3 juill. 1935, Rev. Fonds com. 1936, p. 616 ; Cass. com. 18 déc. 1990, n° 88-18.171

⁶⁰ PEDAMON, M., et KENFACK, H., *Droit commercial - Commerçants et fonds de commerce - Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 4ème éd., 2015.n°299.

⁶¹ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques: JORF n°0181 du 7 août 2015 page 13537.

204 – *Les règles propres au droit de préemption* – Le titulaire du droit de préemption rétrocède le fonds de commerce dans un délai de deux ans par principe, et de trois ans en cas de mise en location-gérance. Cet acte peut être entendu comme une « cession » du fonds de commerce et devra alors répondre aux exigences du Code de commerce. Mais l'intervention d'une personne morale de droit public impose des mesures de publicité supplémentaires, prévue à l'article R. 214-15 du Code de l'urbanisme. Dès lors, en plus des formalités visées par le Code de commerce ci-dessus énoncées⁶³ (publication au *Bodacc* et inscription de l'acquéreur au RCS) ; le maire devra procéder à l'affichage en mairie, pendant 15 jours, d'un « avis de rétrocession » comportant la désignation sommaire du fonds, le nom et la qualité du cessionnaire, ainsi que les conditions financières de l'opération. Le choix du repreneur relève de la simple autorisation par délibération du conseil municipal, indiquant les conditions de la cession et les raisons du choix. Ainsi, la procédure de choix avant délibération du conseil municipal n'est pas encadrée par la loi, chaque commune pouvant prévoir ses propres modalités d'élection de candidat : comité, auditions⁶⁴...

205 – *L'inadaptation des sanctions commerciales* – Il est possible de noter que les sanctions prévues par le Code de commerce pour absence de formalité ou pour omission d'une mention légale n'auront pas à s'appliquer. L'objectif est la protection des créanciers du cédant, c'est-à-dire de la commune ou de ses délégataires. Ainsi, dans le cadre du droit de préemption, les créanciers du cédant lors de la rétrocession sont les créanciers d'une personne publique. Le principe en matière de mesures d'exécution contre les personnes publiques françaises est qu'elles ont l'obligation d'exécuter les décisions de justice. Pour être considérées comme ayant été exécutées, les personnes publiques doivent se conformer strictement aux mentions du dispositif de la décision les ayant condamnés. Pour autant, il est impossible d'utiliser les voies d'exécution de droit commun en raison du caractère insaisissable des biens de la personne publique. Dès lors, les créanciers de la commune qui voudront voir appliquer une sanction à l'encontre de celle-ci dans leur intérêt, devront passer par les procédures prévues au Code général des collectivités territoriales dont sont l'injonction et l'astreinte.

⁶² PEDAMON, M., et KENFACK, H., *Droit commercial - Commerçants et fonds de commerce - Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 4ème éd., 2015, n°302.

⁶³ Voir *Supra* n°199 à 202.

⁶⁴ BON-JULIEN, E., "Le droit de préemption "commercial" : un droit inapplicable?," *Petites affiches*, n° 75, 15 avril 2009, p. 8.

PARAGRAPHE 4 : LES OBLIGATIONS DES PARTIES

206 – *Le caractère synallagmatique du contrat* – Les obligations des parties au contrat de vente sont réciproques, le vendeur a principalement l'obligation de transférer la chose objet du contrat (A) et l'acquéreur devra en payer le prix (B). La confrontation entre les deux droits en présences, le droit de l'urbanisme et le droit commercial, permet une approche comparatiste des obligations contractuelles des parties à la préemption du fonds de commerce.

A) L'APPLICATION DU DROIT COMMUN DE LA VENTE AU CEDANT DU FONDS DE COMMERCE

207 – *Les obligations du droit commun de la vente* – La cession d'un fonds de commerce a pour fondement tant le Code civil que le Code de commerce. Le Code civil envisage le contrat de vente quelque soit son objet, alors que le Code de commerce encadre très spécifiquement la vente du fonds de commerce. En ce qui concerne la cession du fonds de commerce, l'étude des obligations nées de ce contrat et obligeant le vendeur se fait en référence aux règles communes du contrat de vente Il faut donc se référer aux articles 1606 et 1607 du Code civil relatifs à l'obligation de délivrance (1), et l'article 1641 du même Code concernant l'obligation de garantie (2).

1. L'OBLIGATION DE DELIVRANCE

208 – *Le contenu de l'obligation* – L'obligation de délivrance est « l'obligation selon laquelle le vendeur est tenu de mettre l'acquéreur en possession de tous les éléments corporels et incorporels du fonds de commerce qui ont été compris dans la cession et qui concourent au ralliement de la clientèle »⁶⁵. Ainsi, l'obligation de délivrance se distingue du transfert de propriété opéré par l'échange des consentements⁶⁶. Le législateur n'ayant pas prévu de dispositions particulières, les règles du droit commun de la vente s'appliquent. Ce sont donc les articles 1606 et 1607 du Code civil qui encadrent l'obligation de délivrance⁶⁷. Il faut dès lors distinguer la délivrance des éléments corporels, de la délivrance des éléments incorporels. Pour ce qui concerne les éléments corporels, la délivrance s'effectue soit par la tradition réelle, soit par la remise des clefs du bâtiment qui les contient, soit

⁶⁵ LEVI, A., GARBIT, P., AZEMA, J., et VALLENS, J.-L., "Droit commercial," Lamy, 2015, n°681.

⁶⁶ LEGEAIS, D., *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 22ème éd., 2015, n°260.

⁶⁷ PEDAMON, M., et KENFACK, H., *Droit commercial - Commerçants et fonds de commerce - Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 4ème éd., 2015, n°305.

même par le seul consentement des parties si la remise ne peut s'effectuer au moment de la vente. En ce qui concerne la remise des éléments incorporels, il faut se référer à l'article 1607 qui dispose que « *la tradition des droits incorporels se fait, ou par la remise des titres, ou par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur* ». L'élément incorporel essentiel du fonds de commerce est la clientèle. Par conséquent, sa délivrance doit être effectuée par le vendeur. L'entrée en possession constitue le point de départ des actions pouvant être exercées par l'acheteur. Il pourra, en cas de défaut total ou partiel de délivrance, opposer l'exception d'inexécution et conserver une fraction du prix. En outre, en vertu de l'article 1610 du Code civil une option lui est ouverte entre la demande de résolution de la vente et la demande de mise en possession par le jeu de l'action en délivrance entraînant l'exécution forcée avec expulsion du vendeur. Au surplus une demande de dommages et intérêts peut être formée en cas de préjudice⁶⁸.

209 – *L'application distributive au droit de préemption* – Le particularisme du mécanisme de préemption de la commune appelle quelques observations. Il ne faut pas perdre de vue que dans l'intervalle de deux ans maximum, et trois ans depuis la loi « Pinel » lors d'une location-gérance, le titulaire du droit de préemption passe du statut d'acquéreur d'un fonds à vendeur du même fonds. Par conséquent, de créancier de l'obligation de délivrance, il en devient débiteur de cette obligation. La première étape du droit de préemption est l'acquisition du fonds de commerce. L'irrespect de l'obligation de délivrance par le vendeur entraînera la mise en œuvre des sanctions sus énoncées. Il est possible de souligner le fait qu'en raison des règles spécifiques du droit de préemption, certaines de ces sanctions sont inadaptées. C'est le cas de l'exception d'inexécution, le prix étant payé au moment de l'acte constatant la cession. Lors de la seconde étape, une nouvelle problématique se révèle. La conciliation sera nécessaire entre le droit administratif et budgétaire et le droit commun des contrats. Le droit de préemption met ainsi en confrontation deux droits aux objectifs différents. D'une part, le droit budgétaire qui impose le respect de ratios prudentiels⁶⁹, et d'autre part le droit de l'acquéreur du fonds. En équité, il est possible de considérer que le droit budgétaire ne peut avoir pour conséquence de restreindre le droit à réparation de l'acquéreur qui aurait subi un préjudice, du fait de la défaillance de la commune ou de ses déléguées lors de la rétrocession. Mais la personne

⁶⁸ Article 1611 du Code civil.

⁶⁹ Sur l'article L.2252-1 du Code général des collectivités territoriales : BOSGIRAUD, C., "Libres propos relatifs au droit de préemption sur les cessions de fonds de commerce, fonds artisanaux, de baux commerciaux - Préempter pour rétrocéder..." *JCP N*, n° 16,1179, 18 avril 2008, p. 27.

morale de droit public bénéficie de prérogatives exorbitantes, les règles budgétaires primant sur le droit commun des contrats d'ordre privé. Nonobstant, il semblerait que l'acquéreur peut toujours exercer l'option de l'article 1610 du Code civil et demander soit la résolution de la vente, soit l'exécution forcée. Il est malgré tout peu probable que la commune ou ses délégataires, au moment de la rétrocession, restent dans les lieux et empêchent ainsi la délivrance du fonds. À l'inverse, la question est plus délicate en ce qui concerne la délivrance de la clientèle, cette obligation se rattachant à l'obligation de garantie du fait personnel incombant au cédant.

2. L'OBLIGATION DE GARANTIE

210 – La possible adaptation de la garantie pour vices cachés au droit de préemption – Deux garanties sont dues par le vendeur au titre de l'obligation de garantie. Ainsi, ce dernier devra, tout d'abord, garantir l'acquéreur des vices, mais aussi de toute éviction. La garantie des vices cachés prévue à l'article 1641 du Code civil ne joue que si un vice non apparent affectant l'usage de la chose vendue était antérieur à la vente⁷⁰. La portée de cette obligation dépend de la qualité de l'acquéreur. En effet, le vice ne peut être qualifié de « caché » si l'acquéreur était en mesure de connaître le défaut⁷¹ ou si le vice résulte d'une négligence de la part de l'acquéreur qui aurait pu obtenir des indications élémentaires par lui-même⁷². Le vice affectant le fonds de commerce ne concerne pas seulement la clientèle⁷³. La jurisprudence est souple et admet que le vice n'affecte qu'un seul des éléments du fonds du moment qu'il est inhérent à la chose vendue⁷⁴. L'acquéreur du fonds dispose alors d'une option entre l'action rédhibitoire et l'action estimatoire. La

⁷⁰ PEDAMON, M., et KENFACK, H., *Droit commercial - Commerçants et fonds de commerce - Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 4ème éd., 2015, n°306.

⁷¹ Cass. com., 26 févr. 1979, Bull. civ., V, n°82 ; D. 1979, IR, p. 285 ; RTD com., 1979, p. 441, obs. J. Derruppé.

⁷² CA Versailles, 21 mai 1986, D. 1986, jur., p. 562, note Jeantin M. ; Cass. com., 15 juill. 1987, n°85-15.074 ; Cass. com., 18 déc. 1990, n° 88-16.680 ; Cass. com., 19 oct. 1999, n° 99-20.497, RJDA 2000, n°1, n°26, Dr. & patr. 2000, n°82, p. 116, obs., Chauvel P. ; Cass. Com., 26 oct. 1999, n° 96-12.538, RJDA 1999, n° 12, n° 1318.

⁷³ Thèse contraire défendue par RIPERT, G., et ROBLOT, R., *Traité de droit commercial*, LGDJ, 18ème éd., 2002, Tome 1 - Vol. 1., p. 396.

⁷⁴ LEVI, A., GARBIT, P., AZEMA, J., et VALLENS, J.-L., "Droit commercial," Lamy, 2015. : sur le matériel : Cass. com., 2 juill. 1968, n° 67-10.736, Bull. civ. IV, n° 214 ; Cass. com., 4 nov. 1975, n° 74-12.373, Bull. civ. IV, n° 259, D. 1976, somm., p. 26 ; Cass. com., 12 janv. 1988, n° 86-15.316 ; Cass. com., 2 mai 1989, n° 87-16.294 ; sur le local ou le bail : Cass. req., 17 oct. 1928, Gaz. Pal. 1928, 2, jur., p. 656, Cass. 3^e civ., 3 déc. 1974, n° 73-11.228, JCP G 1975, II, n° 18176, note Randoux D., Cass. com., 8 janv. 1973, n° 71-12.753, Bull. civ. IV, n° 16 ; CA Montpellier, 27 mars 1980, D. 1980, I.R., p. 556 ; CA Rouen, 4 oct. 1984, Gaz. Pal. 1985, 1, som., p. 27 ; Cass. 3^e civ., 25 oct. 1972, n° 71-12.334, Bull. civ. III, n° 551 ; CA Aix-en-Provence, 10 oct. 1991, Bull. inf. C. cass. 1^{er} mars 1992, p. 39 ; Cass. com., 7 févr. 1995, n° 93-12.940 ; Cass. com., 15 juin 1973, n° 72-10.609, Bull. civ. IV, n° 203 ; Cass. com., 14 févr. 2012, n° 11-10.559.

première action permet la restitution du prix, la seconde une réduction du prix. Dans les deux cas, la mauvaise foi du vendeur entraînant un préjudice devra être réparée par le versement de dommages et intérêts. La mise en œuvre de ces règles par le titulaire du droit de préemption, en tant qu'acquéreur, paraît peu probable. L'action rédhibitoire emportant restitution du fonds est contraire à l'objectif poursuivi par le droit de préemption. Quant à l'action estimatoire, d'aucuns pourraient soulever la contradiction avec le droit déjà attribué, voire même exercé par le titulaire du droit, de contester le prix de vente devant le juge de l'expropriation. Mais ce droit « précontractuel » n'a pas vocation à empêcher l'action postcontractuelle fondée sur la garantie des vices cachés. De plus, l'engagement de la responsabilité de la commune, ou de tout autre titulaire du droit par délégation, en tant que vendeur du fonds de commerce, reste envisageable dans la limite des prérogatives exorbitantes de droit public⁷⁵. Mais la question de la juridiction compétente se pose alors⁷⁶.

La garantie d'éviction est légale, elle se fonde sur les dispositions de l'article 1626 du Code civil. Elle présente deux aspects⁷⁷. Tout d'abord, le vendeur se porte garant envers l'acheteur des détournements de clientèle pouvant déprécier le fonds. Ensuite, il garantit l'acquéreur de tout trouble qui pourrait émaner d'un tiers. On peut s'interroger sur l'étendue de cette garantie. En effet, elle bénéficie non seulement à l'acheteur, mais aussi à l'ensemble des sous-acquéreurs qui disposent d'une action directe à l'encontre du vendeur initial⁷⁸. Ainsi, la garantie due par le premier vendeur au titulaire du droit se poursuit-elle après rétrocession au bénéfice de l'acquéreur final. Cette problématique nécessite de s'interroger sur le statut de l'acquéreur du fonds à la rétrocession. On peut de toute évidence considérer que l'acquéreur à la rétrocession est un sous-acquéreur. Ainsi, il dispose d'une action directe contre le vendeur initial en cas de réinstallation de ce dernier dans un commerce identique ayant pour conséquence la captation de la clientèle.

211 – L'émergence d'un déséquilibre de responsabilité du fait de la garantie d'éviction – Il apparaît donc, de la confrontation des règles entre le droit de préemption des communes et le droit commun applicable aux fonds de commerce, que la mise en œuvre des garanties pesant sur le vendeur se trouve déséquilibrée. En effet, il ne peut être nié que le titulaire du droit de préemption n'est pas une partie comme une autre au contrat.

⁷⁵ , *Étude du Conseil d'État, le droit de préemption*, 6 décembre 2007, LaDocumentationFraçaise.

⁷⁶ Voir *Infra* n°325 à 331.

⁷⁷ PEDAMON, M., et KENFACK, H., *Droit commercial - Commerçants et fonds de commerce - Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 4ème éd., 2015, n°307.

⁷⁸ LEVI, A., GARBIT, P., AZEMA, J., et VALLENS, J.-L., "Droit commercial," Lamy, 2015, n° 688.

L'aménagement des règles est donc nécessaire dans le respect d'une logique juridique déjà malmenée par ce droit de préemption. On se retrouve alors face à une cession de fonds de commerce quasiment privée de garantie. L'action rédhibitoire est inadaptée, la garantie d'éviction ne peut peser sur le titulaire du droit qui n'a pas vocation à être commerçante, et l'engagement de la responsabilité de la commune en cas de préjudice est restreint par les règles budgétaires d'ordre public de direction⁷⁹. Reste le vendeur initial qui devra assumer toutes les garanties jusqu'au sous-acquéreur. Un tel déséquilibre est à redouter tant il est éloigné de la logique commerciale.

B) DES OBLIGATIONS RENFORCEES POUR LE CESSIONNAIRE DU FONDS DE COMMERCE

212 – *Le paiement du prix et l'action résolutoire du vendeur* – L'acquéreur supporte deux obligations qui découlent du droit commun des contrats et plus particulièrement du contrat de vente. Ainsi, doit-il prendre livraison du fonds, mais surtout payer le prix fixé au contrat. Les règles du droit de préemption encadrent cet aspect de la cession. L'article R. 214-9 du Code de l'urbanisme prévoit que le prix « *est payé au moment de l'établissement de l'acte constatant la cession* », mais dans le respect du délai d'opposition des créanciers. Dès lors, pendant la durée des délais d'opposition le prix est indisponible. Il s'agit en pratique de remettre le prix entre les mains d'un tiers séquestre chargé de procéder aux publications légales et de recevoir les oppositions. Mais en raison de l'origine particulière des fonds, la qualité de séquestre interroge⁸⁰. Plusieurs hypothèses sont envisageables. Tout d'abord, la remise des deniers serait entre les mains du comptable public pouvant être séquestre, car il est le seul habilité à détenir des deniers publics⁸¹. Ensuite, il est possible de considérer que les sommes seront séquestrées dans les livres de la Caisse des Dépôts et de Consignations⁸². Enfin, la doctrine suggéra aussi, que les deniers une fois séquestrés perdraient leur caractère public⁸³. Il est prévu au surplus par le décret,

⁷⁹ SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit de préemption*, LGDJ, 1979, n° 450

⁸⁰ DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," *Dalloz Action*, septembre 2011, n°62-674; MAUREY, H., et TARRADE, P., "Le droit de préemption commercial," *BRDA*, 7/13, *Comm.* 26, 15 avril 2013; REYGROBELLET, A., "Quelques difficultés pratiques en matière de préemption sur fonds et baux," *JCP N*, n°1190, 2011.

⁸¹ FLAICHER-MANEVAL, E., et REYGROBELLET, A., "Droit de préemption urbain en matière de fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux : décret d'application," *BPIM*, 01/2008 et 02/2008, 2008, p. 7 et 4.

⁸² REYGROBELLET, A., "Quelques difficultés pratiques en matière de préemption sur fonds et baux," *JCP N*, n°1190, 2011.

⁸³ DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," *Dalloz Action*, septembre 2011, n°62-675; REYGROBELLET, A., "Quelques difficultés pratiques en matière de préemption sur fonds et baux," *JCP N*, n°1190, 2011.

que le paiement du prix doit être impérativement effectué dans un délai de trois mois⁸⁴. Ce délai court à compter, soit de la notification de l'accord sur le prix et les conditions indiqués dans la déclaration préalable, soit de la décision judiciaire devenue définitive fixant le prix et les conditions de la cession, soit enfin de la date de l'acte ou du jugement d'adjudication. Mais le décret n'a pas prévu de sanction de l'irrespect des délais impartis⁸⁵. Or, une version antérieure du texte prévoyait que le titulaire du droit de préemption était alors réputé avoir renoncé à l'exercice de ce droit. En l'absence de précision édictée par le décret, il faut se reporter au droit de préemption urbain et éventuellement au droit commercial relativement à la cession du fonds de commerce. Il est prévu à l'article L. 213-14 du Code de l'urbanisme qu'en l'absence du paiement de prix dans les délais, le titulaire du droit de préemption est tenu sur demande de l'ancien propriétaire de lui rétrocéder le bien acquis. Mais ce dispositif ne paraît pas transposable au droit de préemption des communes sur les fonds commerciaux, artisanaux et baux commerciaux, car le droit de préemption étant d'application stricte il aurait fallu un renvoi exprès à ces dispositions pour qu'elles soient applicables.⁸⁶ Quant au droit commun des contrats, par application des articles 1184 et 1654 du Code civil le vendeur peut exercer une action résolutoire⁸⁷. En toute hypothèse, le vendeur pourra toujours mettre en demeure le titulaire du droit de préemption d'exécuter son obligation, même si en l'absence de sanction expresse son efficacité n'est pas garantie⁸⁸. Le titulaire du droit devra donc payer le prix prévu à l'acte de préemption. Le décret du 30 décembre 2008⁸⁹ envisage le financement des projets de préemption en mettant en place un fonds d'intervention pour les services, l'artisanat et le commerce couvrant les intérêts d'emprunts à hauteur de 50 % du montant⁹⁰. Une telle disposition est nécessaire, le financement peut devenir un frein pour la commune qui dès lors ne peut remplir sa mission

⁸⁴ Article R. 214-9 du Code de l'urbanisme.

⁸⁵ MORENO, D., "Droit de préemption sur les fonds de commerce, artisanaux et les baux commerciaux, le décret du 26 décembre 2007 pour l'application de la loi du 2 août 2005 est enfin paru!", *BJDU*, mai 2007, p. 326.

⁸⁶ FLAICHER-MANEVAL, E., et REYGROBELLET, A., "Droit de préemption urbain en matière de fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux : décret d'application," *BPIM*, 01/2008 et 02/2008, 2008, p. 7 et 4.

⁸⁷ DUTRIEUX, D., "Les cessions de fonds de commerce, de fonds artisanaux et de baux commerciaux désormais soumises au droit de préemption !," *JCP N*, n°35,412, 2 septembre 2005, p. 1377.

⁸⁸ FLAICHER-MANEVAL, E., et REYGROBELLET, A., "Droit de préemption urbain en matière de fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux : décret d'application," *BPIM*, 01/2008 et 02/2008, 2008, p. 7 et 4; VAISSIE, M.-O., "Le droit de préemption des communes sur les cessions de fonds et de baux," *Revue des Loyers*, n°886, 2008.

⁸⁹ Décret n°2008-1470, 30 décembre 2008 : JO 31 décembre 2008.

⁹⁰ Réforme des missions des FISAC : L. n° 2014-626, 18 juin 2014 : Journal Officiel 19 Juin 2014, art. 61.

de protection du commerce⁹¹. Mais un tel fonds d'intervention ne fait que mettre l'accent sur une réalité économique devenue difficile depuis la crise des *subprimes*, accentuée par l'indéniable disparité qu'il peut y avoir entre les différentes communes⁹².

213 – *Les obligations contenues dans le cahier des charges* – La rétrocession devant intervenir dans le délai maximum de principe de deux années (ou trois ans en cas de location-gérance) , un sous-acquéreur du fonds succédant au titulaire du droit de préemption interviendra à son tour dans le processus. La procédure de rétrocession est encadrée avec précision par le décret. Ainsi, la loi impose l'élaboration d'un cahier des charges. Le contenu du cahier des charges est visé à l'article R. 214-11 du Code de l'urbanisme. Il devra comporter des clauses « *permettant d'assurer le respect des objectifs de diversité d'activité commerciale ou artisanale* », c'est-à-dire que le cahier des charges devra être cohérent avec les motivations qui accompagnent la délibération du conseil municipal définissant le périmètre de sauvegarde. Le cahier des charges sera approuvé par délibération du conseil municipal. Ce n'est qu'après détermination du contenu du cahier des charges qu'un appel à candidature sera effectué, puisque l'avis de rétrocession devra faire mention de ce cahier des charges. L'article L. 214-2 du Code de l'urbanisme impose que soient mentionnées dans l'acte de rétrocession les conditions dans lesquelles sera résilié l'acte en cas d'inexécution par le cessionnaire des clauses du cahier des charges. Certains auteurs⁹³ mettent en exergue le choix sémantique opéré par la mention du terme « résilié ». Ainsi, la résiliation vaut pour l'avenir, alors que la résolution est rétroactive. Mais la distinction entre résiliation et résolution tient surtout à la classification des contrats ; dès lors, la résiliation s'applique aux contrats à exécution successive, alors que la résolution est la sanction du défaut d'une des obligations d'un contrat synallagmatique. La qualification de l'acte de rétrocession est donc primordiale pour savoir si l'emploi du terme « résilié » ne serait pas inapproprié. L'acte de rétrocession est un acte de vente qui est par nature synallagmatique. Par conséquent, il est plus juste de parler de résolution rétroactive de la vente. Le contenu du cahier des charges sera défini au cas par cas. Mais de façon générale, son contenu peut-être anticipé. Ainsi, Monsieur Blatter⁹⁴, considère que le cahier des

⁹¹ ACTUALITE, "Droit de préemption : versement d'aides financières aux communes," *Lamy droit des affaires*, n°35, 2009.

⁹² BARBIER, G., *Droit de préemption sur les fonds de commerce et les baux commerciaux - critère de délimitation des périmètres communaux d'intervention*, 28 juin 2007, CCIP. p.35.

⁹³ BLATTER, J.-P., "Le décret d'application du droit de préemption des communes sur les fonds et les baux," *AJDI*, Février 2008, p. 88.

⁹⁴ BLATTER, J.-P., "Le décret d'application du droit de préemption des communes sur les fonds et les baux," *AJDI*, Février 2008, p. 88.

charges pourrait contenir comme obligations celles d'exploiter une activité déterminée pendant un délai minimum, l'interdiction de déspecialisation totale ou partielle ou même l'interdiction de céder. Or cet aspect suscite des critiques, le Conseil d'État dans une étude considéra que « [...] le dispositif adopté en 2005 paraît difficile à mettre en œuvre. On peut d'abord se demander si le législateur n'a pas omis certains aspects du dispositif que lui seul pouvait définir en vertu de l'article 34 de la Constitution : c'est le cas des conséquences de l'exercice de la préemption sur les obligations ultérieures des parties privées, ou du contenu des cahiers des charges que les collectivités peuvent imposer lors de la rétrocession. Par ailleurs, dans les termes où il est rédigé, ce dispositif ne garantit pas une utilisation conforme avec les principes du droit de la concurrence et de la liberté d'établissement, tels qu'ils se trouvent notamment précisés dans la directive dite « services » n° 2006/123/CE du 12 décembre 2006 ». En effet, le contenu du cahier des charges impose des obligations supplémentaires au repreneur. De quelle manière ce cahier des charges, qui s'intègre à la cession du fonds de commerce, devient-il un élément du fonds ? La question sous-jacente concernera l'étendue des obligations cédées avec le fonds de commerce. Or, le Code de l'urbanisme n'est pas précis sur la question de l'intégration du cahier des charges à l'acte de rétrocession. Il faut conseiller l'élaboration de deux actes distincts : le premier sera la cession à proprement parler du fonds, comprenant toutes les mentions obligatoires et visant les composants du fonds ; le second est le cahier des charges qui sera un contrat uniquement entre la commune et l'acquéreur à la rétrocession, contrat *intuitu personae* il n'a pas vocation à devenir un élément du fonds. Dans une telle logique, si l'acquéreur à la rétrocession cède le fonds le « sous-acquéreur » ne sera pas tenu de respecter les engagements relevant du commerce de proximité. Ces développements ne doivent pas faire oublier que l'un des éléments du fonds de commerce est le bail commercial qui lui est attaché. Lorsque la loi prévoit l'aliénation à titre onéreux du droit au bail commercial, il faut y entendre la cession de cet élément seul. Pour autant, les règles relatives au bail commercial s'appliqueront aussi dans le cadre de la préemption du fonds de commerce si un bail commercial lui est attaché.

Sous-section 3 : La cession du droit au bail commercial soumis au droit de préemption

214 – *L'aliénation à titre onéreux du bail* – La cession du droit au bail est l'acte juridique, à titre gratuit ou onéreux, par lequel le locataire, transfère à un tiers, le

cessionnaire, le bénéficiaire du bail. Par cette opération, il sera transféré un droit de jouissance assorti d'obligation vis-à-vis du propriétaire. La nature de ce contrat fait sa particularité, en effet, il s'agit d'une cession de créance au profit du cessionnaire dont l'objet est le droit de jouissance⁹⁵. Le droit de préemption ne s'applique que sur les aliénations à titre onéreux du droit au bail. En préalable, il faut rappeler que la cession à titre onéreux du fonds de commerce emporte aussi cession du droit au bail, dont il est un élément. Mais la cession du seul droit au bail est aussi visée par la loi du 2 août 2005.

215 – Raison de l'extension au bail commercial de la préemption – Le législateur a considéré utile, d'inscrire dans le champ d'application du droit de préemption urbain des communes, la cession des baux commerciaux. Il est ainsi choisi de couvrir tous les cas de transmission d'un « commerce ». En effet, le bail est le support du fonds permettant l'exploitation. Dès lors, il est nécessaire d'étudier la procédure de cession du droit au bail tel que prévu par le Code de commerce en comparaison avec les formalités du Code de l'urbanisme, prévues dans la mise en œuvre du droit de préemption. Les conditions de régularité de la cession du droit au bail (Paragraphe 1) ainsi que les sanctions corrélatives en cas d'irrégularité de l'acte (Paragraphe 2), et enfin, les effets de la cession (Paragraphe 3) seront les points majeurs de l'étude.

PARAGRAPHE 1 : LES CONDITIONS DE REGULARITE DE LA CESSION OU LA NECESSAIRE MISE EN ŒUVRE DES FORMALITES DE L'ARTICLE 1690 DU CODE CIVIL

216 – La signification de la cession au bailleur – En droit commercial, la cession du droit au bail, en tant que cession de créances, est soumise à l'article 1690 du Code civil⁹⁶. Il s'agit de la signification de la cession au bailleur. En effet, la cession du droit au bail est un contrat. Dès lors, en application du principe de la relativité des contrats⁹⁷, il ne lie que les parties entre elles soit le cédant avec le cessionnaire. Par conséquent, le bailleur est tiers à la transaction ; or ce dernier reste débiteur du droit de jouissance des lieux. Cela explique la nécessité de la signification afin de rendre opposable au bailleur l'opération réalisée. Ainsi, l'article 1690 du Code civil règle l'opposabilité de la transmission des droits aux tiers soit au bailleur.

⁹⁵ QUEMENT, C., "Bail commercial - Cession," Fasc. 1450, *JurisClasseur Bail à Loyer*, LexisNexis, 29 octobre 2015, n°3.

⁹⁶ Article 1690 du Code civil : « le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport fait au débiteur. Néanmoins le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique ».

⁹⁷ Article 1165 du Code civil

217 – *L'étendue de la formalité* – La question peut se poser de savoir si lors de la cession d'un fonds de commerce dont le bail est un élément, les formalités de l'article 1690 du Code civil demeurent nécessaires, alors même que la cession du fonds est soumise aux formalités de la loi du 17 mars 1909. Par exception à la théorie de l'universalité du fonds de commerce, la transmission du bail, lors de la cession d'un fonds de commerce, obéit à ses propres règles. Les formalités de l'article 1690 du Code civil sont dès lors impératives. Se révèle ainsi l'importance de l'article 1690 du Code civil qui n'a pas pour objet « d'informer » le débiteur de l'obligation, mais vise bien plus à créer le lien de droit entre le débiteur cédé et le nouveau créancier, en dépit de l'effet relatif des contrats.

218 – *Formalité* – La signification de l'article 1690 du Code civil doit se faire par acte extra judiciaire, à moins qu'il y ait acception lors de la passation d'un acte authentique⁹⁸. L'acte extra judiciaire est l'acte signifié par un huissier de justice et qui produit des effets juridiques en dehors de toute procédure. Cette formalité est peut être la dernière à ne pas avoir été impactée par les récentes réformes⁹⁹ relatives au bail commercial et visant à supprimer le recours à l'acte extra judiciaire, depuis « remplacé » par la lettre recommandée avec avis de réception¹⁰⁰. Quant au délai pour réaliser cette formalité, en l'absence de précision légale, la signification est possible tant que le droit au bail demeure. Le contenu de la signification de la cession n'est pas soumis à des mentions obligatoires. Mais en raison de son but informatif, elle devra tout de même comporter les éléments suffisants pour faire connaître au bailleur l'existence et les conditions du transfert des droits cédés.

219 – *L'information du bailleur selon le Code de l'urbanisme* – Le droit de préemption est un droit spécial et d'ordre public de sorte que ses dispositions prévalent. Or, le décret d'application du 25 mars 2007 envisage l'information du bailleur. Ainsi, l'article R. 214-5 alinéa 2 du Code de l'urbanisme dispose que « *lorsque le cédant est lié par un contrat de bail, une copie de cette notification (soit la décision de préempter notifiée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception) est adressée au bailleur* ». Le choix de rédaction de cet article apparaît ambigu. En effet, il est envisagé le cas du cédant

⁹⁸ QUEMENT, C., "Bail commercial - Cession," Fasc. 1450, *JurisClasseur Bail à Loyer*, LexisNexis, 29 octobre 2015, n°75.

⁹⁹ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances et Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises : DUMUR, J.-P., "Modalités de notification des actes en matière de baux commerciaux : Pinel et Macron, les duettistes d'Echternach," *Lexbase Hebdo édition affaires*, n°434, 3 septembre 2015.

¹⁰⁰ DUMUR, J.-P., "Le « bêtisier » de la loi Pinel en dix stations," *AJDI*, 2014, p.821.

lié par un bail. La formule nous amène naturellement à penser qu'il s'agit du cas du cédant d'un fonds auquel est attaché un bail et non le cas de la cession du droit au bail sans cession du fonds. Malgré la maladresse rédactionnelle, que soit visé le cas de la cession du fonds de commerce auquel le bail est attaché, ou le cas de la cession du droit au bail, le formalisme de l'article 1690 du Code civil doit être respecté. Faut-il en déduire que dans le cadre du droit de préemption les deux formalités coexistent ou que seule la notification de l'article R. 214-5 du Code de l'urbanisme s'appliquera ? La doctrine, à ce jour, n'a pas encore pris position. Pour autant, il est possible de considérer qu'en raison de l'importance de l'article 1690 du Code civil son respect demeure une nécessité¹⁰¹. En effet, d'aucuns pourraient considérer que l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception suffit à l'information du bailleur quant à la cession. La doctrine met en avant le fait que le texte, dans son esprit, ne semble pas vouloir faire de l'information du bailleur une condition générale quelle que soit la cession¹⁰². Mais il faut prendre aussi en compte la nature de la cession du droit au bail, celle-ci étant une cession de créances il est nécessaire de créer un lien juridique entre le cessionnaire et le bailleur tiers au contrat de cession. Dès lors, une lettre recommandée avec accusé de réception n'a que valeur de preuve et n'est pas un acte extra judiciaire produisant des effets juridiques. Par conséquent, si dans le cadre d'une préemption par la commune du droit au bail, cette dernière souhaite créer le lien avec le bailleur elle devra respecter la signification prévue à l'article 1690 du Code civil. Malgré tout, le bailleur peut accepter tacitement la cession¹⁰³. Cet agrément tacite doit révéler un lien de droit avec le cessionnaire c'est-à-dire un lien contractuel qui peut résulter soit d'un écrit, soit du comportement positif du bailleur¹⁰⁴.

220 – Les précisions supplémentaires apportées par le Code de l'urbanisme lors de la rétrocession – Le sort du bail commercial à la rétrocession est précisément encadré par le décret. Il est ainsi prévu, à l'article R. 214-13 du Code de l'urbanisme, que l'accord préalable du bailleur est nécessaire. Il est informé du projet d'acte de rétrocession et du cahier des charges par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. L'alinéa second dispose qu'à défaut d'avoir notifié au titulaire du droit de préemption dans

¹⁰¹ MONEGER, J., CHAVANCE, E., COLIN, A., PETIT, M.-O., REGNAULT, H., REGNAULT, S., et SAINT GENIEST, C., *Guide des baux commerciaux*, LexisNexis, 2014, n°617.

¹⁰² BLATTER, J.-P., "Le décret d'application du droit de préemption des communes sur les fonds et les baux," *AJDI*, Février 2008, p. 88.

¹⁰³ QUEMENT, C., "Bail commercial - Cession," Fasc. 1450, *JurisClasseur Bail à Loyer*, LexisNexis, 29 octobre 2015, n°77 à 82, MONEGER, J., CHAVANCE, E., COLIN, A., PETIT, M.-O., REGNAULT, H., REGNAULT, S., et SAINT GENIEST, C., *Guide des baux commerciaux*, LexisNexis, 2014, n°618.

¹⁰⁴ Cass. 3^e civ., 11 mai 1982, JCP G 1982, IV, p. 254.

un délai de deux mois son accord, le bailleur est réputé avoir donné son accord à la rétrocession. Dès lors, l'information du bailleur n'est prévue que par lettre recommandée et non par signification. Lors de la phase de rétrocession, la question de l'application de l'article 1690 du Code civil réapparaît, et la constatation de l'absence de lien juridique créé par une lettre recommandée avec accusé de réception doit guider notre analyse. Mais l'article L. 214-2 alinéa 3 du Code de l'urbanisme prévoit de faire figurer l'accord dans l'acte de rétrocession, de telle sorte que, l'acceptation du bailleur est validée par l'acte, *a fortiori* s'il est dressé en la forme authentique. La rédaction du texte laisse penser que l'accord du bailleur n'est nécessaire qu'au cas de cession du droit au bail hors le cas de la cession du fonds de commerce¹⁰⁵. Or, comme il a été précisé précédemment, le bail est attaché au fonds de commerce, de telle sorte que l'information du bailleur, selon les modalités de l'article 1690 du Code civil, demeure. Il y a fort à parier que le titulaire du droit se contentera des formalités du Code de l'urbanisme laissant, après rétrocession, le cessionnaire dans une situation périlleuse pour son activité. En effet, les sanctions pour défaut de respect des formalités de la cession pourront lui être opposées.

PARAGRAPHE 2 : L'INCONTESTABLE INADAPTATION DES SANCTIONS DE LA CESSION IRREGULIERE

221 – *Le régime applicable à la cession irrégulière du droit au bail* – En cas de cession du droit au bail irrégulière, deux types de sanctions sont prévues, soit, l'inopposabilité de la cession, soit, l'extinction du bail. Malgré l'importance que revêtent certaines règles de forme, la régularisation est, selon les cas, possible.

222 – *L'inopposabilité de la cession* – L'inobservation des formalités de signification prévues par l'article 1690 du Code civil a pour conséquence l'inopposabilité de la cession au bailleur. Deux conséquences en résultent : pour le cessionnaire, il sera tout d'abord considéré comme un occupant sans droit ni titre c'est-à-dire un occupant précaire. Il pourra donc être expulsé après une procédure devant le juge des référés¹⁰⁶. Par la suite, il ne pourra pas invoquer le droit au renouvellement du bail. Ainsi, le cédant demeure locataire vis-à-vis du bailleur et pourra céder à nouveau le bail ou reprendre la procédure de cession

¹⁰⁵ BOITUZAT, A., "Le droit de préemption des communes sur les cessions de fonds de commerce et artisanaux et de baux commerciaux," *Revue de droit immobilier*, 2008, p. 313.

¹⁰⁶ QUEMENT, C., "Bail commercial - Cession," Fasc. 1450, *JurisClasseur Bail à Loyer*, LexisNexis, 29 octobre 2015, n°88.

avec le cessionnaire. Mais surtout, le cédant reste tenu de payer les loyers¹⁰⁷. Ces sanctions pourraient trouver application dans le cadre du droit de préemption. Pour autant, les règles relatives à ce droit n'envisagent ni la nécessité de faire application de l'article 1690 du Code civil, ni par corollaire les sanctions qui s'y attachent. Mais il a été précédemment démontré l'intérêt de respecter la signification au bailleur lors de la cession du droit au bail, de telle sorte que les sanctions qui y sont attachées s'appliqueront. Dans le cadre de la cession du droit au bail seul, le propriétaire reste le même du début jusqu'à la fin de la procédure. À l'inverse, le cédant peut être soit le locataire, soit la commune ou ses délégataires selon qu'on se place en début ou en fin de procédure. Si la cession est inopposable au bailleur dans la phase de préemption, la commune ou ses délégataires seront considérés comme occupant précaire. Or, la personne morale de droit public, ne peut être expulsée. Placé dans la phase de rétrocession, la sanction s'appliquera à l'encontre du bénéficiaire de la rétrocession. Le titulaire du droit de préemption demeurant juridiquement titulaire du bail, il sera par conséquent, tenu au paiement des loyers.

223 – *L'extinction du bail* – L'irrégularité de la cession permet au bailleur de remettre en cause le bail en poursuivant sa résiliation. Le manquement invoqué doit revêtir une gravité suffisante pour entraîner la résiliation du bail¹⁰⁸. La qualification de la gravité du manquement est laissée à la libre appréciation des juges du fond, la jurisprudence faisant état en large partie des cas de violation d'une clause du bail¹⁰⁹. Or, les dispositions contractuelles du bail demeurent opposables au titulaire du droit de préemption, devenue partie au bail. En toute hypothèse, lors de l'exercice du droit de préemption, le cédant est tenu par les dispositions contractuelles du bail. De sorte qu'en dehors du débat sur l'application de l'article 1690 du Code civil, si le bail cédé contient des exigences de forme, elles devront être respectées sous peine de résiliation du bail, qu'il s'agisse du cédant lors de la phase de préemption ou de la commune ou des ses délégataires lors de la phase de rétrocession. Bien plus, le droit de préemption prévoit des sanctions qui lui sont propres. Il est prévu, à peine de nullité, l'accord préalable du bailleur à l'acte de rétrocession. Le choix sémantique par le législateur est tout à fait juste. En effet, la nullité est l'anéantissement rétroactif de l'acte qui sanctionne une imperfection concomitante à sa formation. Mais

¹⁰⁷ DIVO, A., GAUCLERE, B., MAIGNE-GABORIT, F., RIGLET, P., et TIXIER, J.-L., "Baux commerciaux," Francis Lefebvre, 2015-2016, n°9800 à 9815.

¹⁰⁸ QUEMENT, C., "Bail commercial - Cession," Fasc. 1450, *JurisClasseur Bail à Loyer*, LexisNexis, 29 octobre 2015, n°94 et s.

¹⁰⁹ DIVO, A., GAUCLERE, B., MAIGNE-GABORIT, F., RIGLET, P., et TIXIER, J.-L., "Baux commerciaux," Francis Lefebvre, 2015-2016, n°9860 à 9867.

aucune autre précision n'est faite, quant aux conséquences procédurales d'une telle nullité ou même sa nature. Devant quel juge sera soulevée la nullité ? La compétence du Tribunal de grande instance statuant en référé peut être envisagée, puisque cette compétence est déjà attribuée pour ce qui concerne la contestation du bailleur¹¹⁰ à l'acte de rétrocession. Mais la compétence du Tribunal de grande instance, juridiction de droit commun, peut tout aussi bien être retenue.

Par ailleurs, quant à la nature de la nullité, on distingue traditionnellement la nullité relative de la nullité absolue. L'irrespect du formalisme légal est sanctionné par la nullité absolue. Mais ce principe est en recul aujourd'hui et la sanction sera attachée au but poursuivi par l'exigence de forme. Ainsi, si c'est l'intérêt général qui guide l'exigence de forme la sanction sera la nullité absolue. À l'inverse, si elle a pour objet de protéger une partie, il s'agira d'une nullité relative ce qui est le cas pour l'irrespect des formes prévues par l'article L. 141-1 du Code de commerce en ce qui concerne la cession d'un fonds de commerce. La nullité prévue par l'article L. 214-2 alinéa 3 du Code de l'urbanisme relèvera de l'une ou l'autre de ces catégories. Le droit de préemption poursuit toujours un but d'intérêt général, ce qui nous amène à considérer qu'il s'agit d'une nullité absolue. Mais la nullité visée par le Code de l'urbanisme a pour seul but de protéger le bailleur à qui l'on soumet un nouveau locataire, il peut donc s'agir d'une nullité relative. La réponse à cette interrogation induira celle concernant la question de la personne habilitée à agir en nullité. Si la nullité est absolue, toute personne ayant un intérêt à agir peut demander la nullité. À l'inverse, la nullité relative ne peut être demandée que par la personne que la loi a voulu protéger. Il est possible de considérer la nullité de l'article L. 214-2 alinéa 3 du Code de l'urbanisme comme relative, notamment en comparaison avec la nullité prévue à l'article L. 141-1 du Code de commerce et applicable aux cessions de fonds de commerce. Cette analyse peut être appuyée par l'approche téléologique des nullités, car même si le droit de préemption est fondé sur l'intérêt général, la nullité quant à elle n'a pour but que de protéger le bailleur, qui sera seul titulaire de l'action. Mais à l'analyse de la question de la régularisation de la cession, il apparaît que la nullité pourrait être qualifiée d'absolue.

224 – *La régularisation de la cession* – Le droit de préemption prévoyant une nullité en cas de non-respect de l'information du bailleur, la question de la régularisation *a posteriori* de cette formalité se pose. Or, ni la loi ni le décret d'application n'ont envisagé l'hypothèse d'une régularisation. Pour autant, il est possible de renoncer à l'exercice de la

¹¹⁰ Article R. 214-6 du Code de l'urbanisme.

nullité relative. En revanche, cette possibilité est refusée en cas de nullité absolue sauf réfection. Ainsi, en considérant la nullité comme relative, la confirmation reste toujours possible, à condition que l'auteur de la renonciation ait eu connaissance du vice et que ce vice ait disparu. Concrètement, le bailleur doit avoir été informé, même tardivement, de la cession du bail par la commune ou ses délégataires. De même il peut renoncer tacitement à la nullité par la perception des loyers¹¹¹. Mais l'application des règles relatives à la nullité absolue semble plus cohérente. En effet, la nullité absolue ne peut être écartée que par réfection¹¹². Ainsi est-il nécessaire de refaire l'acte en corrigeant le vice. Or l'article L. 214-2 alinéa 3 *in fine* du Code de l'urbanisme prévoit que l'accord du bailleur figure dans l'acte de rétrocession, de telle sorte qu'il est possible d'en déduire qu'un nouvel acte devra être passé au vu d'une régularisation. Dans l'hypothèse où l'accord ne figure pas dans l'acte de rétrocession, la procédure est nulle en application de l'article L. 214-2 du Code de l'urbanisme, mais si un nouvel acte de rétrocession est dressé, la nullité pourrait être écartée.

Par ailleurs, le bail peut contenir une clause résolutoire. Or, les dispositions du bail préempté sont opposables au titulaire au droit¹¹³. Ainsi, une clause résolutoire visant un certain formalisme devra être respectée et prendra effet en cas de violation des obligations nées du contrat préempté. Mais la clause ne produit effet qu'un mois après un commandement demeuré infructueux¹¹⁴. Dès lors, un délai d'un mois est laissé pour régulariser l'acte en fonction des dispositions contractuelles alors violées. La Cour de cassation admet d'ailleurs cette régularisation *a posteriori*¹¹⁵. En l'absence de clause résolutoire, toute régularisation ultérieure est impossible. En effet, il s'agit de la régularisation de l'inopposabilité et non d'une nullité. Or, on ne peut renoncer à l'inopposabilité.

PARAGRAPHE 3 : LES EFFETS DE « LA CESSION » DU DROIT AU BAIL, LE REVELATEUR DES LIMITES DANS L'APPLICATION DU DROIT DE PREEMPTION

¹¹¹ QUEMENT, C., "Bail commercial - Cession," Fasc. 1450, *JurisClasseur Bail à Loyer*, LexisNexis, 29 octobre 2015, n°100.

¹¹² CORNU, G., *Association Henri Capitant - Vocabulaire juridique*, 9ème éd., 2011 : « action de refaire un acte ; établissement d'un nouvel acte instrumentaire destiné à remplacer un acte antérieur, sans en modifier au fond le teneur ».

¹¹³ BLATTER, J.-P., "Interrogations autour du nouveau droit de préemption des communes," *AJDI*, Octobre 2005, p.705.

¹¹⁴ Article L. 145-41 du Code de commerce.

¹¹⁵ Cass. 3^e Civ., 27 mars 2002 : *RJDA*, 6/02 n° 606.

225 – *La « cession » du bail commercial : un rapport tripartite* – Les effets de la cession doivent être envisagés au regard de sa nature. Ainsi, la cession de droit au bail ne s’assimile pas à une cession de contrat, mais à une cession de créance. Pour autant, cette affirmation ne suffit pas toujours à expliquer les solutions jurisprudentielles qui parfois traitent la cession du droit au bail comme une cession de contrat. Afin d’être le plus complets possible, les effets de l’aliénation doivent être envisagés méthodiquement en fonction du rapport unissant chacune des parties au contrat : le cédant, le cessionnaire et le bailleur. Il faut envisager en les rapports entre bailleur et cessionnaire, puis entre le bailleur et le cédant, et enfin entre le cédant et le cessionnaire.

226 – *Les rapports entre bailleur et cessionnaire* – Par l’effet de la cession, le cessionnaire devient créancier de la jouissance des lieux, et débiteur des loyers et des autres obligations à l’égard du bailleur. Par ailleurs, l’aliénation emporte transfert du droit d’agir au profit du cessionnaire à l’encontre le bailleur cédé pour faire valoir tous les droits nés du titre¹¹⁶. Bien plus, la cession du droit au bail commercial va emporter application des règles commerciales et notamment du droit au renouvellement. Par principe, le cessionnaire a vocation au renouvellement du bail¹¹⁷. Ce droit n’est pourtant pas automatique. En effet, l’article L. 145-8 alinéa 2 du Code de commerce limite le droit au renouvellement du bail à la justification par le locataire d’une exploitation du fonds pendant les trois années précédant la date d’expiration du bail. Par ailleurs, en cas de cession du bail pendant la dernière période triennale, le bénéfice du droit au renouvellement diffère selon que le droit au bail ait été cédé seul ou acquis à l’occasion de l’achat du fonds de commerce. La différence porte sur la possibilité pour l’acquéreur du fonds de se prévaloir des droits acquis du cédant, pour compléter la durée de son exploitation, et avoir droit au renouvellement de son bail. Lorsqu’il s’agit de l’acquisition d’un fonds de commerce, l’acquéreur peut compléter la durée de son exploitation et avoir droit au renouvellement de son bail¹¹⁸. À l’inverse, lorsqu’il y a aliénation du droit au bail seul, la Cour de cassation refuse au cessionnaire la possibilité de compléter sa durée d’exploitation par celle du cédant¹¹⁹. En effet, dans une telle hypothèse, le cessionnaire ne peut prétendre être le successeur du cédant dans l’exploitation de son fonds, puisqu’il a été exclu de la cession. En réalité, le

¹¹⁶ Civ. 1^{re}, 10 janv. 2006 : Bull. Civ. I, n°6; D 2006. Chron. 2129, par Bert; AJ. 365, obs. Delpech; Defrénois 2006. 597, obs. Savaux; Dr. et proc. 2006. 147, note Putman; RTD Civ. 2006. 552, obs. Mestre et Fages.

¹¹⁷ Cass. 3^e Civ., 24 oct. 1968, Miramon c/ Anaya : Bull. Civ. III. n° 407.

¹¹⁸ Cass. com. 15 mai 1962 n° 60-13.835 Nicollot c/ Moindreau : Bull. civ. III n° 256.

cessionnaire n'a pas « transformé » le fonds du cédant au sens de l'article L. 145-8 du Code de commerce, mais il en a créé un nouveau. C'est la raison pour laquelle cette exclusion de cumul des durées d'exploitation s'applique même si le cessionnaire du bail exerce la même activité que le cédant¹²⁰, l'activité est certes identique, mais elle est exercée dans un fonds différent. C'est alors qu'une indemnité d'éviction est due au cessionnaire.

Avant la réforme initiée par la loi dite « Pinel », dans le cadre du droit de préemption, le statut des baux commerciaux ne s'appliquait pas. Ainsi, les règles commerciales applicables aux baux commerciaux étaient suspendues pendant la période de deux ans s'écoulant entre l'exercice du droit de préemption et la rétrocession. Ces dispositions dérogatoires posaient quelques interrogations, et plus particulièrement en ce qui concerne le droit au renouvellement. Il s'agissait de savoir, notamment, si le bail venant à expiration, le bailleur pouvait délivrer un congé pur et simple en l'absence de texte n'assurant pas le droit au renouvellement. De même, après rétrocession, l'expiration du bail moins de trois ans après la rétrocession par la commune, empêcherait l'acquéreur de revendiquer le droit au renouvellement en raison d'une durée insuffisante d'exploitation. Or, qu'il s'agisse de la première ou de la seconde interrogation, les limites du droit de préemption étaient évidentes. L'application du droit de préemption se heurtait donc au mécanisme des baux commerciaux, mettant à mal l'objectif visé par le nouveau droit de préemption. En effet, si l'on considère que le bailleur peut délivrer un congé pur et simple à la commune en cas d'expiration du contrat, en application des règles du droit commun, l'objectif de maintien du commerce n'est plus respecté. De même l'application stricte de la jurisprudence déjà existante concernant la possibilité pour le cessionnaire de compléter sa durée d'exploitation avec celle du cédant, amenait à considérer qu'aucun cumul de durée n'est possible, tant en raison de l'exclusion du statut pendant la période de préemption, qu'en raison de l'application de la jurisprudence qui refuse au cessionnaire la possibilité de compléter sa durée d'exploitation par celle du cédant. L'objectif louable de la loi se voyait à nouveau limité dans son efficacité.

La loi du 18 juin 2014 est venue harmoniser la situation en modifiant l'article L. 145-2 du Code de commerce selon lequel désormais, « *en cas d'exercice du droit de préemption sur un bail commercial, un fonds artisanal ou un fonds de commerce en application du*

¹¹⁹ Cass. 3^e civ. 6 octobre 1981, Sté Stettler c/ Bodier : Bull. Civ. III n° 148; Cass. 3^e civ. 6 novembre 1991 n° 89-19.686, Sté Bazar de l'automobile c/ Nouy : Gaz. Pal. 1992 jur. P.80 note J.-D. Barbier ; Cass. 3^e civ. 4 mai 1994 n° 734, Gimenez c/ SARL La Pub : RJDA 8-9/94 n° 914.

¹²⁰ Cass. 3^e civ. 23 février 1983 n° 81-16.378, Andrieu c/ Gouverneur : Bull. Civ. III n° 56.

premier alinéa de l'article L. 214-2 du Code de l'urbanisme, le bail du local ou de l'immeuble demeure soumis au présent chapitre ». La réforme précise que « le défaut d'exploitation ne peut être invoqué par le bailleur pour mettre fin au bail commercial dans le délai prévu au même article L. 214-2 pour sa rétrocession à un nouvel exploitant »¹²¹. Il s'agit du point sensible du droit de préemption commercial et artisanal, l'exploitation pendant la période intermédiaire est une difficulté notoire à bien des égards. Tout d'abord en raison de la nature du fonds de commerce, fondé sur la permanence de la clientèle. Ensuite, en raison de la possible existence de contrats de travail cédé avec l'exploitation. Enfin, pour une raison économique, la commune préemptant au prix du marché, il n'est pas dans son intérêt de rétrocéder le bien « dévalué » par l'absence d'exploitation. Le texte ainsi modifié s'applique à toutes les situations d'existence d'un bail commercial et pas seulement à la préemption de ce droit seul. En effet, le bail commercial est bien souvent présent quelle que soit la préemption réalisée dans ce domaine, le titulaire du droit préemptant un fonds de commerce ou au fonds artisanal se substituera au bail commercial attaché au fonds, et le statut des baux commerciaux sera applicable. L'application du statut des baux commerciaux à la personne morale de droit public, harmonise le processus et sécurise les relations contractuelles, mais elle ne rend pas pour autant le dispositif cohérent. Le droit de préemption en question postule l'union contre nature de deux systèmes juridiques incompatibles, d'un côté le droit de l'urbanisme et de l'autre le droit commercial. La vision de ces systèmes s'oppose, aussi il s'agira toujours de règles d'exception. Ainsi, l'application du statut aux communes est une véritable exception aux règles générales et classiques des baux commerciaux. La tentative de cohérence de la nouvelle loi doit tout de même être actée vis-à-vis des dispositions relatives au droit de préemption. Mais il faut garder à l'esprit que si le statut s'applique à la période intermédiaire, alors l'ensemble de la réforme de juin 2014 sur le bail sera opposable à la commune. Dès lors s'appliqueront les

¹²¹ DUMONT-LEFRAND, M.-P., "Baux commerciaux : mai 2013 - mai 2014," *Dalloz*, 2014, p.1659; "Le point sur : Baux commerciaux : la loi Pinel réforme tous azimuts," *BPMI*, 4/14, Juillet 2014, n°220, p.18; BLATTER, J.-P., "Le bail commercial dans le projet de loi relatif à l'artisanat, au commerce et aux TPE," *AJDI*, 2014, p.118; BRAULT, C.-É., et SAINTURAT, M.-L., "Les dispositions relatives au transfert de la propriété du bail et de l'immeuble," *Loyers et Copropriété*, n°9, Septembre 2014, dossier 5; LEGRIX DE LA SALLE, S., "Les incidences de la loi Pinel en matière de baux commerciaux," *JCP E*, n°27, Juillet 2014, 1371; MUTELET, C., PRIGEN, J., et RODRIGUEZ, M. L., "Réforme du régime des baux commerciaux," *Revue des Loyers*, n° 949, 2014.

nouvelles dispositions sur l'absence de résiliation anticipée aux périodes triennales¹²², l'état des lieux d'entrée et de sortie¹²³, toutes les nouvelles exigences concernant le loyer et les charges¹²⁴, sans oublier les mesures relatives aux clauses de solidarité¹²⁵. Or, le bail commercial est sur ce point un véritable « risque » économique pour la commune. En dehors du statut, le cessionnaire doit respecter les obligations nées du contrat¹²⁶. Il doit notamment respecter la destination des lieux, cela signifie que le cessionnaire ne peut modifier la nature du bail qu'il a accepté de signer.

227 – Les rapports entre bailleur et cédant – L'acceptation par le bailleur de la cession a pour effet de désengager le cédant vis-à-vis de son ancien créancier. Ainsi, le cédant est désengagé des obligations nées du bail cédé. Ce principe est en réalité issu d'une évolution jurisprudentielle. Ainsi, dans un premier temps, la doctrine considérant qu'en raison de l'origine de la notion de garantie, les obligations du cédant étaient prolongées. Ce principe a d'ailleurs été rappelé dans un arrêt de la Cour d'appel de Douai du 13 janvier

¹²² ATTARD, J., "Répartition des travaux, charges et impôts dans le cadre de la loi Pinel du 18 juin 2014," *JCP G*, n° 27, 7 Juillet 2014, 778; DENIZOT, C., "Les nouvelles dispositions révolutionnaires sur les charges," *AJDI*, 2014, p. 591. Voir aussi : "Le point sur : Baux commerciaux : la loi Pinel réforme tous azimuts," *BPMI*, 4/14, Juillet 2014, n°220, p.18; DUMONT-LEFRAND, M.-P., "Baux commerciaux : mai 2013 - mai 2014," *Dalloz*, 2014, p.1659; ATTARD, J., "Répartition des travaux, charges et impôts dans le cadre de la loi Pinel du 18 juin 2014," *JCP G*, n° 27, 7 Juillet 2014, 778; BLATTER, J.-P., "Le bail commercial dans le projet de loi relatif à l'artisanat, au commerce et aux TPE," *AJDI*, 2014, p.118; BRAULT, C.-É., et SAINTURAT, M.-L., "Les dispositions relatives au transfert de la propriété du bail et de l'immeuble," *Loyers et Copropriété*, n°9, Septembre 2014, dossier 5; DUMUR, J.-P., "Le « bêtisier » de la loi Pinel en dix stations," *AJDI*, 2014, p.821; GOURAUD, C., "La pratique notariale des baux commerciaux après la loi Pinel du 18 juin 2014," *Defrénois*, n°17, 15 septembre 2014, p. 902; LEGRIX DE LA SALLE, S., "Les incidences de la loi Pinel en matière de baux commerciaux," *JCP E*, n°27, Juillet 2014, 1371; MONEGER, J., et KENFACK, H., "Chronique - Baux commerciaux," *JCP N*, n°15, 10 avril 2015, 1121; MUTELET, C., PRIGEN, J., et RODRIGUEZ, M. L., "Réforme du régime des baux commerciaux," *Revue des Loyers*, n° 949, 2014; PRIGEN, J., "Loi Pinel et bail commercial : commentaire du décret du 3 novembre 2014," *Revue des Loyers*, n°952, 2014; PUYGAUTHIER, J.-L., "Les conséquences de la loi Pinel sur la cession du bail commercial ou du fonds de commerce," *JCP N*, n°1-2, 9 janvier 2015, 1002; SIDIER, N., et POULIGUENMANDRIN, A., "Réflexions autour d'une « rénovation » des baux commerciaux," *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 87, 2013.

¹²³ Loi n° 2014-262, 18 juin 2014, art. 3 et 13 : art. L. 145-5 et art. L. 145-40-1 du Code de commerce: GRISIER, J., "(R)évolution du bail commercial," *Lamy patrimoine*, n°80, septembre 2014, p.1-5.

¹²⁴ Loi n° 2014-262, 18 juin 2014, art. 13 : art. L. 145-40-2, al. 1^{er}A du Code de commerce ; art. L. 145-40-2, al. 2 du Code de commerce ; art. L. 145-40-2, al. 3 du Code de commerce: GRISIER, J., "(R)évolution du bail commercial," *Lamy patrimoine*, n°80, septembre 2014, p.1-5.

¹²⁵ BRAULT, C.-É., et SAINTURAT, M.-L., "Les dispositions relatives au transfert de la propriété du bail et de l'immeuble," *Loyers et Copropriété*, n°9, Septembre 2014, dossier 5; DUMUR, J.-P., "Le « bêtisier » de la loi Pinel en dix stations," *AJDI*, 2014, p.821; GOURAUD, C., "La pratique notariale des baux commerciaux après la loi Pinel du 18 juin 2014," *Defrénois*, n°17, 15 septembre 2014, p. 902; MUTELET, C., PRIGEN, J., et RODRIGUEZ, M. L., "Réforme du régime des baux commerciaux," *Revue des Loyers*, n° 949, 2014; PUYGAUTHIER, J.-L., "Les conséquences de la loi Pinel sur la cession du bail commercial ou du fonds de commerce," *JCP N*, n°1-2, 9 janvier 2015, 1002. Voir aussi : "Le point sur : Baux commerciaux : la loi Pinel réforme tous azimuts," *BPMI*, 4/14, Juillet 2014, n°220, p.18; BRAULT, C.-É., et SAINTURAT, M.-L., "Les dispositions relatives au transfert de la propriété du bail et de l'immeuble," *Loyers et Copropriété*, n°9, Septembre 2014, dossier 5.

¹²⁶ Cass. 3^e Civ., 30 septembre 2015, n°14-21237.

1989¹²⁷ : « il n'y a pas de cession de dette en droit français, les dettes du cédant à l'égard du bailleur subsistant, mais non ses créances nées du bail ». Mais, la Cour de cassation a opéré un revirement par une jurisprudence du 12 juillet 1988¹²⁸. Cet arrêt ne revient pas sur les fondements de la garantie, mais va affirmer le principe selon lequel en l'absence de solidarité contractuellement prévue par le bail cédé entre cédant et cessionnaire, le bailleur ne peut poursuivre le cédant après la cession. Plusieurs conséquences en découlent, ainsi, le cédant ne sera pas tenu au paiement des loyers échus postérieurement à la cession, sauf engagement contraire de sa part. Il en va de même pour les réparations locatives, à moins qu'une clause contraire n'ait été insérée au bail. Il en résulte donc que le contrat peut prévoir la garantie solidaire du cédant. Mais la loi du 18 juin 2014 a légiféré cet aspect contractuel en insérant au Code de commerce deux nouveaux articles : l'article L. 145-16-1 selon lequel : « si la cession du bail commercial est accompagnée d'une clause de garantie du cédant au bénéfice du bailleur, ce dernier informe le cédant de tout défaut de paiement du locataire dans le délai d'un mois à compter de la date à laquelle la somme aurait dû être acquittée par celui-ci » et l'article L. 145-16-2 qui dispose que « si la cession du bail commercial s'accompagne d'une clause de garantie du cédant au bénéfice du bailleur, celui-ci ne peut l'invoquer que durant trois ans à compter de la cession dudit bail ». Ces dispositions ne sont pourtant pas satisfaisantes, elles font l'objet de critique de la part de la majorité de la doctrine qui s'accorde sur l'imprécision textuelle, source d'interprétation¹²⁹.

L'aménagement de ces règles au droit de préemption suscite des divergences doctrinales. Certains auteurs¹³⁰ mettent en exergue les règles budgétaires d'ailleurs d'ordre public, et principalement la jurisprudence issue de l'article L. 2252-1 CGCT¹³¹. Ils en déduisent l'interdiction pour la commune de garantir au bailleur le paiement des loyers pendant la période de rétrocession et de contracter le moindre engagement de solidarité. À

¹²⁷ CA Douai, 13 janv. 1989, Gaz. Pal. 1989, 2, somm. P. 299 ; également CA Versailles, 17 mai 1987, Gaz. Pal. 1988, 1, somm. P. 98.

¹²⁸ Cass. 3^e civ., 12 juill. 1988, Bull. civ. III, n° 125.

¹²⁹ BRAULT, C.-É., et SAINTURAT, M.-L., "Les dispositions relatives au transfert de la propriété du bail et de l'immeuble," *Loyers et Copropriété*, n°9, Septembre 2014, dossier 5; DUMUR, J.-P., "Le « bêtisier » de la loi Pinel en dix stations," *AJDI*, 2014, p.821; GOURAUD, C., "La pratique notariale des baux commerciaux après la loi Pinel du 18 juin 2014," *Defrénois*, n°17, 15 septembre 2014, p. 902.

¹³⁰ BOSGIRAUD, C., "Libres propos relatifs au droit de préemption sur les cessions de fonds de commerce, fonds artisanaux, de baux commerciaux - Préempter pour rétrocéder..." *JCP N*, n° 16,1179, 18 avril 2008, p. 27..

¹³¹ Est considéré comme illégales les garanties de dettes commerciales : TA Amiens, 18 septembre 1984, Divers c/ Marie de Beaurevoir, inédit ; de loyers commerciaux : TA Nantes, 27 octobre 1994, Préfet de la Vendée : Lebon T. 804.

l'inverse, pour d'autres auteurs¹³², les dispositions du contrat priment. En cas de clause de solidarité des preneurs successifs, le titulaire du droit de préemption sera tenu de respecter ces obligations jusqu'au terme du contrat. Or, le contrat a valeur de loi entre les parties¹³³. Il est donc possible de se positionner en faveur du dernier argument, notamment depuis la réforme de la loi « Pinel » qui fait application du statut des baux commerciaux au titulaire du droit de préemption.

Le rapport entre le bailleur et le cédant, dans le cadre du droit de préemption des communes, peut être source de contentieux. En effet, le bailleur peut s'opposer à la rétrocession du droit au bail. Il devra, pour ce faire, informer la commune de la saisine du président du Tribunal de grande instance du lieu de situation de l'immeuble dans le délai de deux mois suivant la réception du projet de rétrocession. Il sera statué en la forme des référés, c'est-à-dire selon la procédure des référés, mais la décision est une décision au fond. La délivrance de l'assignation matérialise la saisine de la juridiction¹³⁴. L'analyse doit dès lors se porter sur la motivation de l'opposition par le bailleur. Pour la doctrine, l'opposition sera fondée sur des motifs propres à la déspécialisation plénière¹³⁵. En effet, le droit de préemption va permettre un changement d'activité et certains considèrent qu'on est en présence d'un nouveau cas de déspécialisation plénière légale¹³⁶. Dès lors, l'opposition du bailleur pourra être motivée par la destination des lieux, les caractéristiques et la situation de l'immeuble. Par ailleurs, la doctrine se penche sur la nature de la motivation du bailleur, fondée sur un intérêt privé, elle s'oppose à l'intérêt général visant à préserver de la diversité commerciale et artisanale. Il est possible d'en déduire que l'opposition du bailleur à l'acte de rétrocession devra être extrêmement motivée, en se basant sur des critères réels et sérieux. Dans le cas contraire, il se verra contraint d'accepter un cocontractant non choisi¹³⁷.

228 – *Les rapports entre cédant et cessionnaire* – En principe, le cessionnaire ne peut rien exiger du cédant. Pour autant, l'article 1693 du Code civil met à la charge du

¹³² BLATTER, J.-P., "Le décret d'application du droit de préemption des communes sur les fonds et les baux," *AJDI*, Février 2008, p. 88.

¹³³ Article 1134 du Code civil.

¹³⁴ BLATTER, J.-P., "Le décret d'application du droit de préemption des communes sur les fonds et les baux," *AJDI*, Février 2008, p. 88.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ BLATTER, J.-P., "Interrogations autour du nouveau droit de préemption des communes," *AJDI*, Octobre 2005, p.705.

cédant la garantie de l'existence du contrat de bail. La garantie de la solvabilité du débiteur ne lui incombe que lorsqu'il s'y est engagé, et seulement à concurrence du prix qu'il a retiré de la créance¹³⁸. Pareillement à la cession du fonds de commerce, le cédant doit garantir le cessionnaire contre les vices cachés de la créance cédée et la garantie en cas d'éviction fondée sur l'article 1625 du Code civil. Ces garanties trouvent application dans la pratique, notamment concernant la garantie d'éviction due lorsque le cédant avait connaissance du fait que les bailleurs successifs contestaient la cession et engageaient plusieurs actions à son encontre¹³⁹. Quant à la garantie des vices cachés, une jurisprudence concernant la cession d'un bail commercial entre deux restaurateurs a défini la notion de vice caché. Deux conditions en découlent, le vice doit être caché au moment de la cession et d'une gravité telle qu'il entraîne l'impropriété à l'usage d'exploitation commerciale¹⁴⁰. Il a été démontré précédemment concernant la cession du fonds de commerce, que la mise en œuvre des garanties est en grande partie inadaptée, tant au regard de l'objectif visé par le droit de préemption, qu'au regard des règles budgétaires auxquelles la commune est soumise. Pour autant, en ce qui concerne le droit au bail l'existence du contrat, impliquant des engagements, nuance la restriction imposée par les règles budgétaires. Ainsi, si l'obligation est légale, les règles budgétaires prévalent ; à l'inverse, si l'obligation relève du droit au bail, elle viendrait à s'appliquer à la commune ou à ses délégataires¹⁴¹. Il est alors préconisé « *d'obtenir du bailleur la libération du cédant, en l'occurrence la commune, quitte à prévoir dans le cahier des charges de rétrocession une obligation pour le repreneur de fournir une caution ou une garantie, ce qui n'est sans doute pas de nature à faciliter la rétrocession* »¹⁴². Par ailleurs, le cahier des charges imposé au cessionnaire modifie le rapport classique entre cédant et cessionnaire, en prolongeant leur rapport d'obligation au-delà de l'acte de cession du droit au bail commercial. Ainsi, le cessionnaire sera tenu vis-à-vis du cédant (le titulaire du droit de préemption) des obligations mentionnées au cahier des charges, mais aussi vis-à-vis du bailleur par le contenu du bail. Dès lors, le cessionnaire, par

¹³⁷ BOITUZAT, A., "Le droit de préemption des communes sur les cessions de fonds de commerce et artisanaux," *Revue de droit immobilier*, 2008, p. 313; BON-JULIEN, E., "Le droit de préemption "commercial" : un droit inapplicable?," *Petites affiches*, n° 75, 15 avril 2009, p. 8.

¹³⁸ Article 1694 du Code civil.

¹³⁹ Cass. 3^e civ. 24 juin 1998, Caisse d'épargne d'Ile de France Ouest c/ Sté Agence Allorge : Bull. Civ. III n° 130.

¹⁴⁰ CA Paris 12 septembre 2005, 16^e ch. A, SARL Le commerce c/ SARL Le Ventre de Paris : administrer novembre 2005 p. 27.

¹⁴¹ BOSGIRAUD, C., "Libres propos relatifs au droit de préemption sur les cessions de fonds de commerce, fonds artisanaux, de baux commerciaux - Préempter pour rétrocéder..." *JCP N*, n° 16,1179, 18 avril 2008, p. 27.

¹⁴² MAUREY, H., et TARRADE, P., "Le droit de préemption commercial," *BRDA*, 7/13, *Comm.* 26, 15 avril 2013.

le jeu de la procédure de préemption, aura deux créanciers : la commune au titre du cahier des charges ; le bailleur au titre du bail.

CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

229 – *La variation sémantique corrigée* – Le droit de préemption des communes s'applique au cas d'aliénation à titre onéreux. Ainsi, l'aliénation est un acte de disposition, c'est-à-dire un acte visant à transmettre un droit réel. La loi visait originellement la « cession » des fonds ou du droit au bail. La cession désigne le transfert d'un droit personnel, c'est-à-dire un droit de créance. Dès lors, la transmission du bail ne peut être qu'une cession puisque le bail est un droit de créance. Le fonds de commerce, quant à lui, n'est ni un droit réel principal, ni un droit réel accessoire. On parlera alors de vente qui vise le simple transfert à titre onéreux d'un bien, qu'il soit meuble ou immeuble, le fonds de commerce étant un bien meuble incorporel. Par la suite, le décret d'application n'avait pas repris le terme de « cession », mais « d'aliénation ». Cette variation a eu pour incidence d'élargir le champ d'application du droit de préemption par l'effet d'un décret, en violation des principes de hiérarchie des normes. Mais le décret est présumé légal et s'applique tant qu'il n'est pas retiré ou déclaré illégal par le juge administratif. La loi du 22 mars 2012 a uniformisé les textes du dispositif de préemption en corrigeant l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme, le droit de préemption s'appliquera donc aux aliénations.

230 – *Les aliénations à titre onéreux* – Le caractère onéreux implique une contrepartie, il s'agit d'une notion large visant un avantage de n'importe quelle forme que ce soit. Or, la législation applicable aux autres droits de préemption urbain est plus précise concernant le caractère onéreux, notamment l'article L. 213-1 du Code de l'urbanisme selon lequel l'aliénation doit être à titre onéreux « *sous quelque forme que ce soit* ». Ainsi, en l'absence de mention expresse par l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme la préemption « commerciale » est restreinte à la seule contrepartie en argent.

231 – *Les fonds* – La vente du fonds artisanal n'est pas soumise à une réglementation spécifique, le droit commun du contrat de vente s'applique, contrairement à la cession du fonds de commerce. Ainsi, en amont du contrat visant le fonds de commerce, l'attention se porte sur l'évaluation du fonds et la contestation du prix annoncé à la DIA. La compétence du juge de l'expropriation est en effet contestable. Juge unique, il n'est rattaché à aucune compétence en matière commerciale¹. Or, l'aliénation du droit au bail commercial

¹ MAUREY, H., et TARRADE, P., "Le droit de préemption commercial," *BRDA*, 7/13, *Comm. 26*, 15 avril 2013.

ou des fonds artisanaux ou commerciaux sont des actes de disposition, impliquant le patrimoine de chacune des parties. Le Tribunal de grande instance est, quant à lui, compétent par principe en matière de cession du droit au bail, juge collégial, il apparaît plus à même de trancher sur l'évaluation des biens soumis à la préemption. De plus, les projets de loi antérieurs avaient conditionné la saisine du juge de l'expropriation au caractère « excessif » du prix déclaré. La suppression dans la version définitive de la loi de cette condition fait craindre à un recours systématique au juge par la commune. Une telle situation ralentirait la passation de l'acte, faisant redouter la dépréciation du bien en cas d'inexploitation. La rédaction du contrat d'aliénation du fonds de commerce est fondée sur le principe du consensualisme, mais des mentions obligatoires sont imposées par le Code de commerce. Or aucune précision n'est apportée par le Code de l'urbanisme sur le respect de ces obligations. Elles ont vocation à protéger l'acquéreur en lui permettant de connaître et de faire reconnaître la valeur du fonds. Mais, les sanctions applicables en cas d'irrespect sont inadaptées à la préemption urbaine. D'une part, en raison de la possibilité reconnue à la commune de faire fixer le prix du fonds judiciairement, et d'autre part en raison de l'application des règles du Code général des collectivités territoriales qui imposent aux communes un *ratio prudentiel* lors de la garantie d'une personne de droit privé. À la conclusion du contrat, des mesures de publicité sont prévues. Le Code de l'urbanisme opère un renvoi au Code de commerce, l'acte de cession sera donc publié au *Bodacc*. Ces règles de publicité ont pour objectif de protéger les créanciers des parties, aussi des sanctions accompagnent ces règles en cas d'inobservation. Il s'agit tout d'abord de la réparation du préjudice des créanciers, mais surtout de l'inopposabilité d'ordre public du paiement. De telles conséquences peuvent mettre en péril le bon déroulement de la procédure de préemption. Par ailleurs, le Code de l'urbanisme envisage des mesures de publicité propres à la préemption ; le maire affichera un avis indiquant la désignation sommaire du fonds, le nom et la qualité du cessionnaire et les conditions financières de l'opération. Enfin, la cession produit des effets entre les parties. Étant un contrat synallagmatique, les obligations sont réciproques. Le vendeur est tenu de l'obligation de délivrance du fonds de commerce. Or, le titulaire du droit de préemption par le jeu de la rétrocession est initialement créancier de l'obligation de délivrance, il devient débiteur de cette même obligation. Au cours de la première phase de la procédure, le titulaire du droit de préemption est acquéreur du fonds qui sera délivré conformément aux dispositions énoncées au contrat de vente ; or en cas d'irrespect par le vendeur de cette obligation de délivrance, l'exception d'inexécution peut être invoquée par l'acquéreur, personne morale

de droit public. Or, la commune aura déjà payé le prix qui est dû au moment de l'établissement de l'acte en application de l'article R. 214-9 du Code de l'urbanisme ; l'obligation de délivrance perd ainsi toute son efficacité faute de sanctions opérantes. Lors de la seconde phase de la procédure, et après rétrocession, le titulaire du droit de préemption endosse la qualité de vendeur, et garantira la délivrance conforme du fonds de commerce rendant impératif le maintien de la clientèle. De plus, le vendeur est tenu de l'obligation de garantie d'éviction et des vices. En cas de vices cachés, l'acquéreur du fonds a une option entre l'action rédhibitoire et l'action estimatoire. Or, ces deux actions sont inappropriées, la première étant incompatible avec l'objectif du droit de préemption, la seconde étant incohérente en raison de la possibilité qu'à le titulaire du droit de préemption de contester le prix. Pour autant, le bénéfice accordé à la commune ou à ses délégataires de contester le prix, préalablement à la formation du contrat, ne doit pas empêcher l'action estimatoire. La garantie d'éviction préserve l'acquéreur d'un trouble par un tiers ou du détournement de la clientèle. Cette garantie est due tant à l'acquéreur initial, qu'aux sous-acquéreurs successifs. Or, cette « chaîne » semble fragilisée par l'intervention de la commune qui ne peut garantir une personne de droit privé qu'à concurrence d'un pourcentage fixé par décret. L'étude comparative des règles du droit de préemption des communes sur le fonds de commerce avec les règles du droit commercial amène à conclure à un risque de déséquilibre. En effet, l'acte de cession du fonds est en partie privé de garantie, en raison de la qualité du titulaire du droit de préemption, acteur de droit public. Ce déséquilibre se confirme à l'étude des obligations de l'acquéreur lors de la rétrocession. Si, en application du droit commun, l'acquéreur est tenu de payer le prix, à la rétrocession du fonds, des obligations supplémentaires sont mises à la charge de l'acquéreur « final », tenu non seulement aux obligations contractuelles, mais aussi aux obligations issues du cahier des charges, dont le contenu n'est pas défini précisément par le dispositif légal, chaque commune déterminant les obligations du cahier de charges par délibération du conseil municipal.

232 – *Le droit au bail commercial* – La cession du droit au bail est une cession de créance. La cession de créance est soumise à un certain formalisme prévu à l'article 1690 du Code civil, visant à informer le bailleur, tiers au contrat de l'existence de la cession. Or, le Code de l'urbanisme impose aussi une procédure d'information du bailleur par lettre recommandée avec accusé de réception. Ces deux formalités coexistent, en effet la commune devra respecter la signification de l'article 1690 du Code civil, qui seule crée un

lien juridique avec le bailleur, contrairement à la lettre recommandée avec accusé de réception qui n'a qu'une valeur probante. À la rétrocession, la question de l'application de l'article 1690 réapparaît, mais le droit spécial du Code de l'urbanisme prévoit d'inclure à l'acte l'accord du bailleur. Cependant, cette disposition du droit de l'urbanisme ne semble viser que le cas de la cession du droit au bail seul. Or, le bail commercial est aussi un élément du fonds de commerce. Si ce dernier est préempté, les formalités de l'article 1690 du Code civil devront aussi être respectées. L'inobservation des formalités de cet article rend inopposable la cession du droit au bail commercial, le cessionnaire devenant occupant précaire. Dès lors, la personne morale de droit public, ne peut être expulsée, à l'inverse de l'acquéreur à la rétrocession. Il faudra donc être vigilant au respect de l'article 1690 du Code civil, d'autant que le bailleur pourra demander la résiliation du bail en cas d'irrespect de formalité propre à la cession du droit au bail. Par ailleurs, le Code de l'urbanisme envisage spécifiquement la nullité de l'acte de rétrocession dans l'hypothèse où le bailleur n'aurait pas donné son accord. Cette nullité devra être considérée comme relative, et dans le silence du Code de l'urbanisme, la compétence de principe du Tribunal de grande instance, relativement à toute demande de résiliation du bail, doit être retenue. Enfin, la cession du droit au bail commercial est un contrat tripartite, faisant naître des droits et des obligations entre chacune des parties. Avant la réforme de 2014, le problème principal était que le bailleur n'était plus tenu par le droit au renouvellement, le bail pouvait être résilié à tout moment en raison de l'exclusion expresse de l'application du statut des baux commerciaux. Cette situation n'était pas insatisfaisante au regard de l'objectif d'intérêt général porté par la préemption. Mais le déséquilibre persiste tant les règles en présence sont discordantes, notamment en ce qui concerne les garanties propres aux règles commerciales relatives à la cession du fonds de commerce ou du droit au bail.

CONCLUSION DU TITRE SECOND

233 – *Des incohérences subséquentes à l'éloignement des matières juridiques en cause* – Les opérations visées par le droit de préemption des communes s'inscrivent donc dans la sphère commerciale, puisqu'il s'agira pour la commune ou ses délégataires d'acquérir soit un fonds, qu'il soit artisanal ou commercial, soit le droit au bail commercial. Ainsi, l'étude comparative entre les règles commerciales et le dispositif du nouveau droit de préemption met en exergue les lacunes textuelles, dont l'origine est imputable à la logique publiciste qui émane de la rédaction, faisant fi des spécificités des règles commerciales, constituant pourtant le socle de ce droit¹. Il s'agira, dans la pratique, de faire preuve d'une grande prudence dans la mise en œuvre du droit de préemption dont les règles spécifiques visées par le Code de l'urbanisme ne sont pas suffisantes. Ce nouveau droit de préemption des communes s'ajoute aux autres droits de préemption urbain, dont l'évolution législative est caractérisée par un manque d'harmonisation. Or, le droit de préemption des communes sur les biens commerciaux et artisanaux se caractérise aussi par une imprécision rédactionnelle. La conséquence sera le renforcement du poids de la jurisprudence. Le droit de préemption des communes se surajoutant à cet ensemble, il est à craindre une accélération d'un tel processus, peu satisfaisant sur le plan de la stabilité et de la cohérence normative². C'est ainsi qu'une proposition de loi a été présentée par M. Jean-Luc Warsmann tendant à la simplification et à l'amélioration de la qualité du droit³. Il s'agit, aux articles 83 et suivants de la proposition de loi, d'apporter au droit de préemption urbain et à la zone d'aménagement différé, des modifications substantielles. Mais, face à l'ampleur de la tâche, certains membres de la commission saisie au fond ont considéré que les correctifs à apporter dépassaient l'ambition de la proposition de loi, et ont souhaité que cette partie fasse l'objet d'une proposition distincte⁴. Il faut en déduire que le travail de réforme du droit de préemption est une œuvre d'ampleur. C'est ainsi que la loi issue de ce travail n'a, en ce qui concerne le droit de préemption « commercial et artisanal », modifié que deux aspects, le premier concerne le temps laissé à la commune afin de trouver un acquéreur et la gestion du bien pendant la période intermédiaire ; le second aspect porte sur

¹ PERIGNON, S., "Le droit de préemption communal sur les biens commerciaux," *AJDA*, 14 avril 2008, p. 743.

² Conseil d'Etat, Section du rapport et des études, Le droit de préemption, étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 6 décembre 2007, La Documentation Française.

³ Proposition de loi n° 1890 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

⁴ BENOIT-CATTIN, P., "Vers une réforme des droits de préemption," *Construction et Urbanisme*, Février 2010, p.2.

l'harmonisation de la loi avec le décret. Ainsi, aucune refonte du droit de préemption des communes n'avait été opérée. La loi Warsmann ne corrige donc pas les problèmes de fond du dispositif, laissant intactes les incohérences et les distorsions entre les deux matières du droit en présence. En effet, le but poursuivi par la loi du 2 août 2005 est de permettre aux communes de conserver les « commerces de proximité ». La mise en place d'un droit de préemption sur les fonds ou baux commerciaux et sur les fonds artisanaux a suscité plus d'une interrogation, laissant dubitatif tant les urbanistes que les commercialistes. L'union faisant la force il est heureux que le législateur n'ait pas abandonné l'ambition de réforme. La perfection du dispositif était nécessaire et la loi du 18 juin 2014 a tenté de répondre aux difficultés les plus marquantes.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

234 – *Une procédure de préemption réformée* – Le droit de préemption sur les biens commerciaux et artisanaux est un outil au service des communes dont le but est de protéger et de maintenir les commerces dits « de proximité ». La loi et le décret d'application définissent les étapes de la procédure. Mais la confrontation de deux logiques juridiques distales, celle du droit de l'urbanisme et celle du droit commercial, révèle des incohérences dans la procédure. La réforme de 2014 a tenté de répondre aux lacunes du dispositif initial. Ainsi, le statut des baux commerciaux est désormais applicable à la commune en raison de sa situation de preneur à bail pendant la période dite « intermédiaire ». Le délai de rétrocession est aussi modifié, en cas de mise en location-gérance du fonds pendant la période intermédiaire, le titulaire du droit a 3 ans pour rétrocéder au lieu de 2 ans. De plus, la déclaration d'intention d'aliéner est aujourd'hui renforcée par l'obligation légale faite au « cédant » de déclarer, notamment, le chiffre d'affaire, l'activité présente en cas d'acquéreur potentiel, et la transmission du contrat de bail commercial. Enfin, le dispositif est consolidé par l'autorisation qui est faite de déléguer l'exercice du droit de préemption commercial et artisanal aux établissements publics de coopération intercommunale, aux établissements publics « y ayant vocation », aux sociétés d'économie mixte, au concessionnaire d'une opération d'aménagement ou au titulaire d'un contrat de revitalisation artisanale et commerciale. Pour autant, la procédure de préemption laisse encore subsister des imprécisions quant aux critères de la motivation du conseil municipal ou aux mesures de publicité du périmètre. Les effets de ces imprécisions se renforcent à l'étude du champ d'application du droit de préemption. En effet, le droit de préemption porte sur des biens commerciaux et artisanaux, identifié par la loi comme étant les fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux, régis par des règles propres en cas de transmission à titre onéreux et dont la cohérence est mise à l'épreuve lors de l'intervention de la commune. En effet, l'action de la personne de droit public dans la sphère commerciale est source de déséquilibre dans le processus contractuel. Le déséquilibre a été accentué par les errements législatifs. En effet, en ce qui concerne l'opération déclenchant le jeu de la procédure, si le texte de loi vise aujourd'hui clairement les aliénations à titre onéreux, une telle affirmation ne fait suite qu'à une réforme intervenue en 2012 ayant clarifié le champ d'application du droit de préemption à l'égard de l'opération à l'origine de l'action de la commune. Le droit de préemption sur les biens artisanaux et commerciaux a donc subi des modifications entre 2005 et 2014, ces réformes

ayant recherché une meilleure efficacité du dispositif de préemption qui avait focalisé nombre de critiques.

SECONDE PARTIE : LES LIMITES A L'EXERCICE DU DROIT DE PREEMPTION

235 – *Le droit de préemption : un droit limité* – Le droit de préemption des communes sur le fonds artisanal, fonds de commerce et bail commercial a un champ d'application circonscrit par les textes. Il ne peut être utilisé par la personne publique en dehors de ce champ d'application. Dès lors, il peut être affirmé qu'il s'agit d'un droit limité dans son application. L'approche des restrictions au droit de préemption est à la fois pragmatique et théorique. En effet, la loi elle même prévoit une restriction à l'application du droit de préemption lors de l'aliénation des biens commerciaux ou artisanaux lors d'une procédure collective. Pour autant les limites peuvent être plus larges, ainsi les droits et libertés publiques encadrent toute matière, tout droit sans qu'il soit nécessaire d'en faire référence. Ces garanties prennent alors tout leur sens lorsqu'il s'agit de l'intervention de la personne publique dans la sphère privée. En effet, la création de ce nouveau droit de préemption est topique, une commune peut acquérir un commerce. L'immixtion de la personne publique laisse croire à une possible atteinte aux droits fondamentaux, tel que le droit de propriété, la liberté du commerce et de l'industrie ou la libre concurrence. Par conséquent ces atteintes peuvent générer un contentieux. Bien plus, l'application et l'exercice du droit de préemption met en relation et donc potentiellement en conflit les différents acteurs du droit de préemption : commune, commerçant ou artisan et bailleur. Il s'agit alors d'un véritable empêchement à l'application de ce droit et à la réalisation de son objectif de protection et de sauvegarde du commerce de « proximité ». Pour autant le respect des droits et libertés est fondamental et le juge en est le garant, il s'agit d'un encadrement de l'application du droit de préemption (Titre 1). Les limites à l'exercice du droit de préemption par la loi ou par la technique contractuelle et par la gestion du patrimoine, permettront en outre de contourner l'action de la personne publique, affaiblissant le dispositif (Titre 2).

Titre premier : Les garanties légales opposables à l'exercice du droit de préemption des communes

Titre second : L'exercice limité du droit de préemption, chronique d'une inefficience annoncée

TITRE PREMIER : LES GARANTIES LEGALES OPPOSABLES A L'EXERCICE DU DROIT DE PREEMPTION

236 – *Préemption et droits* – La définition des concepts est une étape déterminante dans l'étude des notions juridiques. La classification de ces notions armature le droit tout entier. En ce qui concerne les droits et libertés publiques la classification repose sur une logique impliquant trois aspects : la reconnaissance textuelle, la place de la notion en tant que droit ou liberté, et la valeur de la notion. Ce travail permet de déterminer l'étendue du contrôle que les juges auront sur l'application de la notion¹. Il s'agit donc d'une analyse centrale et fondamentale qui conditionne l'ensemble du raisonnement. Définir le rôle, la portée et la valeur des droits et libertés applicables au droit de préemption permet de considérer l'étendue du « pouvoir » des juges dans l'hypothèse d'un contentieux. L'examen du respect des libertés est d'autant plus fondamental que toutes libertés ne sauraient être absolues. Des limitations et des restrictions sont à observer principalement lorsqu'il s'agit de droit de préemption et peuvent être justifiées par l'intérêt général. En matière d'urbanisme², l'intérêt général est prédominant, il pose la limite de l'action des pouvoirs publics. La réflexion se porte alors sur la répartition des compétences normatives. En effet, la constitutionnalisation du droit de l'urbanisme se fonde sur la délimitation constitutionnelle entre compétence législative et exécutive³. Or, le droit de préemption urbain, en tant qu'instrument d'urbanisme opérationnel au service des collectivités, a vu s'accroître son champ d'application depuis les deux dernières décennies. Le nouveau droit de préemption des communes sur les cessions des fonds de commerce, artisanaux, et baux commerciaux en est un exemple flagrant. L'accélération du rythme législatif a conduit le législateur à déléguer au pouvoir réglementaire la mise en œuvre du dispositif. Le Conseil Constitutionnel applique dans ce cas un contrôle de l'attribution de compétence au pouvoir réglementaire. L'incompétence négative implique de vérifier que le législateur a épuisé sa compétence avant de conférer à l'exécutif un rôle normatif⁴. La loi ayant instauré le droit de préemption sur les biens commerciaux et artisanaux a opéré un renvoi de compétence au

¹ NEAU-LEDUC, P., "Rapport introductif," *Entreprise et liberté : Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales de Montpellier*, Dalloz, 2008.

² LAGUERRE, A., "Le commerce intégré dans l'urbanisme, la liberté du commerce menacée - À propos d'une proposition de loi..." *JCP A et CT*, n°6, 7 février 2011, 2056.

³ TREMEAU, J., "Droit constitutionnel de l'urbanisme," Fasc. 1454, *JurisClasseur Administratif*, LexisNexis, 8 Février 2010, n°2 et 3.

⁴ *Op. Cit.* n°11.

pouvoir réglementaire. Le décret d'application a été pris 2 ans après l'entrée en vigueur de la loi. L'étendue des dispositions prises par le décret suscite donc des interrogations au regard du contrôle de l'incompétence négative (Chapitre 1).

237 – *Le juge garant des droits* – L'application d'un droit de préemption au commerce et dès lors l'intervention de la puissance publique dans le commerce a toujours répondu à une logique de régulation. Le droit de l'urbanisme commercial se focalise alors principalement sur un système de déclaration de l'activité suivie d'autorisation. La réglementation en la matière est basée sur la loi et sur les documents d'urbanisme qui précisent les périmètres soumis au dispositif et les objectifs que l'intérêt général tend à protéger. Le droit de préemption sur les fonds de commerce, fonds artisanaux et le droit au bail commercial, n'est pas inséré par principe aux documents d'urbanisme, la logique de protection et de maintien du « petit » commerce n'est pas fondée sur un système d'autorisation. L'intervention de la personne publique est donc plus « intrusif » en ce domaine, en effet, la commune devient propriétaire de l'exploitation commerciale visée par le projet de préemption. Il s'agit donc d'une véritable confrontation entre d'une part le droit de préemption des communes s'immiscant dans la vie économique et d'autre part, les garanties opposables par les acteurs de cette vie économique. Le rôle des juges dans la régulation du contentieux pouvant alors exister est primordial. Le Conseil Constitutionnel aura alors une place centrale ayant vocation à intervenir au court d'un litige dans l'appréciation de la norme opposable. Les hypothèses de contentieux sont nombreuses et leur étude permet de comprendre les limites que la préemption rencontre (Chapitre 2).

Chapitre premier : Les libertés fondamentales appliquées à la vie de l'entreprise

Chapitre second : Le contrôle de l'équilibre entre le droit de préemption et le respect des libertés

CHAPITRE PREMIER : LES LIBERTES FONDAMENTALES APPLIQUEES A LA
VIE DE L'ENTREPRISE

238 – *Précisions étymologiques* – Une précision étymologique s'impose, car il est possible de parler à la fois de « principes fondamentaux », de « libertés fondamentales » ou de « droits et libertés fondamentales »¹. La majorité des auteurs font référence à « la liberté »², il s'agit en effet « des libertés économiques »³. Mais pour d'autres, il s'agira de « principes fondamentaux » se subdivisant en quatre principes directeurs du droit public des affaires, soit les principes de liberté, d'égalité, de propriété et socialisants⁴. Au-delà de cette apparente distinction, d'un point de vue étymologique, « libertés » et « principes » qualifiés de « fondamentaux » recouvrent la même conception⁵. En effet, le terme de « principe » vient du Latin classique « *principium* » qui signifie « commencement » ayant lui même comme origine latine le terme de « princeps » c'est-à-dire « qui occupe la première place ». Or, comme le démontre Monsieur Neau-Leduc la liberté constitue la base de tout droit, « *la liberté est principe* »⁶. Ainsi l'étude porte sur les libertés fondamentales au sens le plus absolu, ces libertés appliquées à la vie de l'entreprise se manifestent par trois actions synthétisées par Monsieur Ferrier⁷ comme étant la liberté d'agir, la liberté d'organiser, et la liberté de transmettre⁸ (Section 1).

239 – *L'entreprise et le fonds ou le bail commercial* – Parler « d'entreprise » et de « libertés »⁹ dans le contexte du droit de préemption des communes permet de mettre en

¹ LENOIR, N., "Les principes constitutionnels : L'entreprise et le droit constitutionnel - colloque," *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°55 décembre 2010, p. 14 - 3182.

² CLAMOUR, G., "Libertés professionnelles et liberté d'entreprise " Fasc.1340, *JurisClasseur Libertés*, LexisNexis, 22 juin 2007; FERRIER, D., "Rapport de synthèse," *Entreprise et liberté : Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales de Montpellier*, Dalloz, 2008; NEAU-LEDUC, P., "Rapport introductif," *Entreprise et liberté : Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales de Montpellier*, Dalloz, 2008.

³ CLAMOUR, G., "Libertés professionnelles et liberté d'entreprise " Fasc.1340, *JurisClasseur Libertés*, LexisNexis, 22 juin 2007.

⁴ RAPP, L., TERNEYRE, P., et SYMCHOWICZ, N., "Lamy droit public des affaires," Lamy, 2015, n° 212.

⁵ TCHEN, V., "Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux," Fasc. 1440, *JurisClasseur Administratif*, LexisNexis, 20 mai 2013, n°7 à 13.

⁶ NEAU-LEDUC, P., "Rapport introductif," *Entreprise et liberté : Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales de Montpellier*, Dalloz, 2008.

⁷ FERRIER, D., "Rapport de synthèse," *Entreprise et liberté : Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales de Montpellier*, Dalloz, 2008.

⁸ Cons. Const., 16 janv. 1982, D. 1983. 169, note Hamon, JCP 1982. II. 19788, note Nguyen Quoc Vinh et C. Frank, GAaz. Pal. 1982. I. 67, note A. Peidelièvre et J. Dupichot, Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, par L. Favoreu et L. Philip, 14^e éd., n°28.

⁹ SIMON, P., "L'entreprise et le droit constitutionnel : Colloque - Ouverture," *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°55, Décembre 2010, p.7.

lumière l'aspect concret du sujet. En effet, le fonds de commerce ou artisanal et le bail commercial ne sont rien d'autre que les supports d'une entreprise. L'entreprise est traditionnellement entendue comme une entité économique¹⁰, s'articulant autour de plusieurs composantes dont l'insertion dans un système juridique permet la mise en œuvre, au sens mécanique du terme, de cette entité. Ainsi, en poussant à son extrême la métaphore, il est possible d'affirmer que la liberté appliquée à l'entreprise est comparable à l'huile injectée dans les rouages d'un moteur. L'étude des libertés de l'entreprise apparaît donc incontournable. Dès lors, il s'agira de déterminer le champ couvert par ces libertés, puisque l'entreprise recouvre plusieurs aspects interdépendants, il peut donc s'agir tout aussi bien de l'entreprise au sens matériel que de l'activité économique, ou du commerce et de l'industrie et de l'activité professionnelle ou même de la concurrence¹¹. Toutes ces libertés ont été admises par les juridictions suprêmes des deux ordres, ainsi que par le Conseil Constitutionnel et au-delà de notre droit interne au niveau communautaire et européen. Dans chacun des aspects que recouvre la notion d'entreprise, transparait en filigrane le fonds de commerce ou le bail commercial, auquel s'applique la préemption. Il faut étudier, dans leur sens le plus large, les principes fondamentaux appliqués à la vie de l'entreprise entendue comme la matérialisation des notions juridiques que sont le fonds de commerce et le bail commercial (Section 2).

Section 1 : Le droit à la propriété et la libre disposition des biens

Section 2 : La liberté d'entreprendre garante de l'activité économique

¹⁰ FERRIER, D., "Rapport de synthèse," *Entreprise et liberté : Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales de Montpellier*, Dalloz, 2008.

¹¹ CLAMOUR, G., "Libertés professionnelles et liberté d'entreprise " Fasc.1340, *JurisClasseur Libertés*, LexisNexis, 22 juin 2007.

Section 1 : Le droit à la propriété et la libre disposition des biens

240 – *La garantie de la libre disposition des biens* – La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 proclame à l'article 2 et à l'article 17 les caractères du droit de propriété, droit naturel, imprescriptible, inviolable et sacré. Le Code civil assure une protection du droit de propriété en déclarant que « *nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité* ». La reconnaissance supranationale, existe notamment à l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel. Ce droit n'est pas inscrit au sein de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en raison de l'empreinte politique de ce droit du fait de sa conception intrinsèquement libérale. Cet aspect du droit de propriété teinte l'analyse de sa reconnaissance. En effet, le Conseil Constitutionnel érige au plus haut niveau de protection le droit de propriété par une décision du 16 janvier 1982¹ portant sur les lois sur les nationalisations prises par le gouvernement de François Mitterant (Paragraphe 1). Le droit de propriété reste avant tout un droit défini et caractérisé par le Code civil. Son socle civiliste fait de ce droit fondamental un droit pratique. Il s'agit pour toute personne de pouvoir user, abuser et jouir de sa propriété, ces aspects sont ceux qui seront protégés par le droit interne comme par le droit européen (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : LES FONDEMENTS DU DROIT DE PROPRIETE

241 – *Reconnaissance et protection* – La reconnaissance du droit de propriété passe par son affirmation et par sa définition textuelle. Au niveau national, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et le Code civil constituent une assise suffisante pour assurer la protection de cette liberté. Au niveau européen, le droit de propriété divise idéologiquement les pays signataires de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la reconnaissance passera alors par le premier Protocole additionnel. L'Union européenne a pendant longtemps eu une position neutre, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reconnaît le droit de propriété dans le même esprit que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Au niveau international, seule la Déclaration universelle des droits de l'homme, dont la valeur n'est

¹ Cons. Const., 16 janv. 1982, D. 1983. 169, note Hamon, JCP 1982. II. 19788, note Nguyen Quoc Vinh et C. Frank, Gaz. Pal. 1982. 1. 67, note A. Peidelièvre et J. Dupichot, Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, par L. Favoreu et L. Philip, 14^e éd., n°28.

pas contraignante, aborde et définit le droit de propriété (A). Cette reconnaissance sera le fondement du contrôle et de la protection du droit de propriété. Le Conseil Constitutionnel a pris part à cette protection par la décision du 16 janvier 1982² relative aux lois sur les nationalisations. D'inspiration libérale, la protection de ce droit est teintée d'idéologie politique. Mais la construction de l'Europe et des droits de l'Homme va redonner au droit de propriété une dimension plus proche des besoins de l'Homme que de l'économie. Or, si le droit de préemption des communes touche à l'économie par le biais du commerce, il ne peut être détaché de l'humain. La Cour européenne des droits de l'homme veille donc au respect du droit de propriété en examinant la réalité de la jouissance du droit de propriété (B).

A) LES FONDEMENTS TEXTUELS

242 – *Les textes fondants le droit de propriété* – La propriété a bénéficié d'une reconnaissance textuelle au niveau national ainsi qu'au niveau supranational, cette construction textuelle a été pour partie contemporaine. La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 proclame à l'article 2 que « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* ». Cet article est complété par l'article 17 qui envisage la propriété comme un « droit inviolable et sacré » de telle sorte que « *nul ne peut [en] être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ». Le rôle alors attribué au droit de propriété était social, chacun devant être protégé de l'arbitraire du détenteur de la puissance publique. Par la suite, le Code civil à l'article 544 a défini la propriété par référence aux attributs de ce droit, ainsi « *la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». L'article 545 complète la définition en déclarant que « *nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité* ». Il s'agit de réunir entre les mains de la même personne le domaine éminent et le domaine utile que le système féodal distinguait.

² Cons. Const., 16 janv. 1982, D. 1983. 169, note Hamon, JCP 1982. II. 19788, note Nguyen Quoc Vinh et C. Frank, GAz. Pal. 1982. I. 67, note A. Peidelièvre et J. Dupichot, Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, par L. Favoreu et L. Philip, 14^e éd., n°28.

243 – Du droit Européen au droit international – Au niveau supranational, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'avait pas pris en considération ce droit qualifié de socio-économique. En effet, en 1950, les pays partis à la convention avaient des orientations politiques différentes, entraînant *de facto* des divergences tant sur la définition, le contenu que sur l'étendue de la protection de la notion de « propriété ». La propriété a donc été envisagée à l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel. L'alinéa 1^{er} de cet article visant sa protection, l'alinéa 2nd ses restrictions ainsi, « *nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international* » ; « *les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général [...]* ».

Dans le cadre des traités de l'Union européenne, le traité de Rome ne reconnaît pas l'existence du droit de propriété, l'article 345 TFUE envisage cette notion de façon neutre n'imposant donc aux États membres aucun mode particulier d'appropriation des biens qu'ils soient de nature privée, publique ou même collective. Il s'agit donc d'un renvoi aux droits nationaux, la propriété relève du droit interne. Cette approche s'explique par la logique qui accompagne la construction de l'Union européenne, fondée sur la mise en commun des intérêts économiques des États, seuls les droits aux soutiens du libre échange et du marché commun sont reconnus. Pour autant, le régime de la propriété n'est pas totalement exclu de la construction juridique de l'Union européenne puisqu'en cas d'interférence avec « l'économie » les instances européennes traitent de ce droit. C'est donc par le recours au principe de libre concurrence³ que l'on voit apparaître un encadrement du droit de propriété. La reconnaissance textuelle du droit de propriété fait suite à la ratification de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dont la force contraignante n'a été accordée qu'en 2009. L'article 17 de la Charte énonce que « *toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général* ».

Au niveau international, les textes des Nations Unies ne prennent pas en compte le droit de propriété envisagé de façon très annexe par le biais du principe de la non-

³ Voir *Infra* n°266 et s.

discrimination, notamment en ce qui concerne la confiscation⁴. Ainsi, le Comité des droits de l'homme dans une décision du 7 avril 1994 a prononcé une irrecevabilité du recours en considérant que « *le droit de propriété n'est pas garanti par le Pacte* »⁵. La Déclaration universelle des droits de l'Homme en tant que résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies n'a qu'une valeur morale et politique. Malgré tout son acceptation n'est pas sans intérêt, car elle prévoit le droit de propriété tant pour les personnes privées que pour les personnes morales de droit public ou de droit privé.

B) LA RECONNAISSANCE CONSTITUTIONNELLE DU DROIT DE PROPRIETE

244 – *La reconnaissance du droit de propriété* – Le caractère constitutionnel du droit de propriété a été reconnu par le Conseil Constitutionnel suite à l'examen des lois sur les nationalisations dans sa décision du 16 janvier 1982⁶. Cette décision est fondamentale⁷, elle érige au plus haut niveau de protection le droit de propriété en affirmant que sa « *conservation constitue l'un des buts de la société politique* » auquel la liberté d'entreprendre⁸ est associée ainsi envisagée selon Monsieur Sériaux « *comme la dimension dynamique du droit de propriété* »⁹. La valeur constitutionnelle du droit de propriété n'est pas pour autant absolue, la décision de 1982 le rappelle, en effet le droit de propriété peut être limité¹⁰. Cette reconnaissance du droit de propriété fonde ainsi la position de la Cour de cassation, compétente en tant que juridiction de l'ordre judiciaire pour connaître des cas de voie de fait ou d'emprise irrégulière émanant de l'administration. Elle considère donc que « *l'atteinte au droit de propriété constituait par elle-même une voie de fait et causait un trouble manifestement illicite que le juge des référés avait le devoir de faire cesser* »¹¹ rappelant même dans certains arrêts que « *le droit de propriété est un droit fondamental de valeur constitutionnelle* »¹².

⁴ Comité des droits de l'homme, 20 juillet 1994, n°328/1988, Zelaya Blanco c/ Nicaragua : A/49/40, vol. 2, p. 13 ; 19 juillet 1995, n°516/1992, Simunek c/Rép. Tchèque : A/50/40, vol. 2, p. 94 ; 23 juillet 1996, n°566/1993, Ivan Somers c/ Hongrie : A/51/40, vol. 2, p. 98.

⁵ Communication n°520/1992, E et AK c/ Hongrie, déc. d'irrecevabilité 7 avr. 1994 : A/49/40, vol. 2, p.357.

⁶ Cons. Const., 16 janv. 1982, D. 1983. 169, note Hamon, JCP 1982. II. 19788, note Nguyen Quoc Vinh et C. Frank, GAaz. Pal. 1982. I. 67, note A. Peidelièvre et J. Dupichot, Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, par L. Favoreu et L. Philip, 14^e éd., n°28.

⁷ RAPP, L., TERNEYRE, P., et SYMCHOWICZ, N., "Lamy droit public des affaires," Lamy 2015, n°265 à 267.

⁸ Voir *Infra* n°249 et s.

⁹ SERIAUX, A., "Propriété," *Répertoire Droit Civil* Dalloz, octobre 2015, n°10.

¹⁰ RAPP, L., TERNEYRE, P., et SYMCHOWICZ, N., "Lamy droit public des affaires," Lamy 2015, n°271.

¹¹ Civ. 3^e, 22 mars 1983, Bull. civ. III, n°83 ; rappr. ; Civ. 3^e, 17 juill. 1973, Bull.civ. III, n°486.

¹² Civ. 1^{ère}, 4 janv. 1995, n°92-20.013, Bull. civ. I, n°4, D. 1995. Somm. 328, obs. M. Grimaldi, JCP 1996, I. 3921, n°1, obs. H. Périnet-Marquet, RTD civ. 1996. 932, obs. F.Zénati ; Civ. 1^{ère}, 28 nov. 2006, n°04-19.134, Bull. civ. I, n°529, JCP 2007. I. 117, n°7, obs, H.Périnet-Marquet.

245 – *La reconnaissance conventionnelle* – Au niveau supranational, le droit de propriété étant visé par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, d'application directe¹³, son respect est impératif tant d'un point de vue législatif et réglementaire qu'au niveau juridictionnel. Cette protection par la Cour européenne des droits de l'homme va au-delà des atteintes portées par l'État aux biens, elle veille à ce qu'une « *jouissance effective* » du droit de propriété soit respectée. Il est ainsi imposé aux États « *de fournir une procédure judiciaire qui soit dotée de garanties de procédures nécessaires et qui permette donc aux tribunaux de trancher efficacement et équitablement tout éventuel litige entre des personnes privées* »¹⁴. Mais à l'image des décisions du Conseil Constitutionnel, la Cour européenne des droits de l'homme ne considère pas tous les cas comme des atteintes. Pour que l'atteinte soit retenue par la Cour, il faut qu'elle soit suffisamment grave, elle doit résulter d'une loi ou d'un règlement pris en dehors d'un objectif d'utilité publique et disproportionnée c'est-à-dire « *dans une situation qui rompt le juste équilibre devant régner entre la sauvegarde du droit de propriété et les exigences de l'intérêt général* »¹⁵. Ainsi ces critères sont aussi repris par la Cour de justice de l'Union européenne, les atteintes justifiées au droit de propriété doivent être fondées par un objectif d'intérêt général, proportionné et non discriminatoire¹⁶.

PARAGRAPHE 2 : LE CONTENU DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

246 – *Les éléments constitutifs du droit de propriété* – Le droit de propriété est défini par le Code civil par l'article 544 selon lequel « *le droit de propriété est le droit de jouir et de disposer des choses* ». Au niveau supranational, aucune définition n'est imposée aux États, mais l'inspiration civiliste est indéniable, aussi le droit de propriété se définit par l'attribution de droits sur la chose. Il s'agit donc du droit de jouir de la chose et du droit de disposer du bien¹⁷. Le droit de jouissance du bien correspond au droit d'usage et au droit de percevoir les fruits. Le Conseil Constitutionnel reconnaît cet aspect du droit de propriété à

¹³ Article 55 de la Constitution

¹⁴ CEDH 25 juillet 2002. 2002, req. N°48553/99, JCP 2003. I. 109, n°24, obs. F. Sudre ; CEDH 31 mars 2005, req. N°62740/00, JCP 2005. I. 159, n°19, obs. F. Sudre ; CEDH 30 août 2007, req. n°44302/02, JCP 2008. I. 110, n°15, obs. F. Sudre.

¹⁵ CEDH 29 avril 1999, req. n°25088/94, req. n°28331/95, req. n°28443/95, Chassegnon c/ France, JCP 1999. II. 10172, note J de Malafosse, AJDA 1999. 922, note F. Priet, RF-DA 1999. 451, RFDA 1999. 811, note J. Andriantsimbazoniva, Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme par F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazoniva, A. Gouttenoire et M. Lévinet, 5^e 2d. 2009, PUF, n°67.

¹⁶ CJCE 29 avril 1999, aff. C-293/97, The queen c/ Secretary of State for the Environment ex parte H. Standley, Rec. 2603.

¹⁷ DELVOLVE, P., *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, 1998, n°107

travers ses décisions portant sur l'exercice du droit de propriété¹⁸. Par ailleurs, l'usage de la chose objet d'appropriation est visé directement par l'article 1^{er} du premier Protocole qui dans son alinéa second prend en compte les cas de restriction à l'usage par une réglementation étatique. La Cour européenne des droits de l'homme rattache ces dispositions au droit d'usage et au droit de disposer¹⁹. Le droit de disposer du bien a un aspect positif et négatif. Il s'agit en effet tant du droit d'aliéner que du droit de refuser de disposer. Jusqu'en 1996, le Conseil Constitutionnel²⁰ envisageait de façon restrictive cet aspect de droit de propriété en ne visant que la notion de libre disposition dont le champ d'application ne porte que sur la maîtrise de l'utilisation d'un bien. Le Conseil d'État²¹ quant à lui, adopte la même position malgré une évolution des décisions du Conseil Constitutionnel depuis 1996. Le droit de disposer est alors considéré comme un « *attribut essentiel du droit de propriété* »²² prenant ainsi en compte le droit de ne pas disposer de son bien²³. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas distingué le droit de disposer de la notion de libre disposition, la convention visant largement le respect des biens et de leur usage²⁴. Cette conception du droit de disposer permet ainsi, de considérer le droit de propriété tant comme un droit sur un meuble ou un immeuble, que comme un droit sur une prétention ou sur un bien dématérialisé. Il est fait application de la protection du droit de propriété pour certains « biens » bénéficiant, selon la Cour européenne des droits de l'homme, d'un caractère patrimonial. Il s'agit notamment du droit à la clientèle²⁵, des actions ou parts d'une société²⁶, créances d'indemnisation²⁷, créances de restitution²⁸, crédit

¹⁸ Cons. const. n°200-436 DC, 7 déc. 2000, SRU, consid 18 : Réc. Cons. const. 2000, p.176.

¹⁹ CEDH 23 sept. 1982, n°7151/75 et 7152/75, Sporong et Lönnroth c/ Suède, série A n°52 : GACEDH, 5^e éd., n°65, note J.-P. Marguénaud ; AFDI 1985, p.415 ; obs. V. Coussirat-Coustère ; JDI 1985, p.205, obs. P. Tavernier ; CEDH 19 déc. 1989, Mellacher et a., série A n°169, §44 : Gaz. Pal. 1991, I, doct. P. 142, note L. Semet ; JDI 1990, p.742 ; RTDH 1990, p. 381, note J.-F. Flauss.

²⁰ Cons. const. n°59-1 FNR, 27 nov. 1959 : Rec. Cons. const. 1959, p.71 ; Cons. const. n°73-40 L, 28 nov. 1973, Mesures privatives de liberté, consid. 7 : Rec. Cons. const. 1973, p.45.

²¹ CE, ord. 23 mars 2001, n°231559, Sté Lidl ; CE, ord. 2 juill. 2003, n°254536, Sté Outremer Finance limited.

²² Cons. const. n°96-373DC, 9 avr. 1996, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, consid. 22 : Rec. Cons. const. 1996, p. 43 ; RFD const. 1996, p. 587, note J. Trémeau.

²³ Cons. const. n°98-403 DC, 29 juill. 1998, Lutte contre les exclusions, consid. 40 : Rec. Cons. const. 1998, p. 246.

²⁴ CEDH, 13 juin 1979, n°6833/74, Marckx, série A n°31, § 63 ; CEDH, 7 déc. 1976, Handyside, série A n°24, § 62 : CDE 197, p. 350, chron. G. Cohen-Jonathan ; JDI 1978, p. 706, chron. P. Rolland ; GACEDH n°7.

²⁵ CEDH 26 juin 1986, Cah. dr. eur. 1988, 446, obs. G. Cohen-Jonathan, Annuaire fr. dr. int. 1987, 239, obs. V. Coussirat-Coustère, JDI 1987, 785, obs. P. Rolland et P. Tavernier.

²⁶ CEDH 25 juill. 2002, req. N° 48553/99, JCP 2003. I. 109, n°24, obs. F. Sudre.

²⁷ CEDH 20 nov. 1995, RTDH 1996. 577 ; CEDH 6 oct. 2005, Draon c/ France, req. n° 1513/03, JCP 2006. II. 10061, note A. Zollinger, RTD civ. 2005. 743, obs. J.-P. Marguénaud ; CEDH 26 sept. 2006, req. n° 57516/00, Sté de gestion du port de Campoloro c/ France, D. 2007. 545, note Ch. Hugon.

d'impôt²⁹. Il est tout de même exigé que ces droits bénéficient d'une « *espérance légitime* », ils doivent donc être exigibles en raison « *d'une disposition légale ou d'un acte juridique, telle une décision judiciaire devenue définitive* »³⁰. Par l'effet de l'applicabilité directe, la Cour de cassation va se rattacher à cette conception large du « bien », objet d'appropriation. Il est ainsi reconnu des droits à la « *propriété commerciale* »³¹, entendu comme étant le droit résultant de la réglementation spécifique et protectrice auquel bénéficie le preneur à bail commercial et plus particulièrement du droit au renouvellement et du droit à indemnisation³². Il s'agit donc d'une reconnaissance et d'une protection que le droit de préemption devra prendre en compte s'appliquant depuis 2005 au droit au bail commercial.

247 – *Les caractères du droit de propriété* – Le droit civil traite le droit de propriété au regard des trois critères définis par l'article 544 du Code civil, le droit de propriété est donc perpétuel, exclusif et absolu³³. D'un point de vue des droits et libertés, il est possible de se référer à l'article 2 de la DDHC selon lequel le droit de propriété est imprescriptible, inviolable et sacré. Par contre, les textes supranationaux n'ont pas traité ces critères, mais bien plus comme le relève Madame Chamard-Heim « *il faut bien constater que la protection de ces trois caractères de la propriété n'est pas la priorité des juridictions constitutionnelles et européennes* »³⁴. Ainsi, l'aspect qui retient l'attention des juridictions, est le caractère perpétuel de la propriété. Ce caractère recouvre notamment le droit de transmettre à cause de mort, dont la protection ne relève pas de l'article 1 du 1^{er} Protocole de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, mais des articles combinés 8 et 14 de la convention³⁵. Les juridictions s'attachent aussi à l'absence de perte de ce droit par le non-usage³⁶. Il s'agit de protéger le titulaire du droit de propriété de toute privation arbitraire.

²⁸ CEDH 23 oct. 1997, req. n°211319/93, n° 21449/93, n° 21675/93, JCP 1998. I. 107, n°39 ; obs. F. Sudre ; CEDH 3 juill. 2003, JCP 2004. I. 107, n°21, obs. F. Sudre.

²⁹ CEDH 28 sept. 2004, JCP 2005. I. 103, n°18, obs. F. Sudre.

³⁰ CEDH 23 sept. 2003 req. N° 63156/00, Mirailles c/ France, D. 2004. Somm. 991, obs. C. Bîrsan.

³¹ Civ. 3^e, 18 mai 2005, n°04-11.349, Bull. civ. III, n° 109, RTD civ. 2005. 619, obs. Th. Revet.

³² RIPERT, G., et ROBLOT, R., *Traité de droit commercial*, LGDJ, 18^e éd., 2002, Tome 1 - Vol. 1, n°599.

³³ RAPP, L., TERNEYRE, P., et SYMCHOWICZ, N., "Lamy droit public des affaires," Lamy 2015, n°297.

³⁴ CHAMARD-HEIM, C., "Droit de propriété," Fasc. 710, *JurisClasseur Liberté*, LexisNexis, 25 janvier 2011.

³⁵ CEDH, 13 juin 1979, n°6833/74, Marckx, série A n°31, § 63 ; CEDH, 7 déc. 1976, Handyside, série A n°24, § 62 : CDE 197, p. 350, chron. G. Cohen-Jonathan ; JDI 1978, p. 706, chron. P. Rolland ; GACEDH n°7.

³⁶ CEDH, 18 déc. 1996, Loizidou c/ Turquie.

Section 2 : La liberté d'entreprendre garante de l'activité économique

248 – *La composition de la liberté d'entreprendre* – La liberté d'entreprendre est globale, terme générique, elle englobe la liberté du commerce et de l'industrie et la libre concurrence. Monsieur Delvolvé est le premier à avoir pris part à cette conception³⁷. Ainsi a-t-il démontré que la liberté d'entreprendre est composée de la liberté professionnelle et de la libre concurrence, prolongement de la liberté du commerce et de l'industrie. Cette approche sera largement relayée par la majorité de la doctrine³⁸ et confirmée par la jurisprudence du Conseil d'État qui considéra explicitement que la liberté du commerce et de l'industrie est une composante de la liberté fondamentale d'entreprendre³⁹. Ainsi se dessine une vision plus globale des droits économiques, puisque la liberté d'entreprendre concerne tous les acteurs économiques et accueille tout type d'activité⁴⁰. À l'inverse, la liberté du commerce et de l'industrie sera applicable dans le domaine commercial et industriel⁴¹ et est souvent évoquée pour limiter les possibilités d'entreprendre de la puissance publique (Paragraphe 1).

249 – *La place du droit de la concurrence dans la liberté d'entreprendre* – Si cette approche sera celle proposée, elle n'est pas partagée par Monsieur Sestier⁴² qui envisage une distinction entre liberté du commerce et de l'industrie et libre concurrence. Il ne systématise pas leur appartenance à cet ensemble plus large qu'est la liberté d'entreprendre. Il est vrai que l'approche proposée par Monsieur Delvolvé pose en filigrane la question de la valeur de la libre concurrence au côté de la liberté du commerce et de l'industrie. En effet, comme le rappelle Monsieur Neau-Leduc, « *la liberté du commerce et de l'industrie est première* »⁴³, sa reconnaissance est établie depuis deux siècles ; la libre concurrence a été plus récemment insérée dans la sphère des droits sous l'impulsion du

³⁷ DELVOLVÉ, P., *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, 1998, p. 105 et s.

³⁸ FERRIER, D., "Rapport de synthèse," *Entreprise et liberté : Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales de Montpellier*, Dalloz, 2008. MORENO, D., *Commerce et urbanisme : entre liberté et régulation*, La documentation française, 2008.

³⁹ CE réf. 12 nov. 2001, commune de Montreuil Bellay, Lebon 551 ; Dr. adm. 2002, n° 41, note M. Lombard ; CE 22 mai 2003, Commune de Théoule-sur-Mer, Lebon 232.

⁴⁰ FERRIER, D., "Rapport de synthèse," *Entreprise et liberté : Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales de Montpellier*, Dalloz, 2008.

⁴¹ MONPION, A., "Le contrôle de l'interventionnisme économique public : l'affaiblissement du principe dommages et intérêts liberté du commerce et de l'industrie ?," *AJDA*, 11 février 2008, p. 232.

⁴² SESTIER, J.-F., "L'intervention des collectivités locales entre liberté du commerce et de l'industrie et libre et égale concurrence," *Les collectivités locales : Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Economica, 2003, p.400.

droit communautaire. Pour autant, la libre concurrence a acquis sa reconnaissance au côté de la liberté du commerce et de l'industrie au regard de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel qui a jugé que « *le principe d'égalité impliquait [...] la libre concurrence* »⁴⁴ (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : LA LIBERTE DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

250 – *L'approche retenue de la liberté du commerce et de l'industrie* – La liberté du commerce et de l'industrie est entendue au sens strict comme la liberté d'exercer une activité professionnelle commerciale ou industrielle. Au sens large, elle est assimilée à la liberté économique et même à la liberté d'entreprise. Cette conception large de la liberté du commerce et de l'industrie fonde la théorie selon laquelle cette liberté serait la source fondatrice du libéralisme économique⁴⁵. Pourtant elle ne fonde pas à elle seule le libéralisme économique et ne se cantonne pas non plus au seul libéralisme économique⁴⁶.

251 – *Les contours juridiques de la notion* – La liberté du commerce et de l'industrie est vaste et complexe⁴⁷, recouvrant toute une réalité à la fois économique et politique. En effet, les textes et réglementations portant sur le commerce et l'industrie sont légion. Leur étude ne fait apparaître qu'une liste hétérogène d'application concrète à la vie économique. Cette complexité est renforcée par une absence de définition juridique. Il s'agira d'étudier la liberté du commerce et de l'industrie en tant que principe fondateur de notre droit. En ce sens, et de façon extrêmement classique, il sera abordé les fondements du principe (A) puis son contenu (B).

A) LA RECONNAISSANCE DE LA LIBERTE DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

252 – *La construction historique de la notion* – La reconnaissance historique de la liberté du commerce et de l'industrie lui confère une place à part en matière de liberté. En

⁴³ NEAU-LEDUC, P., "Rapport introductif," *Entreprise et liberté : Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales de Montpellier*, Dalloz, 2008.

⁴⁴ CC, 11 juillet 2001, n° 2001-450, Loi portant diverses dispositions d'ordres social, éducatif et culturel, D.2002, SC, 1949, obs. D. Ribes

⁴⁵ KDHIR, M., "Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ?," *Recueil Dalloz, Chronique*, 1994, p.30. ; RAPP, L., TERNEYRE, P., et SYMCHOWICZ, N., "Lamy droit public des affaires," Lamy, 2015, n° 213.

⁴⁶ GUIBAL, M., "Commerce et industrie," *Répertoire Droit Commercial* Dalloz, Janvier 2015, n°1 à 4.

⁴⁷ KOVAR, J.-P., "Où en est la liberté du commerce et de l'industrie?," *Droit administratif*, n°12, décembre 2007, étude 18.

effet, la liberté du commerce et de l'industrie puise ses origines dans l'Ancien Régime avant de s'affirmer à la révolution (1).

253 – L'impact de la reconnaissance de la liberté du commerce et de l'industrie – Comme le rappelle Monsieur Guibal, « *si reconnaître s'est admettre, c'est aussi attribuer une valeur* »⁴⁸. La valeur de la liberté du commerce et de l'industrie n'a pas la même certitude que sa reconnaissance⁴⁹. Ainsi l'analyse de la place attribuée à la liberté du commerce et de l'industrie en tant que liberté (2), permettra de déterminer sa valeur et donc l'étendue de la protection conférée à cette liberté (3).

I. LES FONDEMENTS DE L'ADMISSION DE LA LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

254 – Le corporatisme de l'Ancien Régime – L'affirmation de la liberté du commerce et de l'industrie doit être étudiée à travers le prisme de l'histoire⁵⁰. Les activités économiques sous l'ancien régime étaient extrêmement réglementées. L'interventionnisme du Régime a fait l'objet de critiques au travers d'hommes politiques et d'économistes⁵¹, principalement par les physiocrates⁵². Ces critiques finirent par alerter le pouvoir royal qui pris deux édits : le premier en 1774, établissait la liberté de circulation relativement au commerce des grains. Le second en février 1776, sous la responsabilité de Turgot devenu ministre de Louis XVI, prévoyait la liberté d'exercer une profession, mais il supprima surtout les corporations. Selon cet édit, « *toutes personnes françaises ou étrangères étaient libres d'embrasser et d'exercer dans tout notre royaume et notamment dans notre bonne ville de Paris, telle espèce de commerce et telle profession d'articles et métiers qui bon leur semblera et même d'en réunir plusieurs* »⁵³. Ce premier pas vers l'avènement de la liberté du commerce et de l'industrie ne dura pas, tombé en disgrâce, son édit fut abrogé et un nouvel édit rétablit les corporations.

255 – Une notion au support des idéaux révolutionnaires – En réaction avec l'Ancien Régime que les révolutionnaires érigeaient la liberté du commerce et de l'industrie

⁴⁸ GUIBAL, M., "Liberté du commerce et de l'industrie," n° 327-1, *Guide juridique Dalloz*, n°5.

⁴⁹ KOVAR, J.-P., "Où en est la liberté du commerce et de l'industrie?," *Droit administratif*, n°12, décembre 2007, étude 18.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ GUIBAL, M., "Commerce et industrie," *Répertoire Droit Commercial Dalloz*, Janvier 2015, n° 6.

⁵² Physiocrates : Quesnay, Mercier de la Rivière, Dupont de Nemours, Turgot.

⁵³ *Ibid.*

en principe⁵⁴. Proclamée par une modeste loi, sa portée libérale et donc révolutionnaire n'était pas moindre. La loi des 2-17 mars 1791, dite « décret d'Allarde » n'instituait pas seulement un nouvel impôt : la patente, mais, de par une formulation générale, reconnaissait la liberté du commerce et de l'industrie en son article 7 selon lequel « à compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telles professions, art ou métier qu'elle trouvera bon, mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix d'après les taux ci-après déterminés et de se conformer aux règlements de police qui seront ou pourront être faits ». Le décret d'Allarde fut complété quelques mois après par la loi des 14-17 juin 1791, loi Le Chapelier, qui supprime les groupements professionnels et les coalitions ; cette dernière préfigure quasiment mot pour mot les textes sur la libre concurrence en prévoyant en son article 4 que « si contre les principes de la liberté et de la Constitution, des citoyens attachés aux mêmes professions, arts et métiers, prenaient des délibérations, faisaient entre eux des conventions tendant à refuser de concert, ou à n'accorder qu'à des prix déterminés le secours de leur industrie ou de leurs travaux, lesdites délibérations (...) sont déclarées inconstitutionnelles et attentatoires à la liberté et à la Déclaration des droits de l'Homme et de nul effet ». Une telle formulation serait aujourd'hui qualifiée de « loi anti-ententes »⁵⁵.

256 – Entre oubli et proclamation – Ainsi reconnue, la liberté du commerce et de l'industrie n'est pas pour autant proclamée, les rédacteurs de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ne l'ayant pas incluse⁵⁶. Pourtant quatre ans après, une Constitution viendra dissiper toute interrogation sur la reconnaissance suprême de la liberté du commerce et de l'industrie. La Constitution du 24 juin 1793, sous l'influence de l'idéologie selon laquelle « il est interdit d'interdire », consacra la liberté du commerce et de l'industrie en son article 7 par lequel « nul genre de travail, de culture, de commerce ne peut être interdit à l'industrie des citoyens ». Puis la Constitution du 5 Fructidor an III (22 août 1795), en son article 355 disposa qu'« il n'y a ni privilège, ni maîtrise, ni jurande, ni limitation à la liberté de la presse, du commerce et à l'industrie et des articles de toutes espèces. Toute loi prohibitive en ce genre, quand les circonstances la rendent nécessaire, est essentiellement provisoire, et n'a d'effet que pendant un an au plus, à moins qu'elle ne soit formellement renouvelée ». Enfin la Constitution de 1848 qui fera coexister la liberté

⁵⁴ KOVAR, J.-P., "Où en est la liberté du commerce et de l'industrie?," *Droit administratif*, n°12, décembre 2007, étude 18.

⁵⁵ RAPP, L., TERNEYRE, P., et SYMCHOWICZ, N., "Lamy droit public des affaires," Lamy, 2015, n°213 à 216.

du commerce et de l'industrie avec la liberté du travail. Mais sous la III^e, IV^e et V^e République, les textes constitutionnels n'ont pas repris explicitement les dispositions antérieures qui consacraient la liberté du commerce et de l'industrie ; faisant resurgir les interrogations sur la place de cette liberté dans notre système politique et juridique.

2. LA PLACE DE LA LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE EN RAISON DE SA NATURE

257 – *Une place incertaine en tant que liberté « autonome »* – Tantôt considérée comme un principe général du droit, tantôt érigée au rang de liberté publique, la liberté du commerce et de l'industrie a sans nul doute une place centrale dans le système juridique français, mais cette place doit encore être précisée⁵⁷. Reconnue comme liberté publique dès 1960⁵⁸, le Conseil d'État se fonde sur l'article 34 de la Constitution, mais aussi sur l'article L. 521-2 du Code de justice administrative pour reconnaître à la liberté d'entreprendre, dont la liberté du commerce et de l'industrie est une composante, une valeur fondamentale⁵⁹.

258 – *Un principe général du droit* – Un principe n'est pas forcément un principe général du droit. En effet, les principes généraux du droit sont de construction prétorienne s'appliquant sans texte, donc en dehors de l'article 34 de la Constitution. La liberté du commerce et de l'industrie a été qualifiée de principe général du droit par le Conseil d'État dans de nombreux arrêts, ainsi que par la doctrine qui se fonde sur plusieurs jurisprudences : l'arrêt « Syndicat général des ingénieurs-conseils »⁶⁰, les arrêts qui traitent à la foi du principe d'égalité et de la liberté du commerce et de l'industrie⁶¹ et enfin, principalement sur l'arrêt du 13 mai 1994, « Président de l'Assemblée Territoriale Polynésie française », selon lequel l'autorité administrative doit « *se conformer aux principes généraux du droit et en particulier au principe de la liberté du commerce et de*

⁵⁶ Sur le débat lié à l'absence d'inscription de la liberté du commerce et de l'industrie à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : voir *Infra* n°259 et s.

⁵⁷ CARCASSONNE, G., "La liberté d'entreprendre : L'entreprise et le droit constitutionnel - Colloque," *Lamy droit des affaires*, n°55, Décembre 2010, p.45 - 3188.

⁵⁸ CE, 28 oct. 1960, n° 48.293, Martial de Laboulaye, Rec. CE, p. 570 ; et 22 juin 1963, n°51.787, Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe, Rec. CE, p. 386 ; et 16 déc. 1988, n° 75.544, Association des pêcheurs aux filets et engins, Garonne, Isle et Dordogne maritimes, Rec. CE 1988, p. 448

⁵⁹ CE, 12 nov. 2001, n° 239840, Commune de Montreuil-Bellay, Rec. CE 2001, p. 551, Dr. adm. 2002, n° 41, note Lombard M. ; voir, Jacquinet N., La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part ?, AJDA 2003, p. 658

⁶⁰ CE, sect, 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs conseils, Rec. CE 1959, p. 394 ; GAJA 2005, n° 78

⁶¹ CE, ass, 19 juin 1964, Sté Pétroles Shell-Berre : Rec. CE 1964, P. 334 ; RD publ. 1964, p. 1019, concl. N. Questiaux ; AJDA 1964, p. 438, note A. de Laubadère

l'industrie »⁶². Pour Monsieur Maillot⁶³, la liberté du commerce et de l'industrie est un principe général du droit, dont la permanence est due au fait que la liberté du commerce et de l'industrie repose sur une croyance et elle est consacrée par le juge qui dès lors en détermine le contenu. Madame Dreyfus⁶⁴, affirme aussi sa position en faveur de la théorie des principes généraux du droit en ce qui concerne la liberté du commerce et de l'industrie. De son point de vu, cette liberté a été intégralement créée par le juge administratif qui a ainsi étendu le champ d'application du décret d'Allarde afin de protéger la liberté du commerce et de l'industrie des actions économiques des collectivités locales.

259 – *La protection accordée à la liberté du commerce et de l'industrie* – La question de la place de la liberté du commerce et de l'industrie est fondamentale, car elle permet de déterminer le niveau de protection accordée à cette liberté. En tant que liberté publique, la liberté du commerce et de l'industrie ne peut être réglementée que par le législateur, soit par une intervention positive, soit en fixant aux autorités administratives le cadre de compétence de ces dernières dans l'intervention sur l'exercice de la liberté du commerce et de l'industrie. Dès lors, toute disposition concernant l'exercice d'une activité économique ne peut être réglementée par un décret ou par un arrêté que si une disposition législative l'a prévu préalablement. Ainsi l'intervention de l'autorité administrative dans la mise en œuvre de la liberté du commerce et de l'industrie ne concernera que les modalités de mise en application de la loi ou ne servira qu'à en préciser le contenu, dans le strict respect de cette dernière. Cet aspect permet de comprendre, par conséquent, les critiques formulées par la doctrine à l'encontre du décret d'application du 26 décembre 2007 sur le droit de préemption des communes qui a étendu le champ d'application de la loi⁶⁵. Contrairement aux libertés publiques qui bénéficient d'une protection par le législateur face à l'intervention de la puissance publique, les principes généraux du droit n'ont pas le même régime. En effet, dans trois cas les actes de la puissance publique seront soumis aux principes généraux du droit : si l'acte administratif met en œuvre une loi, mais dont le lien

⁶² CE, sect., 13 mai 1994, Prés. Ass. Terr. Polynésie française : Juris-Data n° 1994-052438 ; Rec. CE 1994, p. 234 ; AJDA 1994. 499, chron. C. Maugüe et L. Touvet ; RD publ. 1994, p. 1557, concl. P. Scanvic et CE, 9 nov. 1988, terr. Polynésie française : Rec. 1988, p. 406 ; RD publ. 1989, p. 242, concl. Guillaume ; D. 1990, p. 201, note F Llorens et Ph Soler-Couteaux

⁶³ MAILLOT, D., *La Place du principe de la liberté du commerce et de l'industrie en droit administratif français*, Thèse, Paris, 1964.

⁶⁴ DREYFUS, F., *La liberté du commerce et de l'industrie*, Berger-Levrault, 1973.

⁶⁵ BOSGIRAUD, C., "Libres propos relatifs au droit de préemption sur les cessions de fonds de commerce, fonds artisanaux, de baux commerciaux - Préempter pour rétrocéder..." *JCP N*, n° 16,1179, 18 avril 2008, p. 27. voir *Supra* n° 164 et s.

n'est pas précis, en cas de règlement autonome et d'acte législatif. Il est difficile de se prononcer sur la nature de la liberté du commerce et de l'industrie, tant la jurisprudence manque d'uniformité en ce domaine⁶⁶, tout n'est qu'une question d'interprétation. Pourtant sa nature aura une incidence sur sa valeur. Si la liberté du commerce et de l'industrie est une liberté publique, elle aura *de facto* une valeur constitutionnelle. À l'inverse, en tant que principe général du droit, sa valeur est par principe législative, sauf reconnaissance explicite par le Conseil Constitutionnel.

3. LA VALEUR DE LA LIBERTE DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

260 – *Le débat quant à la valeur juridique de la notion* – La question de la valeur juridique a pour vocation de déterminer la place hiérarchique de la notion soumise à cette analyse⁶⁷. Le principe de la hiérarchie des normes est fondamental, car il permet d'établir un ordre de valeur entre les règles régissant un système juridique donné. En ce qui concerne la liberté du commerce et de l'industrie deux thèses s'opposent, la première reconnaît à cette liberté une valeur constitutionnelle, la seconde ne voit en elle, qu'une valeur législative. Ce débat a été relancé en 1982 suite à la décision du Conseil Constitutionnel à propos des nationalisations⁶⁸. Aujourd'hui, la construction juridique d'une Europe libérale donne à la liberté du commerce et de l'industrie une certaine ampleur. Ainsi, le Traité CE qui reconnaît la liberté de circulation des marchandises, des personnes, des services, des capitaux, et la liberté d'entreprise, reconnaît par là même toutes les composantes de la liberté du commerce et de l'industrie. Bien plus, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000, énonce en son article 16 que « *la liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales* ».

261 – *Avant la décision du 16 janvier 1982 du Conseil Constitutionnel* – Avant 1982, certaines thèses défendaient la valeur législative de la liberté du commerce et de l'industrie. Dès lors elle était considérée comme un principe général du droit⁶⁹. Telle était la

⁶⁶ GUIBAL, M., "Commerce et industrie," *Répertoire Droit Commercial* Dalloz, Janvier 2015, n° 6.

⁶⁷ RAPP, L., TERNEYRE, P., et SYMCHOWICZ, N., "Lamy droit public des affaires," Lamy, 2015, n°217 à 220. KOVAR, J.-P., "Où en est la liberté du commerce et de l'industrie?," *Droit administratif*, n°12, décembre 2007, étude 18.

⁶⁸ Décis. Cons. Const. N° 81-132 DC du 16 janvier 1982, AJDA 1982. 202.

⁶⁹ Voir *Supra* n° 257.

théorie défendue par Monsieur Burdeau⁷⁰, selon lequel aucune confusion ne devait être faite entre les principes généraux du droit et les dispositions constitutionnelles. Pour lui, cette distinction était fondée sur la nature précaire des principes généraux du droit en raison de leur fondement prétorien. Dès lors, lorsqu'il est établi un rattachement direct du principe avec la Constitution, le caractère précaire disparaît, le principe général du droit devient liberté publique. Or selon Monsieur Burdeau, le lien entre la liberté du commerce et de l'industrie et la Constitution est discutable, la liberté du commerce et de l'industrie est donc un principe général du droit. De même pour Madame Dreyfus⁷¹, pour qui la liberté du commerce et de l'industrie ne pouvait avoir valeur constitutionnelle, ne figurant pas dans le Préambule de la Constitution et le juge n'interprétant pas les lois en se fondant sur elle. Par conséquent, la liberté du commerce et de l'industrie a une valeur législative. Mais comme le précise Madame Deyfus, la protection uniquement légale du principe ne permet pas son respect par les autorités chargées de mettre en œuvre la politique économique de l'État.

262 – *L'intervention du Conseil Constitutionnel* – Le 16 janvier 1982⁷², le Conseil Constitutionnel a rendu une décision qui a donné au débat un nouvel essor. Trois dispositions étaient visées par le Conseil Constitutionnel au visa de sa décision. L'article 34 de la Constitution de 1958, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, alinéa 9 : « *tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* » et l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 concernant le droit de propriété. Or, la liberté du commerce et de l'industrie n'est pas explicitement visée dans ces dispositions. Pourtant, cette décision est invoquée au fondement des thèses en faveur de la valeur constitutionnelle de la liberté du commerce et de l'industrie. En effet, selon le Conseil Constitutionnel la « *liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre* ». Or, la liberté du commerce et de l'industrie étant une composante de la liberté d'entreprendre, le Conseil Constitutionnel a, par sa

⁷⁰ BURDEAU, G., *Libertés publiques*, LGDJ, 4ème éd., 1972, p. 421 et s.

⁷¹ DREYFUS, F., *La liberté du commerce et de l'industrie*, Berger-Levrault, 1973, p. 236 et s.

⁷² DC Op. Cit.

décision de 1982, reconnu la liberté du commerce et de l'industrie une valeur constitutionnelle⁷³.

263 – *L'impact de la décision sur le débat doctrinal* – La plupart des auteurs ont accueilli favorablement cette décision. Ainsi pour Messieurs Linotte et Romi⁷⁴, il s'agit d'une prise de position dans le choix entre « un système libéral et un système socialiste ». Messieurs Rivero et Delvolvé⁷⁵ soulignent l'intérêt de la reconnaissance de la liberté du commerce et de l'industrie en tant que principe à valeur constitutionnel sur le terrain de sa protection face aux atteintes éventuelles par le législateur. Cette analyse rejoint la conception communautaire de ces principes puisque la liberté d'entreprendre, en droit communautaire, se confond avec la liberté d'exercer une activité professionnelle considérées toutes deux par la CJCE comme des principes généraux du droit communautaire⁷⁶. Pour Monsieur Clamour, la valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre est fondée sur l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, article proclamant de façon générale la liberté individuelle. Or, si la liberté d'entreprendre est une liberté individuelle, elle a donc une valeur constitutionnelle. C'est le sens de la décision du 16 janvier 1982. Le Conseil Constitutionnel prendra clairement position dans une décision du 13 janvier 2000 en affirmant que la liberté d'entreprendre « découle de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 »⁷⁷. Ainsi, cet auteur se positionne pour une conception globale de la liberté d'entreprendre en considérant que le Conseil Constitutionnel n'a pas souhaité exclure la liberté du commerce et de l'industrie en faisant dans ses décisions uniquement référence au principe de liberté d'entreprendre⁷⁸. À l'inverse, Messieurs Quoc Vinh, Franck et Colliard, ont été plus sceptiques, critiquant le mode de raisonnement du Conseil. Pour les premiers⁷⁹, la valeur constitutionnelle de la liberté du commerce et de l'industrie n'est qu'une déduction du juge de par la combinaison de deux autres principes eux-mêmes à valeur constitutionnelle. Pour

⁷³ GUIBAL, M., "Commerce et industrie," *Répertoire Droit Commercial* Dalloz, Janvier 2015 n°41 et s ; MONPION, A., "Le contrôle de l'interventionnisme économique public : l'affaiblissement du principe dommages et intérêts liberté du commerce et de l'industrie ?," *AJDA*, 11 février 2008, p. 232.

⁷⁴ LINOTTE, D., et ROMI, R., *Services publics et droit public économique*, Litec, 4ème éd., 1992, n° 231.

⁷⁵ DELVOLVÉ, P., *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, 1998.n° 86, RIVERO, J., "Ni lu, ni compris?," *AJDA*, 209, 1982.

⁷⁶ CLAMOUR, G., "Libertés professionnelles et liberté d'entreprise " Fasc.1340, *JurisClasseur Libertés*, LexisNexis, 22 juin 2007, n° 38.

⁷⁷ Cons. const., déc. N° 99-423 DC, 13 janv. 2000 : Rec. Cons. const. 2000, p.33

⁷⁸ CLAMOUR, G., "Libertés professionnelles et liberté d'entreprise " Fasc.1340, *JurisClasseur Libertés*, LexisNexis, 22 juin 2007, n° 36 et 37

⁷⁹ N. Quoc Vinh, C. Franck, note sous Décis. Cons. const. n° 81-132 DC du 16 janv. 1982 et n° 82-139 DC du 11 févr. 1982, JCP 1982. II. 19788

Monsieur Colliard⁸⁰, il s'agit d'un artifice autour d'une liberté générale et abstraite dont le contenu n'est pas précisé, la liberté du commerce et de l'industrie en devient d'autant plus fragile. Quant à Monsieur Savy, il fut le plus critique, estimant que le Conseil Constitutionnel aurait eu une attitude ambiguë, en faisant prévaloir l'esprit sur le texte pour reconnaître la liberté d'entreprendre et dans le même temps en affirmant le quasi-absolutisme du droit de propriété par référence à la lettre du texte oubliant l'esprit qui animait le constituant⁸¹. Selon Monsieur Savy, le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 16 janvier 1982 a dépassé sa fonction en donnant un contenu trop large au principe de liberté d'entreprendre, il s'est alors fait constituant⁸². Ainsi, la thèse de la valeur législative du principe de la liberté du commerce et de l'industrie persiste malgré la décision du Conseil Constitutionnel de 1982, Monsieur Kdhir soutenant cette thèse parlera d'une valeur infraconstitutionnelle, mais supraréglementaire, soit législative, puisqu'il existe des limitations à l'application du principe de liberté du commerce et de l'industrie. Au-delà de l'ambiguïté du terme de « liberté du commerce et de l'industrie » dont l'extension à la notion de liberté d'entreprendre reste toujours discutable puisque le droit reste une science du mot, la valeur constitutionnelle de cette liberté sera retenue. Dès lors, son contenu doit être envisagé.

B) LE CONTENU DE LA LIBERTE DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

264 – La liberté du commerce et de l'industrie comme composante de la liberté d'entreprendre, un parti pris – Le contenu de la liberté du commerce et de l'industrie suscite débat⁸³. Ainsi, pour certains⁸⁴, la liberté du commerce et de l'industrie est composée d'une part, de la liberté d'entreprendre et d'autre part, de la liberté de concurrencer⁸⁵. Pour d'autres⁸⁶, la liberté d'entreprendre englobe la liberté professionnelle dont est la liberté du

⁸⁰ COLLIARD, C.-A., *Libertés publiques*, Précis Dalloz, 6ème éd., 1982, p. 848 et s.

⁸¹ Cité dans MESTRE, J.-L., "Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété," *Recueil Dalloz, Chron. I*, 1984.

⁸² Cité par GUIBAL, M., "Commerce et industrie," *Répertoire Droit Commercial Dalloz*, Janvier 2015, n° 51.

⁸³ Voir *Supra* n° 247 et 248.

⁸⁴ DELVOLVE, P., *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, 1998, n° 61 ; GUIBAL, M., "Liberté du commerce et de l'industrie," n° 327-1, *Guide juridique Dalloz*, n° 327-1 ; SESTIER, J.-F., "L'intervention des collectivités locales entre liberté du commerce et de l'industrie et libre et égale concurrence," *Les collectivités locales : Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Economica, 2003, p.400; KDHIR, M., "Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ?," *Recueil Dalloz, Chronique*, 1994, p.30.

⁸⁵ KOVAR, J.-P., "Où en est la liberté du commerce et de l'industrie?," *Droit administratif*, n°12, décembre 2007, étude 18.

⁸⁶ DELVOLVE, P., *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, 1998, p. 105 et ss, MORENO, D., *Commerce et urbanisme : entre liberté et régulation*, La documentation française, 2008, p.9, RAPP, L., TERNEYRE, P., et SYMCHOWICZ, N., "Lamy droit public des affaires," Lamy, 2015, n° 221 et s.

commerce et de l'industrie⁸⁷ et la liberté de concurrencer⁸⁸. Il sera ainsi soutenu que le contenu de la liberté du commerce et de l'industrie est incertain⁸⁹. Pour autant, l'approche dialectique du contenu de la liberté du commerce et de l'industrie sera le choix de cette analyse, de telle sorte que l'élection entre l'une ou l'autre des deux approches influencera indéniablement l'exposé sur le contenu de la liberté du commerce et de l'industrie. L'analyse retiendra que la liberté d'entreprendre est fondatrice, de telle sorte que la liberté du commerce et de l'industrie et la liberté de concurrencer n'en sont que ses composantes⁹⁰. Il s'agira dès lors de les distinguer, de telle sorte que la libre concurrence ne sera pas envisagée comme étant un élément subordonné à la liberté du commerce et de l'industrie, mais comme un droit autonome⁹¹.

265 – La liberté d'exercice et la liberté d'établissement et d'installation – Tout d'abord, la liberté du commerce et de l'industrie correspond à la liberté d'établissement ou d'installation. Celle-ci recouvre la possibilité d'exercer toute activité, le Conseil d'État⁹² parle de « *libre accès à l'exercice par les citoyens de toute activité professionnelle n'ayant fait l'objet d'aucune limitation légale* ». la liberté d'exercice se distingue de la liberté d'exercer ou d'exploiter. En effet, la liberté d'exercice intervient alors que l'activité est créée, elle aura ainsi un aspect plus concret en ouvrant droit au commerçant ou industriel de gérer son affaire comme il le souhaite. À l'inverse de la liberté d'établissement, pouvant être soumise à autorisation, la liberté d'exercice ne peut supporter aucune restriction sans qu'il soit considéré une atteinte particulièrement grave à cette liberté en raison de l'ingérence des pouvoirs publics dans la sphère commerciale⁹³.

⁸⁷ Selon Pierre Delvolvé, la liberté professionnelle et la liberté du commerce et de l'industrie recouvre la même liberté, la première couvrant toutes les activités économiques et toutes ses modalités, l'autre ne portant que sur le secteur du commerce et l'industrie : DELVOLVÉ, P., *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, 1998, n° 90

⁸⁸ RAPP, L., TERNEYRE, P., et SYMCHOWICZ, N., "Lamy droit public des affaires," Lamy, 2015, n°221 à226.

⁸⁹ SESTIER, J.-F., "L'intervention des collectivités locales entre liberté du commerce et de l'industrie et libre et égale concurrence," *Les collectivités locales : Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Economica, 2003, p.400.

⁹⁰ Contraire à PEDAMON, M., et KENFACK, H., *Droit commercial - Commerçants et fonds de commerce - Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 4ème éd., 2015, n°479 ; Voir *Supra* n° 247 et 248.

⁹¹ Voir *Infra* n° 266 et s.

⁹² CE, Ass. 22 juin 1963, Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe, Rec. 386 ; A.J.D.A. 1963. 460, chr. Gentot et Fourré ; Ass. 16 déc. 1988, Association des pêcheurs aux filets et engins, Garonne, Isle et Dordogne maritimes, Rec. 448 ; RD publ. 1989. 521, concl. E. Guillaume ; A.J.D.A. 1989. 82, chron. Azibert et Boisdeffre ; D. 1990, 201, note Llorens et Soler-Couteaux.

⁹³ RAPP, L., TERNEYRE, P., et SYMCHOWICZ, N., "Lamy droit public des affaires," Lamy, 2015, n°222.

266 – **La liberté contractuelle** – L'insertion de la liberté contractuelle dans la liberté du commerce et de l'industrie est une prise de position à l'égard de l'affirmation de l'autonomie de la liberté contractuelle⁹⁴. Les ramifications entre deux notions sont courantes dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel dont la capacité de création n'est plus à démontrer. Le lien effectué par le Conseil Constitutionnel entre liberté du commerce et de l'industrie et liberté contractuelle s'explique par l'angle choisi par les requérants dans les décisions. Le contrat est alors envisagé comme un outil social et économique permettant au Conseil de rattacher les atteintes au contrat à la liberté du commerce et de l'industrie et au droit de propriété. La liberté contractuelle peut se définir de trois façons, tout d'abord, la liberté contractuelle est celle reconnue aux individus de créer du droit par leur seule volonté. Ensuite, du point de vue du droit des obligations, la liberté contractuelle est la capacité des individus de contracter, de ne pas contracter et de choisir leur cocontractant. Enfin, au regard du droit des libertés fondamentales, la notion de « contrat » s'efface devant la notion de « liberté » et face aux interrogations relatives au niveau hiérarchique de protection, de l'étendue des bénéficiaires et de la nature des limitations. La liberté contractuelle sera analysée sous cet angle. Ainsi, si la liberté du commerce et de l'industrie a été reconnue par le Conseil Constitutionnel comme un principe à valeur constitutionnelle, la liberté contractuelle étant une de ses composantes devrait avoir la même valeur. Ce raisonnement a été repris par le Haut Conseil, mais il implique de considérer que la liberté contractuelle n'a pas de reconnaissance autonome. La question de la valeur de la liberté contractuelle se pose depuis les années 90 avec trois décisions⁹⁵ du Conseil par lesquelles les Sages ont refusé de reconnaître à la liberté contractuelle la moindre valeur constitutionnelle avant de revenir sur cette position en 2000⁹⁶. La « saga » entre les années 90 et 2000 commença par une décision du 3 août 1994. Le Conseil Constitutionnel s'est alors penché sur une loi modifiant le Code de la sécurité sociale concernant le mécanisme de retraite complémentaire. Les requérants ont soulevé la méconnaissance de « *la liberté contractuelle des partenaires sociaux* ». Le Conseil Constitutionnel va alors écarter l'argument en considérant « *qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle* ». En 1996⁹⁷, le Conseil

⁹⁴ MOLFESSIS, N., "Le contrat : L'entreprise et le droit constitutionnel - Colloque," *Lamy droit des affaires*, n° 55, Décembre 2010, p. 47 - 3189.

⁹⁵ Cons. const. 3 août 1994, déc. N°94-348 DC : Rec. Jurispr. Const. 1994, p. 117 ; Cons. const. 20 mars 1997, déc. N° 97-388 DC : Rec. Jurispr. Const. 1997, p.31.

⁹⁶ Cons. const., 19 déc. 2000, déc. N° 2000-437 DC : Rec. Jurispr. const. 2000, p. 176.

⁹⁷ Cons. const., 9 avr. 1996, déc. n° 96-375 DC : Rec. jurispr. const. 1996, p. 60.

a affirmé que « *le fait que de telles modifications entraînent des conséquences sur des conventions en cours n'est pas en lui-même de nature à entraîner une inconstitutionnalité* ». Puis en 1997, le Conseil Constitutionnel a affirmé que « *le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle* ». Il serait possible alors de croire en la « fin » de la saga avec la mort de l'actrice principale : la liberté contractuelle, dont la seule valeur serait législative. Dès lors, dénuée de la protection suprême, la liberté contractuelle n'a de « liberté » que le terme puisqu'en effet, le législateur pourra à loisir et sans méconnaître la Constitution, modifier des contrats en cours, faire appliquer une réglementation rétroactive si l'intérêt général l'impose, prévoir des cas d'obligation de contracter ou limiter le choix des contractants, subordonner la faculté de contracter à l'obtention d'une autorisation administrative...⁹⁸ Mais les scénaristes ont repris la saga avec une nouvelle saison à suspens. En effet, en 1998, le Conseil va ouvrir une nouvelle voie en encadrant l'action du législateur qui ne saurait dès lors porter atteinte « *à l'économie des conventions et des contrats légalement conclus [sans méconnaître manifestement] la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789* »⁹⁹. Enfin, la décision du 19 décembre 2000 va permettre la reconnaissance explicite de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle. Le Conseil Constitutionnel considérant que « *n'apporte pas à la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen une atteinte contraire à la Constitution* ». La « saga » ne peut s'arrêter là sans qu'au dernier épisode reste une pointe de suspens, pouvant laisser croire à une nouvelle saison ! En effet, qu'en est-il de la conventionalité de la liberté contractuelle ? Monsieur de Béchillon¹⁰⁰ envisage la question. Pour lui, il n'existe que des indices de cette liberté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit au respect de l'autonomie individuelle, dans le droit au respect des biens envisagé dans l'article 1^{er} du 1^{er} Protocole additionnel, puisque ce droit implique celui de disposer de ses biens, le contrat et la liberté de contracter sont visés. Le dernier indice résulte de la jurisprudence sur la liberté d'association et de la reconnaissance de droits fondamentaux au bénéfice des personnes morales. Mais le doute sur le « *caractère authentiquement constitutionnel* »¹⁰¹ de cette

⁹⁸ TERNEYRE, P., "La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental?," *AJDA*, 1998, p. 667.

⁹⁹ Cons. const., 10 juin 1998, déc. n° 98-401 DC : Rec. jurisp. const. 1998, p. 258.

¹⁰⁰ DE BECHILLON, D., "Le principe de la liberté contractuelle dans la convention européenne des droits de l'homme," *mélange en l'honneur de Daniel Labertoulle*, Dalloz, 2007, p. 53.

¹⁰¹ MODERNE, F., "La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle?," *RFDA*, janvier-février 2006, p. 2.

liberté persiste. En effet, la décision de 2000 se fonde sur l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, s'appuyant sur le même raisonnement que pour la liberté d'entreprendre. D'aucuns¹⁰² y verront une hésitation quant à la reconnaissance autonome de cette liberté. Le recours à l'article 4 de la Déclaration de 1789 est en effet considéré par certains auteurs comme un « stratagème » du Conseil Constitutionnel afin d'officialiser une liberté, telle que la liberté d'entreprendre. Certains¹⁰³ apportent une réponse au caractère de la liberté contractuelle. Le raisonnement se base sur une conception dialectique de l'évolution jurisprudentielle de la liberté contractuelle, en considérant que la lecture linéaire de la jurisprudence du Conseil peut être trompeuse. En effet, il apparaît intéressant d'envisager les décisions de 1998 et de 2000 en parallèle. Il s'agit ainsi, de deux contentieux distincts, la décision de 1998 se rapportant à l'exécution des contrats, concernant donc les contrats en cours, et la décision de 2000 s'appliquant aux contentieux relatifs à la formation des contrats.

Demeurent tout de même des questions. Ainsi, comment vont s'articuler les rapports entre la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle ? La violation de la liberté contractuelle peut-elle être soulevée à titre principal ou comme modalité d'exercice de la liberté d'entreprendre ? Mais la confrontation de la liberté d'entreprendre avec la liberté contractuelle est une vision héritée de l'enseignement des droits et libertés publiques dont l'objectif est de répondre aux contradictions possibles entre plusieurs libertés, telles que la liberté du travail et le droit de grève par exemple. Pour autant, une vision commercialiste et privatiste permettrait de « réconcilier » les deux libertés considérées. En effet, la liberté d'entreprendre ne peut exister sans la liberté contractuelle ; puisque la liberté d'entreprendre correspond notamment à la liberté d'exercices et donc de gestion de l'entreprise et à la liberté de créer n'importe quelle activité, il faut de façon pragmatique comprendre qu'en filigrane de ces libertés le contrat et donc la liberté contractuelle. Cette dernière est bien une composante efficiente de la liberté d'entreprendre.

PARAGRAPHE 2 : LA LIBRE CONCURRENCE

267 – *La défense extensive de l'économie* – Le droit de préemption permet la substitution d'acquéreur, le cocontractant sera différent de celui choisi par le vendeur. Ce cocontractant est alors imposé par la loi. Dans le cadre du droit de préemption des

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ GAHDOUN, P.-Y., "Liberté contractuelle," Fasc.1350, *JurisClasseur Libertés*, LexisNexis, 31 décembre 2008, n° 15 et 16

communes, la substitution fait intervenir au contrat, de nature privé, une personne morale de droit public. L'intervention de la commune ou de ses délégataires à l'aliénation à titre onéreux d'un fonds ou d'un bail commercial peut-elle fausser le libre jeu de la concurrence ? Les règles de la concurrence s'appliquent aux personnes publiques¹⁰⁴ comme le prévoit l'article L. 410-1 du Code de commerce, selon lequel « *les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques [...]* ». La question des opérateurs économiques impactés par les règles de la concurrence est fondamentale. Or, face à la construction européenne du droit de la concurrence, protégeant les entreprises en tant qu'entité ayant une activité économique au sein du marché des États membres, il sera nécessaire de définir les acteurs soumis au droit de la concurrence selon l'ensemble des règles internes et européennes (A). De nombreuses règles définissent et encadrent les atteintes à ce droit. En ce qui concerne le contenu du droit à la libre concurrence, il peut s'envisager à partir des pratiques et comportements portant atteinte à celui-ci. Il s'agit alors, par l'étude de ces comportements, de rechercher l'impacte du droit de préemption sur la libre concurrence (B).

A) L'EXPANSIONNISME DU DROIT DE LA CONCURRENCE

268 – *Le rôle du droit communautaire dans l'application large du droit de la concurrence* – La libre concurrence est envisagée comme un système juridique de protection des acteurs de la vie économique. Cette protection est un rempart contre toutes perturbations du libre jeu du commerce pris dans son sens libéral. Il s'agit en effet de la libre compétition des entreprises¹⁰⁵ dans un système économique basé sur l'offre et la demande libre et non faussée. Reconnues en droit interne, les règles de la libre concurrence se développent principalement sous l'influence du droit communautaire (1). Cette conception libérale du droit de la concurrence présuppose l'interdiction de l'intervention des personnes publiques sur le marché privé économique, mais la vision aujourd'hui proposée par les juridictions internes comme communautaires de cette liberté est extensionniste (2).

I. LES FONDEMENTS JURIDIQUES DU DROIT DE LA CONCURRENCE

¹⁰⁴ KOVAR, J.-P., "Où en est la liberté du commerce et de l'industrie?," *Droit administratif*, n°12, décembre 2007, étude 18.

¹⁰⁵ GRABOY-GROBESCO, A., *Droit de l'urbanisme commercial* LGDJ, 1995.

269 – *La libre concurrence en droit interne* – D'abord envisagé en parallèle à la liberté du commerce et de l'industrie, en tant que dimension économique de cette liberté, le droit de la libre concurrence s'est construit progressivement en droit interne. Au XIX^e siècle, l'ancien Code pénal réprimait les actes de coalitions et de spéculations visant à « *se procurer un gain qui ne serait pas le résultat du jeu naturel de l'offre et de la demande* »¹⁰⁶, cette disposition est à l'origine de l'interdiction du refus de vente. En parallèle, les tribunaux civils se fondaient sur les règles de la responsabilité civile délictuelle pour condamner les pratiques déloyales affectant le commerce. Ainsi naissait la théorie de la concurrence déloyale recouvrant notamment les cas de dénigrement ou de parasitismes. Mais suite aux deux Guerres mondiales, l'intervention de l'État dans les secteurs économiques et industriels devenait nécessaire. Pendant cette période les services publics se sont développés, l'action de l'État passait notamment par des nationalisations, outre-Atlantique les lois antitrust se sont multipliées. Cet interventionnisme n'empêcha pas pour autant le développement d'une législation interdisant les pratiques affectant l'appareil commercial. Cette ambiguïté se révèle dans l'ordonnance du 30 juin 1945 instaurant une réglementation contraignante en matière de fixation des prix ; des réformes ont par la suite abandonné la fixation autoritaire des prix en mettant plus en avant une politique de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, mais celle-ci reste de la compétence du ministre de l'Économie. L'ordonnance de 1945 sera abrogée par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. Les dispositions de l'ordonnance ont été codifiées aux titres II et III du livre IV du Code de commerce, et concerne la prohibition des comportements anticoncurrentiels d'ententes (article L. 420-1) l'abus de position dominante (article L. 420-2) le contrôle des concentrations (article L. 430-1 à L. 430-10). De plus, un Conseil de la concurrence a été créé. Cette nouveauté avait pour but de mettre fin au dirigisme étatique dans la matière. Le Conseil de la concurrence est aujourd'hui¹⁰⁷ remplacé par l'Autorité de la concurrence. Malgré la réforme de 1986, l'interventionnisme de l'État est toujours présent dans le secteur du commerce. Les règles du droit de la concurrence se sont précisées avec l'intégration des règles de droit communautaire. L'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 a ainsi intégré des dispositions du droit communautaire en ce qui concerne la nécessaire convergence de compétence et de pouvoir

¹⁰⁶ Article 419 du Code pénal introduit en 1810 modifié en 1926 et abrogé par l'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986.

¹⁰⁷ Depuis la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, n° 2008-776.

entre les institutions garantes du droit de la concurrence au niveau européen et au niveau d'États membres¹⁰⁸.

270 – *L'affirmation de la libre concurrence par le droit européen* – La création d'un espace de libre échange dans une zone économique regroupant plusieurs pays incite à la conceptualisation de notions « souveraines » ; ainsi, la liberté de circulation des marchandises, des capitaux, des personnes et services ne s'envisage que dans un marché protégé par un droit supérieur qu'est la libre concurrence. Aussi, l'Union européenne est vectrice de l'établissement du droit de la concurrence. La libre concurrence se fonde au niveau du droit européen sur trois textes fondamentaux, tout d'abord, le Traité de Rome¹⁰⁹, traité fondateur de la Communauté économique européenne, modifiée successivement par le Traité de Maastricht¹¹⁰ puis le Traité d'Amsterdam¹¹¹ ; ensuite, le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 portant sur le « fonctionnement de l'Union » (TFUE) reconnaissant la valeur contraignante de la Charte des Droits fondamentaux et permettant l'adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Enfin, le droit de la concurrence s'est vu reconnaître une place centrale dans l'accord sur l'Espace économique européen (EEE) du 2 mai 1992 soumettant les États signataires aux mêmes règles de la concurrence basées sur le principe d'un marché libre impliquant la libre circulation des marchandises, des capitaux, des personnes et services.

2. L'APPLICATION EXTENSIVE DU DROIT DE LA CONCURRENCE

271 – *Un droit protecteur des entreprises* – Les règles de la concurrence s'appliquent à toute « entreprise » or, cette notion n'est pas une notion juridique ; mais économique. Pourtant, le droit communautaire de la concurrence, aux articles 101 et 102 TFUE ou au règlement n° 139/200, conditionne l'exercice de ce droit à l'existence d'un comportement émanant d'une entreprise¹¹². L'approche de cette notion est donc jurisprudentielle, ainsi, sous l'impulsion de la jurisprudence communautaire, le Protocole 21 de l'accord sur l'EEE ébauche une définition à l'article 1^{er}, selon lequel, « *on entend par entreprise toute entité exerçant des activités de nature économique* ». Mais cette définition ne peut suffire à l'appréhension de la notion d'entreprise. La jurisprudence communautaire

¹⁰⁸ PICARD, M., "Concurrence," *Répertoire contrat administratif*, Dalloz, avril 2005.

¹⁰⁹ Signé le 25 mars 1957, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958.

¹¹⁰ Traité de Maastricht du 7 février 1992.

¹¹¹ Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997.

¹¹² LEGEAIS, D., *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 22^{ème} éd., 2015, n°633.

rappelle ainsi régulièrement les critères qu'elle retient pour appréhender la notion qui « *comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement, et constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné* »¹¹³. Ainsi, certains aspects n'ont aucune incidence sur la notion, c'est le cas de la structure juridique et de l'existence d'une personnalité juridique, ainsi, une personne physique ou morale, une société ou une association peuvent être qualifiées d'entreprises. Il en va de même pour l'existence d'un périmètre structurel ou juridique de l'activité concernée, ainsi une filiale seule peut être qualifiée d'entreprise. Enfin, la nature de l'activité est sans incidence sur la notion, dès lors, les entreprises publiques sont soumises aux règles de la concurrence. L'article 106 §1 du TFUE précise même que les entreprises publiques n'ont aucun régime dérogatoire¹¹⁴, ainsi les États membres ne peuvent mettre en place des règles contraires aux règles de la concurrence. Pour autant, l'objet de leur activité et la nature de celle-ci nécessitent une prise en charge particulière en raison de l'intérêt général économique¹¹⁵.

Les critères pertinents concernent d'une part l'autonomie de l'entité et d'autre part l'exercice d'une activité économique sur le marché. L'entreprise doit avoir une autonomie, c'est-à-dire une liberté dans ses choix. Ce critère interroge lorsqu'on est en présence de structure verticale, soit territorialement (structure nationale et structure locale), soit fonctionnellement (franchise, sous-traitant). Ainsi ce que retient principalement la jurisprudence dans ces hypothèses c'est l'existence d'un risque commercial, entendu comme étant l'autonomie de comportement vis-à-vis de la clientèle et des contrats commerciaux négociés. La structure locale par exemple devra être capable de définir seule ses orientations commerciales, financières et techniques, sans délégation de pouvoir. Dès lors, l'entreprise, entité autonome, devra être acteur sur le marché économique, cela implique que l'entreprise offre des biens et des services sur le marché. L'arrêt Höfner du 23 avril 1991 a précisé le critère d'offre sur le marché : « *dès lors que l'organisme en cause propose ses produits ou ses services en répondant à une demande, et donc en étant en situation de concurrence réelle ou théorique avec d'autres entreprises, il est une*

¹¹³ TPICE 12 déc. 2000, Aéroports de Paris, aff. T-128/98, Europe 2001, n°62, obs. L. Idot ; CJCE 15 nov. 1995, FFSA, aff. C-244/94, Rec. 4013 ; CJCE 23 avr. 1991, Höfner, aff. C-41/90, Rec. 1979.

¹¹⁴ MAINGUY, D., et DEPINCE, M., *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 2015, n°225 et s.

¹¹⁵ Article 106 §2 du TFUE.

entreprise¹¹⁶». Ce critère ne signifie pas que les autorités de la concurrence contrôlent le choix des cocontractants, mais les circonstances amenant au choix peuvent faire l'objet d'un contrôle. Ainsi, en matière de service public le choix dans la délégation du service public ne relève pas de la compétence de l'Autorité de la Concurrence. Pour autant, le comportement de l'entreprise candidate relèvera des règles de la concurrence¹¹⁷. Or, le fonds de commerce, fonds artisanal ou le droit au bail commercial seront des supports juridiques à l'entreprise, les règles de la concurrence s'appliquent alors, notamment au moment de la rétrocession.

272 – L'affectation du marché entre États membres – Les règles communautaires du droit de la libre concurrence s'appliquent à un marché entre États membres. La notion de marché « pertinent » se fonde sur une conception plus économique que juridique. Elle correspond à un mécanisme permettant la rencontre de l'offre et de la demande de biens ou de services substituables¹¹⁸. Le marché doit ainsi être délimité, cette opération ne s'envisage pas de la même façon selon qu'il s'agisse de la mise en œuvre de l'article 101 du TFUE, qui ne s'attache qu'au critère de restriction de la concurrence, ou de l'article 102 du TFUE, qui focalise plus l'attention sur la détermination d'un marché. Les autorités de la concurrence s'accordent aujourd'hui dans une approche plus globale du marché en considérant le « pouvoir du marché »¹¹⁹ pouvant altérer les structures de la concurrence¹²⁰. Il s'agira de déterminer un marché dit « pertinent » portant sur des produits qualifiés de substituables¹²¹. Plusieurs indices sont retenus par la jurisprudence communautaire telle que le prix moyen, le coût de transport, les caractéristiques techniques du produit (impliquant par exemple l'affectation d'un marché spécifique), les conditions d'utilisation, les modes de commercialisation et/ou les caractéristiques des réseaux de distribution, la nature de la demande (marché grand public ou professionnel, marché en aval

¹¹⁶ GAVALDA, C., PARLEANI, G., et LECOURT, B., *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 7ème éd., 2015, n°475.

¹¹⁷ MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit de la concurrence interne et européen*, Dalloz- coll. Sirey Université, 6ème éd., 2014, n°132 à 155.

¹¹⁸ GAVALDA, C., PARLEANI, G., et LECOURT, B., *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 7ème éd., 2015, n°476; MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit de la concurrence interne et européen*, Dalloz- coll. Sirey Université, 6ème éd., 2014, n°156 à 159.; PICARD, M., "Concurrence," *Répertoire contrat administratif*, Dalloz, avril 2005.

¹¹⁹ MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit de la concurrence interne et européen*, Dalloz- coll. Sirey Université, 6ème éd., 2014, n°163 : Pouvoir de marché : « capacité de pratiquer pendant une durée significative des prix supérieurs au niveau qui résulterait du jeu de la concurrence ou de maintenir pendant une durée significative la production en termes de qualité, quantité, diversité des produits ou en terme d'innovation à un niveau inférieur à celui qui résulterait du jeu normal de la concurrence ».

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ MAINGUY, D., et DEPINCE, M., *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 2015.n°249 et s.

ou en amont) et le comportement psychosociologique du consommateur¹²². D'un point de vue géographique, le marché pertinent est envisagé de façon commune par le droit interne et le droit communautaire. Ainsi, il peut s'agir de l'affectation de plusieurs États membres comme d'un seul État dans l'hypothèse où la concurrence est homogène et que cet État a des spécificités nationales ; ce marché peut être dès lors national, régional ou local. Le coût du transport va être un critère déterminant de la géographie du marché, de même en ce qui concerne la réglementation relative à la commercialisation de produits spécifiques ; Ainsi, une réglementation peut compartimenter un marché qui n'affectera pas l'ensemble des États membres, mais le marché compartimenté. Le droit de préemption des communes prévoyant des zones géographiques de préemption, compartimente le marché au niveau local. Le marché ainsi délimité doit être affecté, il faut pour cela une pratique anticoncurrentielle causant une restriction au libre jeu de la concurrence. La structure de la concurrence doit être atteinte au niveau européen, c'est le marché commun qui est donc pris en compte dans cette analyse, il suffit que le comportement ait des répercussions dans les échanges entre États membres pour que le marché commun soit affecté¹²³.

273 – *Un droit opposable à l'État* – Traditionnellement, le droit de la libre concurrence s'impose à l'État par un cloisonnement entre le secteur public et le secteur privé, dès lors il est exclu pour toute personne publique de « *fausser les règles par sa participation directe* »¹²⁴. Le principe est donc celui de la non-concurrence entre ces deux secteurs, l'activité économique exercée par une entreprise privée ne doit pas être concurrencée par la personne publique. Ce principe fonde l'analyse des conséquences de la préemption sur les biens commerciaux et artisanaux. Mais ce principe d'interdiction aux personnes publiques de limiter le jeu de la concurrence ne doit pas être compris comme interdisant à l'État « *d'entrer dans le jeu de la concurrence* »¹²⁵. En effet, comme le précise Monsieur Guibal, « *C'est donc bien le principe d'égalité de concurrence entre acteurs publics et privés opérant sur un même marché qui est à prendre en considération, davantage que la libre concurrence* »¹²⁶. Ainsi les collectivités locales peuvent exercer une activité économique, mais sous condition. L'activité économique dépend donc d'une autorisation

¹²² MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit de la concurrence interne et européen*, Dalloz- coll. Sirey Université, 6ème éd., 2014, n°167 à 170.

¹²³ *Op. Cit.* n°171 à 173.

¹²⁴ CE 6 mars 1914, Syndicat de la boucherie, Rec. CE 1914.308.

¹²⁵ SESTIER, J.-F., "L'intervention des collectivités locales entre liberté du commerce et de l'industrie et libre et égale concurrence," *Les collectivités locales : Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Economica, 2003, p.400.p.406.

¹²⁶ GUIBAL, M., "Commerce et industrie," *Répertoire Droit Commercial* Dalloz, Janvier 201, .n°78.

légale expresse visant une activité industrielle ou commerciale répondant aux besoins de la population c'est-à-dire relevant d'un service justifié par un intérêt public. Cet intérêt public se justifie notamment en raison de la carence de l'initiative privée¹²⁷, si l'activité se rattache à des attributions légales de la collectivité, ou pour répondre, par ses propres moyens, à ses besoins, ou enfin pour permettre d'assurer l'équilibre financier de la régie ou pour améliorer les prestations fournies aux usagers¹²⁸. Ces critères ont été précisés par la jurisprudence. Le Conseil d'État dans un arrêt du 31 mai 2006¹²⁹ distingue deux situations, soit, l'activité relève de l'accomplissement d'une mission de service public et les règles de la concurrence sont inopérantes ; soit il s'agit d'un autre intérêt public et dès lors, le droit de la concurrence n'autorise l'intervention de la personne publique qu'à la double condition, de compétence (réglementation spécifique et carence de l'initiative privée) et d'existence d'un intérêt public. Pour autant, l'exercice de l'activité, c'est-à-dire les modalités de l'intervention doivent être conformes aux règles de la concurrence. Mais ces critères évoluent, l'arrêt du Conseil d'État, Département de la Corrèze du 3 mars 2010¹³⁰ affirme que le critère de la carence de l'initiative privée n'est plus requis¹³¹, seule la preuve d'un intérêt public rattaché à la satisfaction des besoins de la population doit être rapportée pour que soit justifiée l'intervention de la personne publique. En rapprochant cette analyse au droit de préemption des similitudes de critères apparaissent. Le commerce de « proximité » peut en effet être défini à partir des besoins de la population, notamment si la définition se précise en fonction des activités artisanales. Il existe une évolution dans le principe de non concurrence, l'interdiction de concurrencer s'est muée en une interdiction de fausser le libre jeu de la concurrence. Cela amène à considérer ce principe non pas comme celui de la non-concurrence, mais comme un principe d'égalité concurrence¹³². Cette position est en cohérence avec le droit communautaire qui se cantonne à un principe de neutralité, « *le traité ne préjuge en rien le régime de propriété dans les États membres* »¹³³. Dès lors, le droit de la concurrence au niveau communautaire comme en droit interne, ne

¹²⁷ CE, Ass, 31 mai 2006, Ordres des avocats au barreau de Paris, AJDA 2006. 1592.

¹²⁸ MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit de la concurrence interne et européen*, Dalloz- coll. Sirey Université, 6ème éd., 2014, n°93.

¹²⁹ CE, Ass, 31 mai 2006, Ordres des avocats au barreau de Paris, AJDA 2006. 1592.

¹³⁰ CE, 3 mars 2010, n°306911, Département de la Corrèze, concl. N. Boulouis, AJDA 2010, p.957, comm. G. Clamour : RLC 2010/24 et P. Idoux : JCP A 2010, n°2203.

¹³¹ COLSON, J.-P., et IDOUX, P., *Droit public économique*, LGDJ, 7ème éd., 2014, n°193.

¹³² MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit de la concurrence interne et européen*, Dalloz- coll. Sirey Université, 6ème éd., 2014, n°94 SESTIER, J.-F., "L'intervention des collectivités locales entre liberté du commerce et de l'industrie et libre et égale concurrence," *Les collectivités locales : Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Economica, 2003, p.400.p.407.

¹³³ Article 106 TFUE (ancien article 86 du Traité CE).

prend pas en compte la personne juridique, mais l'activité exercée afin de lui appliquer les règles de la concurrence¹³⁴. Les activités régaliennes, les actes de dévolution d'un service public ou le choix d'un prestataire de services, et de toute décision mettant en jeu des prérogatives de puissances publiques¹³⁵ ne sont pas encadrés par ces règles.

B) LE CONTENU DU DROIT DE LA CONCURRENCE

274 – *Les excès de la concurrence* – La concurrence peut être envisagée sous plusieurs aspects, elle est « *la rivalité entre plusieurs personnes dans l'exercice d'une activité portant sur un même objet* »¹³⁶, il s'agit alors de « *la confrontation entre entreprises dont chacune cherche à augmenter ses parts de marché le plus souvent au détriment des autres* »¹³⁷. La concurrence en tant que liberté peut donc devenir une contrainte, et les acteurs économiques seront tentés de dépasser les règles de la concurrence pour s'en échapper. Les règles visant à protéger le droit à la concurrence préviennent donc ce type de comportement en sanctionnant les excès afin de préserver l'égalité des conditions¹³⁸. Le comportement de la commune, des candidats à la rétrocession, ou même des autres commerçants exerçant dans la zone de préemption, pourra fausser le libre jeu de la concurrence. Les comportements incriminés sont définis par le droit interne et européen, il pourra s'agir d'ententes (1), d'abus de position dominante (2), de pratiques restrictives (3). Par ailleurs, l'intervention de la commune dans le contrat visant à aliéner à titre onéreux un bien commercial ou artisanal, est un soutien à l'économie nécessitant d'envisager les règles encadrant les aides de l'État (4).

1. LES ENTENTES

275 – *Les fondements* – L'entente est définie par le droit communautaire et par le droit interne. Au niveau communautaire, l'article 101 du TFUE prohibe « *tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques*

¹³⁴ MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit de la concurrence interne et européen*, Dalloz- coll. Sirey Université, 6ème éd., 2014, n°104.

¹³⁵ Prerogatives de puissances publiques : « pouvoir de décision destiné à satisfaire les exigences de l'intérêt général, ou plus précisément les besoins du service public. » MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit de la concurrence interne et européen*, Dalloz- coll. Sirey Université, 6ème éd., 2014, n°105.

¹³⁶ DELVOLLE, P., *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, 1998, n°92.

¹³⁷ BIENAYME, A., *Principes de concurrence*, Economica, 1998; COMBE, E., *Économie et politique de la concurrence*, Précis Dalloz, 1ère éd., 2005.

concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun [...] ». Au niveau national, l'article L. 420-1 du Code de commerce, vise « *les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :*

1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;

2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;

3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;

4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement »

Ces deux textes diffèrent dans leur rédaction et semblent se focaliser respectivement sur des aspects distincts de la qualification d'entente. Plus qu'une opposition, il s'agit en réalité d'un choix de vocabulaire puisque ces deux textes convergent dans l'appréciation de la notion¹³⁹. La distinction entre les deux fondements concerne la répartition des compétences, si l'entente touche le marché européen et le marché national, il y aura application cumulative des deux textes, le droit européen restant prioritaire. Si l'atteinte touche uniquement le marché national, quel que soit le lieu d'implantation de l'entreprise en cause, seul l'article L. 420-1 du Code de commerce s'appliquera¹⁴⁰. Il est possible à la lecture de ces articles d'imaginer que le droit de préemption, pris sous l'angle contractuel, peut être une convention qui tend à limiter l'accès au marché ou le libre exercice d'une activité économique. Cette hypothèse impose d'analyser les critères de l'entente.

276 – *Les éléments constitutifs de la notion* – L'entente se caractérise par la réunion de plusieurs critères¹⁴¹ dont il résulte une pratique anticoncurrentielle. Ainsi, ces

¹³⁸ REIS, P., *Concurrence entravée et concurrence excessive : liberté d'accès au marché et le développement durable*, HDR en droit privé, Université de Nice SOPHIA-ANTIPOLIS, Faculté de droit, de sciences politiques, économiques et gestion, Centre de recherches en droit économique, 7 février 2008.

¹³⁹ GRYNFOGEL, C., "Droit français des ententes - Article L.420-1 du Code de commerce," Fasc. 262, *JurisClasseur Commercial*, LexisNexis, 6 décembre 2012, n°2 ; MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit de la concurrence interne et européen*, Dalloz- coll. Sirey Université, 6ème éd., 2014, n°427.

¹⁴⁰ GRYNFOGEL, C., "Droit français des ententes - Article L.420-1 du Code de commerce," Fasc. 262, *JurisClasseur Commercial*, LexisNexis, 6 décembre 2012, n°3 et 4.

¹⁴¹ MAINGUY, D., et DEPINCE, M., *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 2015, n°268 et s.

pratiques doivent être mises en œuvre par des acteurs économiques sur le marché, il ne s'agit pas seulement d'entreprises, la notion est plus large et vise toutes entités dont les agissements économiques ont une influence sur le marché. Pour qu'il y ait entente, il faut que ces acteurs aient l'intention de se concerter, cela implique une volonté d'accord et donc une liberté de choix, cette volonté ne se présume pas. Il s'agit d'approcher l'ensemble de ces éléments¹⁴².

277 – *Les participants* – En droit interne, il n'est pas précisé la qualité des personnes pouvant être sanctionnées¹⁴³. L'autorité de contrôle a ainsi fait une application littérale de l'article L. 420-1 du Code de commerce, en considérant que la notion « d'entreprise » n'étant pas visée à l'article, il n'y avait pas lieu de rechercher la qualification¹⁴⁴. Cette prise de position consistant à s'affranchir de l'œuvre de construction juridique a subi la critique¹⁴⁵. Le Conseil de la concurrence (devenu l'Autorité de la concurrence) a donc précisé sa décision lors d'un rapport annuel¹⁴⁶. D'après l'autorité de contrôle, la sanction ne peut s'appliquer que s'il s'agit d'un « *acteur actif sur un marché* », « *sauf à ce que soit ultérieurement précisée la différence entre la notion d'entreprise et la notion d'acteur actif sur un marché* ». Ainsi, la Cour de cassation a préféré s'aligner sur la conception européenne de l'auteur de l'entente se référant à la notion d'entreprise. Or la notion « d'entreprise » n'a pas de définition juridique tant en droit interne qu'en droit européen, renvoyant ainsi à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne. Selon la Cour, « *la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de son mode de financement* »¹⁴⁷. La qualification d'entreprise dépendra donc de la définition de « l'activité économique » envisagée par la Commission des Communautés européennes comme « *toute activité à but lucratif ou non, qui implique des échanges économiques* »¹⁴⁸. La Cour de justice de l'Union européenne

¹⁴² PEDAMON, M., et KENFACK, H., *Droit commercial - Commerçants et fonds de commerce - Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 4ème éd., 2015, n°527 et s.

¹⁴³ Article L.420-1 du Code de commerce.

¹⁴⁴ Cons. Conc., déc. n°00-D-41, 22 juin 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par le Comité intersyndical du livre parisien dans le secteur de l'imprimerie de publications : contrats, conc. Consom. 1999, comm, 178 ; BOCCRF 14 oct. 1999, p.566 ; LPA 3 mai 2000, p.3.

¹⁴⁵ IDOT, L., "Droit social et droit de la concurrence : confrontation ou cohabitation?," *Europe*, Chron. 11, 1999.

¹⁴⁶ Rapp. pour 1999. - Adde, Cons. conc., avis n° 01-A-13, 19 juin 2001, demande d'avis de l'UFC sur les conditions d'une concentration entre les associations de consommateurs et la profession bancaire. - Cons. conc., Rapp. pour 2001, p. 176 et 938.

¹⁴⁷ CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, Höfner et Elser : Rec. CJCE 1991, I, p. 1979.

¹⁴⁸ Comm. CE, déc. n° 2000/12/CE, 20 juill. 1999, aff. Coupe du monde de football 1998 : Journal Officiel des communautés européennes 8 Janvier 2000.

précise quant à elle que « *constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné* »¹⁴⁹ répondant aux mêmes critères que le Code de commerce qui définit les pratiques anticoncurrentielles comme s'appliquant « *à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personne publique, notamment dans le cadre de conventions de délégations de service public* »¹⁵⁰. Dès lors, conformément au Code de commerce, la personne publique est soumise aux règles du droit de la concurrence dès lors qu'elle exerce une activité conforme à la définition posée par l'article L. 410-1 du Code de commerce¹⁵¹. À l'inverse, le droit européen de la concurrence dénie la qualification d'activité d'entreprise à la personne publique exerçant une activité relevant de ses prérogatives de puissance publique, elle n'est donc pas soumise au contrôle des instances européennes. En revanche, lorsque l'activité exercée par une personne publique peut être qualifiée d'activité économique c'est-à-dire « *consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné* »¹⁵², la personne publique sera traitée comme une « entreprise » qui sera par conséquent soumise aux règles et à la compétence du droit européen de la concurrence¹⁵³.

278 – *L'accord* – L'entente suppose un accord entre les acteurs du marché. La jurisprudence européenne qualifie le comportement des concurrents en cause soit de « *volonté commune* », de « *concordance* », de « *coordination de volonté* », de « *dessein commun* », « *d'alliance* », de « *collusion* », de « *consensus sur un projet* ». Selon la communication de la Commission européenne concernant l'application de l'ancien article 81, §3 devenu l'article 101, §3 du TFUE, « *le type de coordination de comportement ou de collusion entre entreprises visées par l'article 81, §1 consiste dans la situation où au moins une entreprise s'engage envers une autre entreprise à adopter un certain comportement sur le marché ou que, par suite de contacts entre elles, l'incertitude entourant leur comportement sur le marché soit éliminée ou du moins substantiellement réduite* »¹⁵⁴.

¹⁴⁹ CJCE, 18 juin 1998, aff. C-35/96, § 36, Commission c/ Italie : Rec. CJCE 1998, I, p. 3851.

¹⁵⁰ Article L.410-1 du Code de commerce.

¹⁵¹ T. confl., 6 juin 1989, aff. n° 2578, SAEDE c/ Ville de Pamiers et Lyonnaise des eaux : D. 1990, jurispr. p. 418, note J.J. Israël. Confirmée : T. confl., 4 nov. 1996, Sté DATASPORT c/ Ligue nationale de football, Préfet de la région d'Île-de-France, n° 3038 : AJDA 2/1997, p. 203. - T. confl., 18 oct. 1999, Aéroports de Paris ADP e.a. c/ TAT European airlines, B. n° 29, p. 31.

¹⁵² CJCE, 18 juin 1998, aff. C-35/96, § 36, Commission c/ Italie : Rec. CJCE 1998, I, p. 3851.

¹⁵³ GRYNFOGEL, C., "Droit français des ententes - Article L.420-1 du Code de commerce," Fasc. 262, *JurisClasseur Commercial*, LexisNexis, 6 décembre 2012, n°22.

¹⁵⁴ TPICE, 15 mars 2000, aff. Jtes T-25/95 et a., Cimenterie CBRc/ Commission : Rec. CJCE 2000, II, p. 491, pts 1849 et 1852 ; TPICE, 12 juill. 2001, aff. 202, 204 et 207/98, British sugar : Rec. CJCE 2001, II, p. 2035, pts 58 à 60.

L'article L. 420-1 du Code de commerce, envisage « *les actions concertées, les conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions* ». Dès lors, le comportement des entreprises pouvant être qualifié d'entente correspond à un accord ayant ou non force obligatoire, dont le contenu vise à régir le comportement économique et commercial sur le marché d'au moins deux parties. La qualification d'entente ne suppose pas un intérêt pour les parties en cause par l'accord, ni même l'existence d'un accord exprès, le consentement à l'accord peut ainsi résulter d'un simple comportement sur le marché¹⁵⁵.

La volonté des parties à l'entente doit être prouvée. Il ne s'agit pas de prouver l'intention anticoncurrentielle, mais l'adhésion. Ainsi, l'accord ou la « volonté commune » suffit à constituer un comportement répréhensible, même si les parties n'ont pas eu l'intention de fausser le jeu de la concurrence, du moment que le marché a été atteint¹⁵⁶. Dès lors, la bonne foi ne peut être considérée comme une cause d'exonération¹⁵⁷. La preuve de la concertation permet d'exclure les comportements unilatéraux de la qualification d'entente, et met en lumière l'importance du consentement. Celui-ci doit être libre, l'entente exige une autonomie de volonté, selon la Commission de la concurrence, « *il ne peut y avoir d'entente sans un concours de volontés libres entre des entreprises juridiquement distinctes, mais aussi économiquement indépendantes les unes des autres* »¹⁵⁸. Pour autant, la contrainte n'est pas une cause d'exonération à l'entente. En effet le droit des pratiques anticoncurrentielles ne prend pas en compte les rapports de force qui peuvent exister. L'inégalité entre les parties à l'entente pouvant entraîner une certaine violence économique, amenant la partie dite « faible » à accepter les conditions de l'accord, ne permet pas d'exclure la qualification d'entente à l'égard de la partie agissant sous la « contrainte ». Seule la sanction à l'égard de cette dernière pourra être modulée¹⁵⁹. Malgré tout, le Conseil Constitutionnel a admis l'exonération de l'entreprise en cas de menace de boycott¹⁶⁰. Au niveau de la jurisprudence européenne, les conditions d'exonération sont très restrictives, le comportement anticoncurrentiel ne peut être justifié que s'il était le seul moyen d'échapper à un péril imminent, menaçant directement l'entreprise¹⁶¹. L'action de la

¹⁵⁵ MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit de la concurrence interne et européen*, Dalloz- coll. Sirey Université, 6ème éd., 2014, n°431.

¹⁵⁶ *Op. Cit.* n°435.

¹⁵⁷ GRYNFOGEL, C., "Ententes en droit européen de la concurrence - article 101 du TFUE," Fasc. 264, *JurisClasseur Commercial*, LexisNexis, 1er mars 2012, n°3 et 4.

¹⁵⁸ Rapp. Pour 1984, p. 11.

¹⁵⁹ MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit de la concurrence interne et européen*, Dalloz- coll. Sirey Université, 6ème éd., 2014, n°440.

¹⁶⁰ Cons. conc. Décis. n°90-D-35, 9 oct. 1990, CCC 1991, n° 40, obs. L. Vogel.

¹⁶¹ TPI 14 mai 1998, Cascades, aff. T-308/94, Rec. 925.

commune au moment de la rétrocession lors de l'exercice du droit de préemption sera un point sensible relativement à la qualification d'accord. En effet, il est procédé à un appel d'offre afin de choisir le commerçant ou l'artisan il faut donc rester vigilant quant aux pratiques employées.

279 – *L'action concertée* – Les actions concertées doivent être distinguées de l'accord, mais la frontière est ténue entre les deux notions. La notion d'action concertée fait suite à la jurisprudence « des matières colorantes », qui avait mis en lumière une entente suite à la « *coordination qui s'extériorise par le comportement des participants* »¹⁶². Selon la jurisprudence européenne, la concertation résulte de l'hypothèse où « *les parties n'ont pas convenu ou décidé à l'avance entre elles ce que chacune fera sur le marché, mais que, en toute connaissance de cause, elles adoptent un mécanisme collusoire qui encourage ou facilite la coordination de leur comportement commercial ou se rallie à un tel mécanisme* »¹⁶³. En droit interne aussi l'autorité de contrôle de la concurrence sanctionne le « *parallélisme de comportement* »¹⁶⁴. Le comportement ainsi sanctionnable ne doit pas simplement résulter d'une adaptation des concurrents aux exigences du marché, ainsi, comme l'a précisé la Cour de justice¹⁶⁵ « *il y a lieu de constater que l'explication du parallélisme de comportements par la concertation n'est pas la seule explication* ». Il s'agit donc pour les autorités de contrôle de rechercher un faisceau d'indices permettant de constater que le comportement similaire fait suite à une entente, car un tel comportement n'a aucune autre explication plausible. Ces indices résultent bien souvent d'échanges d'informations sur le marché et plus particulièrement sur le comportement de l'entreprise¹⁶⁶, l'échange d'information doit être suivi d'une adéquation de comportement démontrant des pratiques similaires et concertées. Il s'agit là d'une hypothèse qui s'éloigne de la réalité du droit de préemption des communes sur les biens artisanaux et commerciaux.

¹⁶² Comm. CE, déc. 24 juill. 1969, Matières colorantes : Journal Officiel des communautés européennes 7 Aout 1969. - CJCE, 14 juill. 1972, aff. 48, 49 et 51 à 57/69, I.C.I. et a c/ Comm. : Rec. CJCE 1972, p. 619. - V. B. Goldman, obs. ss CJCE, 14 juill. 1972 : JDI 1973, p. 924. - V. aussi M. Wathelet, Pratiques concertées et comportements parallèles en oligopole : le cas des matières colorantes : RTDE 1975, p. 663.

¹⁶³ Comm. CE, déc. 13 juill 1994, Carton : Journal Officiel des communautés européennes 19 Septembre 1994

¹⁶⁴ MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit de la concurrence interne et européen*, Dalloz- coll. Sirey Université, 6ème éd., 2014, n°444 et 445.

¹⁶⁵ CJCE, 31 mars 1993, aff. jtes C-89, 104, 116, 117, 125 à 129/85, Ahlström Osakeyhtiö et a. c/ Commission : Rec. CJCE 1993, I, p. 1575.

¹⁶⁶ Entente retenue : TPICE, 24 oct. 1991, aff. T-1/89, Rhône-Poulenc SA c/ Commission (Polypropylène) : Rec. CJCE 1991, II, p. 867. Rejet de la qualification : Com. 8 oct. 1991, Bull. civ. IV, n° 195 ; CJCE, 31 mars 1993, aff. jtes C-89/85, Ahlström Osakeyhtiö et a. c/ Commission : Rec. CJCE 1993, I, p. 1575.

280 – *L'atteinte au marché* – Pour que la sanction de l'entente soit retenue, il faut que celle-ci ait pour objet ou effet de fausser la concurrence à l'intérieur d'un marché¹⁶⁷ ou du marché « commun »¹⁶⁸. Ces conditions sont alternatives, pour la Cour de justice, il s'agit de vérifier en premier l'objet anticoncurrentiel de l'accord ; et dans l'hypothèse où « l'analyse [...] ne révélerait pas un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, il conviendrait alors d'examiner les effets de l'accord »¹⁶⁹ ; dès lors, il n'est pas nécessaire lorsque le degré de nocivité est atteint de rechercher les effets anticoncurrentiels pour retenir la qualification¹⁷⁰. L'objet anticoncurrentiel doit être apprécié *in concreto*, en fonction de la gravité de l'atteinte du marché, de la teneur de l'accord, de ses objectifs et du contexte économique et comportemental des parties¹⁷¹. Certains accords ayant pour objet, c'est-à-dire pour but¹⁷², une entente sont de toute évidence « injustifiables » ou de « restriction flagrante ». Une présomption d'objet anticoncurrentiel s'applique alors à ces comportements. Le droit européen de la concurrence¹⁷³ dresse une liste des « restrictions flagrantes » à laquelle la jurisprudence interne se joint. De façon plus générale, l'OCDE a défini ces comportements en visant les cas de fixation des prix, de soumission concertée, de restriction ou de quotas à la production, de partage ou de division du marché selon certains critères¹⁷⁴.

Dans l'hypothèse où l'atteinte injustifiée ne peut être démontrée, l'objet anticoncurrentiel de l'accord ne pourra être retenu ; il faudra alors s'interroger sur les effets de l'accord sur le marché. L'effet anticoncurrentiel peut être actuel, réalisé ou potentiel¹⁷⁵. L'effet sur le marché de l'accord doit être prouvé, il n'y a pas de présomption de comportement répréhensible comme pour l'objet anticoncurrentiel. L'appréciation de l'effet est objective, elle s'opère par référence à une analyse économique fondée sur la capacité de

¹⁶⁷ Article L.420-1 du Code de commerce.

¹⁶⁸ Article 101, §1 du TFUE.

¹⁶⁹ CJCE, 30 juin 1966, aff. 56/65, Sté Technique Minière LTM/MBU : Rec. CJCE 1966, p. 337.

¹⁷⁰ Cons. conc., déc. n° 96-D-02, 9 janv. 1996. - Cons. conc., déc. n° 96-D-39, 4 juin 1996 : Rapp. pour 2003, p. 58, note 5 ; Aut. conc., déc. n° 11-D-17, 8 déc. 2011, relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des lessives.

¹⁷¹ MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit de la concurrence interne et européen*, Dalloz- coll. Sirey Université, 6ème éd., 2014, n°176.

¹⁷² GRYNFOGEL, C., "Droit français des ententes - Article L.420-1 du Code de commerce," Fasc. 262, *JurisClasseur Commercial*, LexisNexis, 6 décembre 2012, n°82.

¹⁷³ Règlements communautaires d'exemption et la communication de 2001.

¹⁷⁴ MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit de la concurrence interne et européen*, Dalloz- coll. Sirey Université, 6ème éd., 2014, n°176.

¹⁷⁵ CJCE, 28 mai 1998, aff. C-7/95, John Deere Ltd c/ Comm. CE : Rec. CJCE 1998, I, p. 3111 ; Europe 1998, comm. 227, note L. Idot ; Contrats, conc. consom. 1998, comm. 101. - CJCE, 10 déc. 1985, aff. 31/85, ETA DK Investment, pt 12 : Rec. CJCE 1985, I, p. 3933. - CJCE, 17 nov. 1987, BAT et Reynolds c/ Comm. CE, pt 54 : Rec. CJCE 1987, I, p. 4487

pouvoir de marché de l'entreprise. En effet, selon la Communication CE¹⁷⁶, les effets défavorables se produisent « *quand les parties individuellement ou conjointement, possèdent ou obtiennent un certain pouvoir de marché et que l'accord contribue à la création, au maintien ou au renforcement de ce pouvoir, ou permet aux parties de l'exploiter* ». La notion de référence correspond donc au pouvoir de marché se définissant comme une capacité pour l'entreprise d'influer sur la concurrence. Selon l'article 101, §1 du TFUE, cette capacité se révèle lorsque les prix de la production ne sont plus maintenus à un niveau concurrentiel. Il s'agit, plus précisément selon la Communication CE de 2004¹⁷⁷ de « *la capacité de pratiquer pendant une durée significative des prix supérieurs au niveau qui résulterait du jeu de la concurrence ou de maintenir pendant une durée significative la production en termes de quantité, qualité, diversité des produits ou en termes d'innovation à un niveau inférieur à celui qui résulterait du jeu de la concurrence* ».

Les accords restreignant la concurrence peuvent être justifiés selon trois théories, celle du seuil de sensibilité, de l'effet cumulatif, et de la concurrence praticable. La théorie du seuil écarte de la qualification d'entente sanctionnable les cas d'atteinte peu sensible. La Communication CE du 22 décembre 2001 *de minims* distingue les accords horizontaux ne pouvant dépasser 10 % du marché cumulé, des accords verticaux sont plafonnés à 15 %. La théorie de l'effet cumulatif prend en compte les contrats de distribution qui peuvent restreindre la concurrence en fermant le marché par l'effet d'une concentration dans un même secteur d'activité économique de réseaux identiques. La Communication CE de 2001 présume l'effet cumulatif si les accords similaires portent sur plus de 30 % du marché, il faut en présence d'un effet cumulatif que l'accord couvre moins de 5 % du marché pour que la sanction soit écartée. Enfin la théorie de la concurrence praticable, ou la règle de raison, permet de valider une clause si son objectif reste proportionné et qu'il n'entraîne pas de restriction non indispensable¹⁷⁸.

2. L'ABUS DE POSITION

281 – **Fondements** – L'article L. 420-2 du Code de commerce prohibe les comportements de domination ; deux types de comportements sont ainsi visés, la position

¹⁷⁶ Comm. CE, communication n° 2004/C 101/08, préc. : Journal Officiel de l'union européenne 27 Avril 2004, pt 25.

¹⁷⁷ Comm. CE, communication n° 2004/C 101/08, préc. : Journal Officiel de l'union européenne 27 Avril 2004, pt 25.

¹⁷⁸ Com. 13 mai 1997, Sté Estée Lauder, Bull. civ. IV, n°131 ; Cons. Conc. n°2000-D-75, 6 févr. 2001, Transmission florale à distance, BOCC 30 mars 2001.

dominante d'une part, et l'abus de dépendance économique d'autre part. Le Traité CE vise « *le fait par une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci [...]* ». Il s'agit de l'hypothèse d'une ou plusieurs entreprises qui de par leur puissance économique se soustraient aux règles de la libre concurrence en ne se sentant pas contraintes par les rapports commerciaux avec ses partenaires.

282 – *Les critères de la qualification* – La notion de position dominante¹⁷⁹ n'est définie ni par le droit européen, ni par le Code de commerce ; pour autant, l'abus de position dominante se caractérise par la réunion de critères communs entre les deux systèmes juridiques¹⁸⁰. Trois éléments constitutifs doivent être retenus. Le premier est commun à la notion d'entente, en effet, l'auteur de l'atteinte au droit de la concurrence est une ou plusieurs entreprises. Le second élément est le marché, définit tant d'un point de vue économique que géographique. Et enfin, le troisième critère de qualification concerne la détermination et donc la définition de la domination.

283 – *La notion d'entreprise* – Au même titre que l'entente, la notion d'entreprise n'est définie ni par l'article L. 420-1 du Code de commerce, ni par le Traité CE. La jurisprudence a donc rempli son rôle en précisant la notion, considérant qu'il s'agit de « *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* »¹⁸¹. L'entreprise ayant un comportement contraire aux règles de la libre concurrence se définit à partir de deux critères, le premier concerne l'activité économique, le second l'autonomie d'action¹⁸². Le traitement des « *entités de droit public* » est le même que pour l'entente. Ainsi, dans la mesure où la personne publique, organisme public ou collectivité territoriale, rentre en concurrence par son activité avec des entreprises de droit privé, les règles de la concurrence s'appliquent qu'il s'agisse de l'article L. 420-1 du Code de commerce que des articles 101 et 102 du Traité CE¹⁸³.

284 – *Le marché concerné* – Une question essentielle et préalable doit être examinée par les autorités de contrôle de la concurrence, il s'agit de la question du marché

¹⁷⁹ PEDAMON, M., et KENFACK, H., *Droit commercial - Commerçants et fonds de commerce - Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 4ème éd., 2015, n°539 et s.

¹⁸⁰ MAINGUY, D., et DEPINCE, M., *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 2015, n°322.

¹⁸¹ Voir *Supra* n°275 : CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, Höfner et Elser : Rec. CJCE 1991, I, p. 1979.

¹⁸² Voir *Supra* n°275.

¹⁸³ Voir *Supra* n°275.

de référence. En effet, cette analyse effectuée en amont, est nécessaire en raison de l'incrimination retenue. La position d'une entreprise sera qualifiée de « dominante » si son action, son comportement, sont abusifs sur un marché tant matériel que géographique dans lequel interviennent des concurrents¹⁸⁴. La délimitation d'une sphère d'action permet de circonscrire les pratiques par le biais d'une méthode se basant sur l'appréhension d'un faisceau d'indices¹⁸⁵ pouvant « conduire à une segmentation artificielle du marché »¹⁸⁶. La prise en compte territoriale du marché et donc de sa localisation permet de déterminer la compétence des autorités de contrôle. En effet, le droit européen ne s'applique qu'entre États membres de l'Union Européenne issue de Traités basés sur des considérations géographiques.

Au niveau du droit national, le Conseil de la concurrence (devenu l'Autorité de la concurrence) définit le marché « comme le lieu sur lequel se rencontre l'offre et la demande pour un produit ou service spécifique »¹⁸⁷. Ces produits et services doivent être considérés comme substituables pour être étudiés sous le prisme des règles de la concurrence libre et non faussée. Selon l'étude thématique du Conseil devenu l'Autorité de la concurrence, la notion de substituable est appréciée *in concreto* en fonction du caractère raisonnable du comportement du demandeur au produit ou service les considérant « comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande »¹⁸⁸. Pour la Commission CE, le critère substituable des produits et services est aussi examiné en fonction de plusieurs autres aspects tels que « leurs caractéristiques, leur prix et l'usage auquel ils sont destinés »,¹⁸⁹ mais aussi en fonction des considérations subjectives du consommateur percevant le produit comme substituable¹⁹⁰. La position la plus synthétique sur le sujet est certainement celle de la Cour de cassation qui dans un arrêt du 22 mai 2001 a posé le cadre suivant : « Pour déterminer le marché pertinent dans un contentieux d'abus de position dominante, il appartient aux autorités de contrôle de déterminer non seulement les caractéristiques techniques et fonctionnelles du produit ou du service, mais aussi de s'intéresser aux motivations des utilisateurs justifiant leur choix. L'autorité de contrôle doit

¹⁸⁴ TPICE, 21 févr. 1995, aff. T-29/92, SPO : Rec. CJCE 1995, II, p. 289. - TPICE, 6 juill. 2000, aff. T-62/98, Volkswagen c/ Commission : Rec. CJCE 2000, II, p. 2707.

¹⁸⁵ Cons. conc., rapp.2001, 2e partie, titre 1er, p. 3 s.

¹⁸⁶ GRYNFOGEL, C., "Droit français des abus de domination - Article L.420-2 du Code de commerce," Fasc. 260, *JurisClasseur Commercial*, LexisNexis, 1er Septembre 2011, n°63.

¹⁸⁷ Cons. conc., rapp. 2001, 2e partie, Études thématiques, titre 1er, "Le marché pertinent", p. 1.

¹⁸⁸ Cons. conc., rapp. 2001, 2e partie, Études thématiques, titre 1er, "Le marché pertinent", p. 1.

¹⁸⁹ Journal Officiel des communautés européennes 9 décembre 1997.

¹⁹⁰ GRYNFOGEL, C., "Abus de position dominante - Article 102 du TFUE," Fasc. 268, *JurisClasseur Commercial*, LexisNexis, 1er septembre 2011, n°65.

rechercher si ce choix est effectivement déterminé par des considérations techniques et ne peut se contenter de le présumer »¹⁹¹. Afin d'analyser le caractère substituable, il sera alors distingué du produit ou du service, la demande de produit ou de service ou leurs offres. Cette dichotomie « offre/demande » est une vision classique du marché économique ; pour autant, en droit interne, l'analyse de l'offre de produits ou de services sur le marché n'est qu'un complément à l'étude de la demande qui reste le seul élément pris en compte dans la détermination du marché en cause¹⁹².

L'étude du marché de référence prend aussi en compte l'aspect géographique de la mise en concurrence de produits et de services. Sa délimitation relève d'un ensemble de critères tels que « *la réalité des flux d'échanges, la distance effectivement parcourue par les offreurs ou les demandeurs jusqu'au point de rencontre de l'offre et de la demande, la disponibilité des biens en cause pour les consommateurs d'une zone géographique, ou encore les écarts de prix d'une zone à l'autre* »¹⁹³. La vision européenne est quant à elle plus précise, car visée par le corpus réglementaire des Traités. Ainsi les formulaires de notification des anciens règlements n° 17/62 et n° 4064/89 définissent le marché géographique comme comprenant « *le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que [...] les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable* ». Le critère à apprécier est celui de l'homogénéité des conditions de la concurrence et non celui de la superficie du territoire ou des frontières¹⁹⁴.

285 – *La domination abusive* – La notion de domination abusive est envisagée de façon similaire par le droit interne de la concurrence et par le droit européen. La Commission de la concurrence précise, dans un rapport de 1979¹⁹⁵, les critères fondant la domination, il s'agit pour une entreprise « *d'entraver le fonctionnement de la concurrence parce qu'aucun compétiteur n'offre en face d'elle une alternative significative à ses clients ou fournisseurs, si bien qu'elle peut déterminer à peu près librement les conditions de fonctionnement du marché : accès à celui-ci, politique commerciale, choix des*

¹⁹¹ Cass. com., 22 mai 2001, Sté routière de l'est parisien c/ Sté Decetra et a. : JurisData n° 2001-009915 ; Contrats, conc. consom. 2001, comm. 135, obs. M. Malaurie-Vignal ; Bull. civ. 2001, IV, n° 97 ; BOCC 2001, p. 529.

¹⁹² Cons. conc., rapp. 2001, § 1.2.1., p. 8).

¹⁹³ GRYNFOGEL, C., "Droit français des abus de domination - Article L.420-2 du Code de commerce," Fasc. 260, *JurisClasseur Commercial*, LexisNexis, 1er Septembre 2011, n°68.

¹⁹⁴ GRYNFOGEL, C., "Abus de position dominante - Article 102 du TFUE," Fasc. 268, *JurisClasseur Commercial*, LexisNexis, 1er septembre 2011, n°79 et 80.

technologies, niveau des prix ». Conjointement, à la fin des années 70, la Cour de justice de l'Union européenne a dans ses deux arrêts *United Brands*¹⁹⁶ et *Hoffmann-La Roche*¹⁹⁷ retenu une définition fondée sur les mêmes critères. La position dominante résulte du « *pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans la mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs* ». Ainsi, qu'il s'agisse de la Commission ou de la Cour, l'approche retenue prend en compte deux aspects de la notion de domination. Le premier aspect peut être qualifié « d'actif » mettant en avant le comportement de l'entreprise dont le caractère indépendant permet de « neutraliser » les concurrents ; et un aspect « passif » analysant la possible éviction des concurrents par le jeu de l'influence exercée sur eux¹⁹⁸. Le critère principalement retenu pour identifier la position dominante est celui de la part de marché. Certaines situations apparaissent évidentes quant à la qualification de domination, il s'agit des cas de monopole qu'il soit de droit¹⁹⁹ ou ponctuels²⁰⁰. Par principe, le critère des parts de marché n'est pas le critère unique, mais l'étude de la jurisprudence en la matière révèle la prépondérance de cette référence. Pour autant, d'autres critères de nature structurelle sont pris en compte, il s'agit selon l'Autorité de la concurrence²⁰¹ « *de l'importance des investissements nécessaires à l'exercice de l'activité, de l'existence d'une concurrence potentielle, de la nature des comportements litigieux, ou d'une avance technologique telle qu'elle permet à l'entreprise concernée d'augmenter ses prix sans craindre une érosion de sa clientèle* ». De même, il est possible de prendre en considération des faits, tels que l'appartenance ou non à un groupe puissant, du statut de cette entreprise, du fait qu'elle bénéficie, ou non, d'un accès préférentiel à certaines matières premières ou sources de financement ainsi que de l'existence, et, le cas échéant, de la nature des barrières à l'entrée sur le marché, suggérant une faible probabilité que sa suprématie soit remise en cause. Pour la Cour de justice de l'Union européenne, les parts de marché ont un caractère « *hautement significatif* » sa jurisprudence impose un seuil de 50 % de parts de marché. Dès lors, deux hypothèses peuvent être émises, soit l'entreprise détient plus de 50 % et il s'agira d'une position dominante ; soit les parts de

¹⁹⁵ Comm. conc., rapp. 1979, p. 37. - Comm. conc., rapp. 1980, p. 227.

¹⁹⁶ CJCE, 14 févr. 1978, aff. 27/76 : Rec. CJCE 1978, p. 207.

¹⁹⁷ CJCE, 13 févr. 1979, aff. 85/76 : Rec. CJCE 1979, p. 461.

¹⁹⁸ GRYNFOGEL, C., "Abus de position dominante - Article 102 du TFUE," Fasc. 268, *JurisClasseur Commercial*, LexisNexis, 1er septembre 201, n°27.

¹⁹⁹ *Op. Cit.* n°83 à 85.

²⁰⁰ *Op. Cit.* n°80.

²⁰¹ Cons. conc., rapp. 1990, p. 36. - Cons. conc., rapp. 2000, p. 99.

marché n'atteignent pas le seuil. Dans une telle hypothèse, il faudra distinguer deux situations, soit la position sur le marché est « *négligeable* », se situant aux alentours de 5 à 10 %, dès lors, la position dominante ne peut être retenue ; soit tout en n'atteignant pas les 50 %, la part de marché est conséquente. La Cour prendra alors en compte d'autres indices prouvant la position dominante. Des facteurs structurels peuvent être considérés comme des indices de la position dominante, ils permettent d'apprécier l'influence de l'entreprise sur le marché et ainsi « *d'évaluer sa capacité concurrentielle* »²⁰². Des facteurs qualitatifs peuvent influencer sur l'analyse, trois affaires devant la CJCE renseignent sur ces facteurs. L'affaire Hoffmann La Roche²⁰³ avait mis en exergue l'importance dans le jeu concurrentiel des avancées technologiques. L'affaire United Brands²⁰⁴ a permis de dégager un ensemble d'éléments, qui pris conjointement, permettent de qualifier la position de l'entreprise comme dominante. Il s'agissait dans cette affaire de la maîtrise de connaissances techniques, de la politique de promotion, de contrôles à tous les stades de la distribution. Et enfin dans l'affaire Van den Bergh Foods Limited²⁰⁵, la Commission avait retenu la dépendance d'une filiale par rapport au groupe pour qualifier la position de dominante. Ainsi, la domination « collective » peut être sanctionnée. Cette notion correspond « *aux situations dans lesquelles la concurrence effective est entravée de manière significative par plusieurs entreprises qui, ensemble, ont le pouvoir d'agir dans une large mesure indépendamment des autres concurrents, de leurs clients et, finalement, des consommateurs* »²⁰⁶. Les critères de la domination seront les mêmes qu'il s'agisse de la position simple ou collective de domination²⁰⁷.

La position dominante est un élément essentiel de la qualification, mais il n'est pas suffisant. En effet, la domination n'est pas sanctionnable à elle seule, il faut pour cela un comportement abusif. Cette vision est partagée tant par le droit français que par le droit européen. La similitude concerne aussi l'absence dans les deux cas d'une définition de l'abus de position dominante. Aussi est-il nécessaire de se reporter à la jurisprudence qui par les exemples de qualification retenue permet de dégager une notion générale. En effet, extraire une définition générale n'est pas aisée, les textes fondant l'incrimination se

²⁰² *Op. Cit.* n°32

²⁰³ *Op. Cit.* n°578.

²⁰⁴ *Op. Cit.* n°577.

²⁰⁵ Comm. CE, déc. n° 255, aff. IV/34907, 11 mars 1998, Van den Bergh Foods Limited : Journal Officiel des communautés européennes 4 Septembre 1998.

²⁰⁶ Comm. CE, déc. 22 juill. 1992, Nestlé-Perrier : Journal Officiel des communautés européennes 5 Décembre 1992.

²⁰⁷ *Op. Cit.* n°37.

contentent de dresser une liste non exhaustive des pratiques abusives. Pour l'article L. 420-2 du Code de commerce, l'abus peut résulter du refus de vente, de la vente liée, des conditions de vente discriminatoire ou de la rupture de relation commerciale établie. De façon synthétique, il est possible de dégager deux types d'abus : l'abus de comportement d'une part et l'abus de structure d'autre part. L'abus de comportement relève souvent de cas dont la sanction existe déjà comme en droit des obligations par exemple. Il s'agit d'une pratique qualifiée d'anticoncurrentielle en raison de la position de l'entreprise rendant le comportement abusif. C'est l'action en tant que telle qui est regardée, elle résulte d'un acte d'exploitation pris grâce à la position détenue par l'entreprise en cause. L'abus de structure est une conception objective. Initié par l'arrêt Continental Can²⁰⁸ et réaffirmé dans l'arrêt Hoffmann-La Roche, l'abus de structure « *vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli, et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence* ». La notion est objective, car elle fait appel non à l'intention de l'entreprise ou même à une faute, mais à l'influence exercée par elle sur le marché et sur la structure de la concurrence, dont la conséquence, est l'exclusion ou la restriction des concurrents sur ce marché. Plus généralement encore, l'abus résulte de l'élimination des concurrents existants ou potentiels ou de l'obtention d'avantages injustifiés²⁰⁹. L'action de la commune dans la sphère commerciale peut avoir une influence sur la concurrence, et le choix de préempter certains commerces afin d'éviter l'implantation d'autres activités relève d'une atteinte à la libre concurrence, il s'agit d'une exclusion ou d'une restriction des concurrents sur ce marché.

286 – *Les justifications en droit interne* – Le comportement anticoncurrentiel d'abus de position dominante peut être exempté. Cette possibilité n'est pas admise en droit européen de la concurrence. Or le droit interne prévoit des causes d'exemption à l'article L. 420-4 du Code de commerce. Ces dispositions concernaient à l'origine les ententes, mais en l'absence de précision textuelle, elles peuvent se voir appliquées au cas d'abus de position

²⁰⁸ CJCE, 21 févr. 1973, aff. 6/72, Europemballage Corporation et Continental Can c/ Commission des CE, att. n° 24 : Rec. CJCE 1973, p. 215.

²⁰⁹ GRYNFOGEL, C., "Droit français des abus de domination - Article L.420-2 du Code de commerce," Fasc. 260, *JurisClasseur Commercial*, LexisNexis, 1er Septembre 2011, n°99.

dominante. Pour autant, il existe peu d'application de ces justifications par les autorités de contrôle, en effet, il paraît illogique de justifier un abus. Dès lors, il faut envisager deux hypothèses, soit l'abus est caractérisé ce qui implique une impossibilité de justifier l'abus, aucune cause d'exemption ne pourra être retenue. Soit, l'abus ne peut être prouvé, il est alors possible de déduire de l'absence de comportement abusif que la position dominante est justifiée²¹⁰. Ainsi, pour justifier la domination sur le marché il faut contester le caractère abusif.

3. LES PRATIQUES RESTRICTIVES

287 – *L'article L. 442-6 du Code de commerce* – Les pratiques restrictives sont envisagées par l'article L. 442-6 du Code de commerce, issues de l'ordonnance de 1986, ces pratiques interdites font aujourd'hui l'objet d'une liste précise quant à la qualification des faits incriminés. Il s'agira du déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, de la rupture brutale de relations commerciales établies, de la violation d'une interdiction de revente hors réseau, de la revente à perte, du refus de transmettre les conditions générales de vente, d'imposer des conditions de règlement manifestement abusives ou de ne pas respecter les délais de règlements légaux. À la lecture de cette liste d'interdictions, un aspect semble intéresser le sujet de la préemption, il s'agit du déséquilibre entre les parties, cette pratique interdite dans le cadre du droit de la libre concurrence doit retenir une plus grande attention.

288 – *Le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* – L'article L. 442-6 du Code de commerce, incrimine les pratiques restrictives de la concurrence, le déséquilibre contractuel significatif est ainsi visé par le texte selon lequel « engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers [...] de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». Cette rédaction présente des similitudes avec l'article L. 132-1 du Code de la consommation prohibant les clauses abusives dans les contrats conclus avec un consommateur. Pour autant, ce texte relatif aux relations commerciales est singulier. Son application est en effet large et permet de sanctionner tant l'abus de puissance économique que le contrat en lui

²¹⁰ GRYNFOGEL, C., "Abus de position dominante - Article 102 du TFUE," Fasc. 268, *JurisClasseur Commercial*, LexisNexis, 1er septembre 2011, n°157.

même s'il est déséquilibré. Cette sanction fait craindre une « révolution »²¹¹, car il s'agit d'admettre que le contrat, en tant que tel, peut être le vecteur d'une responsabilité alors qu'il est par principe l'œuvre de l'autonomie de la volonté donnée sans violence. Le texte fait donc débat, notamment sur le terrain de la liberté contractuelle, ainsi une question prioritaire de constitutionnalité a été introduite devant le Conseil Constitutionnel. Par une décision du 13 janvier 2011²¹², le Conseil a apprécié le caractère du dispositif en le considérant comme répressif, impliquant une application du principe de la légalité des peines et délits. Ainsi il appartient au législateur de définir précisément et sans ambiguïté l'incrimination. Le Conseil Constitutionnel concluant à la conformité du dispositif avec la Constitution et avec notamment l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'interdiction concerne toute activité de production, de distribution ou de service, elle n'est donc pas restreinte à un seul secteur d'activité tel que la grande distribution. De plus, son champ d'application s'élargit à l'analyse des circonstances. En effet, il n'est pas nécessaire pour que l'incrimination soit retenue, que les partenaires soient en situation de dépendance ou d'infériorité. Le déséquilibre devra être « significatif », cela dit, l'appréciation du caractère significatif du déséquilibre relève des juges du fond qui restent souverains dans son interprétation. Il est principalement retenu par la jurisprudence que ce déséquilibre résulte d'un abus. Cet abus peut aussi relever de l'obtention d'un avantage disproportionné. Cette sanction fait l'objet d'une disposition spécifique, elle est inscrite au Code de commerce à l'article L. 442-6, I, 1°. Ainsi, est sanctionné le fait « *d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires ou en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients* ». Le champ d'application de ce texte est large, car il vise

²¹¹ FOURGOUX, J.-L., "Transparence et pratiques restrictives de concurrence - Règles de fond," Fasc. 281, *JurisClassuer Commercial*, LexisNexis, 13 mars 2013, n°150 et 152.

²¹² Cons. const., déc. n° 2010-85 QPC, 13 janv. 2011, Darty : Contrats, conc. consom. 2011, comm. 62, N. Mathey ; Contrats, conc. consom. 2011, comm. 63, MMV ; JCP E 2011, 1136.

même les cas de « tentative ». Pour autant il faudra prouver une telle situation, ce qui ne sera pas aisé. L'avantage disproportionné peut être retenu dans deux hypothèses, l'une concerne l'absence de contrepartie, l'autre le caractère disproportionné de la contrepartie au regard de la valeur du service.

4. LES AIDES DE L'ÉTAT

289 – *Contexte* – L'interventionnisme étatique a toujours été considéré par les États comme un moyen d'action politique. La création d'une Union économique Européenne a modifié le champ d'action des États sur ce point. En effet, la Commission a toujours émis des réserves quant aux politiques de concurrence des États²¹³. Ainsi en 2005 un plan d'action a été publié visant à réduire le volume des aides, le but poursuivi tendait à mieux définir les secteurs pouvant bénéficier des aides. Dès lors, le secteur des PME a fait l'objet d'une plus grande attention, notamment dans le cadre du projet *Small Business Act* qui considère que l'aide au financement des PME, relève de l'intérêt général communautaire²¹⁴. La crise économique de 2008 a modifié les perspectives de la Commission. À la suite de la crise des *subprimes* et à la faillite de Lehman's Brothers, l'Union européenne devait s'adapter en prenant des mesures pour éviter l'effet domino. L'utilisation de l'article 107 §3 b) du Traité qui vise par exception les aides susceptibles d'être compatibles²¹⁵ a permis dans l'urgence de débloquer le système d'aide en faveur des banques de pays membres de l'Union²¹⁶. Dans un premier temps, l'urgence et le caractère exceptionnel de la situation permettaient de faire application de cet article. Dans un second temps, un soutien à l'économie réelle devenait nécessaire. La Commission a publié une communication convenant d'un cadre pour les aides à l'accès au financement²¹⁷.

290 – *Définition, la qualification d'aide publique* – Aucune définition des aides publiques n'existe en droit français, en effet, aucune réglementation générale n'a été prise. De plus, il existe peu de contentieux, de telle sorte que l'étude de la jurisprudence ne

²¹³ MONJAL, P.-Y., *Le droit communautaire applicable aux collectivités territoriales, les nouveaux enjeux*, Territorial éditions, 2006, n°1411.

²¹⁴ GAVALDA, C., PARLEANI, G., et LECOURT, B., *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 7ème éd., 2015, n°949.

²¹⁵ Voir *Infra* n° 292.

²¹⁶ COLSON, J.-P., et IDOUX, P., *Droit public économique*, LGDJ, 7ème éd., 2014, n°617.

²¹⁷ Commission, Communication portant Cadre communautaire temporaire pour les aides d'État destinées à favoriser l'accès au financement dans le contexte de la crise économique et financière actuelle : JOUE n°C 83, 7 avril 2009, p.1.

permet pas d'apporter de précision²¹⁸. Dès lors, la définition et la jurisprudence européenne concernant la notion d'aide publique sont fondamentales et indépendantes du droit interne²¹⁹. Selon Monsieur Monjal, l'aide publique se caractérise par l'existence de fonds versés à une entreprise « à des conditions qui ne seraient pas acceptables pour un investisseur opérant dans des conditions normales d'économie de marché »²²⁰. L'approche de la notion par le droit de l'Union européenne est donc centrale, la qualification « d'aide » s'établit selon plusieurs critères, issus de l'article 107 du TFUE²²¹, et tenant à l'origine des fonds d'un point de vue structurel et matériel, et à l'effet que ce versement peut produire sur un marché concurrentiel²²².

291 – L'intervention de l'État dans l'octroi de l'aide – L'article 107 du Traité a vocation à régir les cas de financement des entreprises dans toute l'Union européenne, or les pays composant l'UE ont une organisation étatique différente, régionale pour certains, fédérale pour d'autres. Ainsi, l'article 107 intègre toutes les collectivités publiques sans distinction de statut, ce qui inclut les entités décentralisées locales et régionales. Cette intégration fait suite à la jurisprudence Land Allemand²²³ dont le but était d'éviter le contournement du contrôle par la Commission européenne des aides publiques par le biais des régions ou autonomies. La difficulté sera de contrôler les aides lorsqu'elles émanent d'entités publiques locales dont l'étendue et l'impact sur le marché peuvent presque passer inaperçues. En droit interne, des dispositions²²⁴ contraignantes ont donc été prises permettant une meilleure diffusion des choix de financement par les collectivités locales en faveur des entreprises. L'aide publique peut aussi être versée par le biais d'un intermédiaire. Deux conditions cumulatives doivent être réunies afin de qualifier l'aide de publique du fait de l'intervention d'une entité contrôlée par l'État (un intermédiaire). D'une

²¹⁸ FROMONT, M., "Aides économiques - Notion, Typologie," Fasc. 256, *JurisClasseur Administratif*, 20 janvier 2015, n°7 et 8.

²¹⁹ COLSON, J.-P., et IDOUX, P., *Droit public économique*, LGDJ, 7ème éd., 2014, n°574 et s.

²²⁰ MONJAL, P.-Y., *Le droit communautaire applicable aux collectivités territoriales, les nouveaux enjeux*, Territorial éditions, 2006.

²²¹ Article 107, §1 TFUE : « Sauf dérogation prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ».

²²² MAINGUY, D., et DEPINCE, M., *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 201, n°419 et s.

²²³ CJCE, 14 oct. 1987, « RFA c/ Commission », Aff. C.-248/84.

²²⁴ Circulaires du 16 janv. 2003 et 26 janv. 2006 relative à l'application au plan local des règles communautaires de concurrence relatives aux aides publiques ; article L. 151-1-1 CGCT issu de la loi du 13 août 2004 imposant aux collectivités territoriales et groupements la récupération des aides qu'ils auraient illégalement versées et de supporter, au titre des dépenses obligatoires, les conséquences financières de l'éventuelle condamnation de l'État pour exécution incomplète ou tardive d'une décision de récupération.

part, l'aide doit provenir de ressources publiques, et d'autre part, elle doit relever d'un choix étatique, c'est-à-dire être imputable à l'État ou à l'entité publique locale. Il faut donc un véritable contrôle des fonds par l'État. Par ailleurs, la jurisprudence communautaire n'applique les critères de contrôle des aides publiques qu'au cas d'intervention à caractère économique des autorités publiques distinguant par là même cette hypothèse avec les actes de puissance publique²²⁵. Le financement de la préemption par le biais des FISAC peut faire craindre une requalification en aides de l'État²²⁶.

292 – Le financement au moyen de ressources publiques – Pour que le financement soit qualifié d'aide publique, il faut que l'origine des fonds soit publique. Ce pléonasme relève de l'évidence, et pourtant ce critère n'apparaissait pas clairement à la lecture de l'article 107 du Traité. Ce critère est donc issu d'une interprétation de la Cour qui précise que la mesure de soutien à l'entreprise ou à la production doit être supportée par le contribuable et non par le consommateur²²⁷. La distinction entre « contribuable » et « consommateur » peut apparaître quelque peu fictive, en effet le consommateur payant la TVA n'est-il pas *de facto* contribuable ? Les autorités de contrôle doivent donc analyser la mesure en fonction de ses effets sur les finances publiques, si ces dernières sont sollicitées soit par un mouvement financier, c'est-à-dire un versement, soit par un manque à gagner pour l'État, il s'agira d'une aide publique²²⁸. Or une telle situation de « moins-value » n'est pas une hypothèse d'école dans le cadre de l'exercice de la préemption commerciale et artisanale. La commune devant acquérir le bien commercial ou artisanal au prix du marché, puis le rétrocéder dans un délai de deux ans, pendant lequel l'exploitation du commerce n'est pas toujours possible, à la rétrocession du bien sa valeur peut avoir diminué. Dès lors, la commune subira une moins-value pouvant entrer dans le champ de qualification d'aide publique.

293 – L'avantage tiré de l'aide et portant atteinte à la concurrence – L'aide est considérée comme incompatible avec le Traité si elle produit un effet anticoncurrentiel. Selon l'article 107 du TFUE, l'aide ne doit pas fausser ou menacer la concurrence. Le critère ainsi posé peut paraître abstrait²²⁹, concrètement il s'agit d'une mise en perspective de l'avantage octroyé par l'aide à l'entreprise en fonction du marché. C'est une

²²⁵ TPI UE, 3 mars 2009, Aff. T-163/05, Bundesverband Deutscher Banken EV : Dr. adm. 2010, comm. 126, M. Bazex.

²²⁶ Réforme des missions des FISAC : L. n° 2014-626, 18 juin 2014 : Journal Officiel 19 Juin 2014, art. 61.

²²⁷ CJCE, 24 janv. 1978, « Van Tiggele », Aff. N°82/77, Rec p.25.

²²⁸ COLSON, J.-P., et IDOUX, P., *Droit public économique*, LGDJ, 7ème éd., 2014, n°600.

appréciation *in concreto* de l'avantage au bénéfice de l'entreprise, qui ainsi placée en situation « normale » de marché ne doit pas être avantagée. L'avantage peut donc être direct ou indirect, la forme que peut prendre l'aide importe peu, seuls les effets de la mesure sont pris en compte. L'avantage peut donc résulter d'un allègement des charges résultant soit d'une position active comme le versement d'une subvention, un prêt, la participation au capital d'une entreprise²³⁰; soit d'une position passive telle qu'une économie réalisée par l'entreprise comme l'exonération d'un impôt ou de charges sociales²³¹. L'atteinte au marché communautaire doit être constatée pour que la mesure soit qualifiée d'incompatible. L'aide doit affecter les échanges entre États membres. Aucun critère quantitatif n'est imposé par le droit ou la jurisprudence communautaires. Pour autant, la Commission a défini des seuils « *de minimis* » afin de concentrer le contrôle sur les aides les plus importantes. La communication de la Commission du 6 mars 1996 ne faisant pas autorité en raison des réticences de la Cour, des règlements ont donc été pris afin d'affirmer le principe des aides « *de minimis* ». Dès lors, l'obligation de notification des aides publiques est soumise à un seuil de 200 000 euros par entreprise sur trois exercices fiscaux²³². Cette approche par seuil est aussi utilisée en ce qui concerne les aides accordées à un service d'intérêt économique général. Ainsi, par principe, toute aide impliquant un avantage anticoncurrentiel est incompatible, mais par exception le financement public des missions de service public peut échapper à la qualification d'aide. L'exception et son régime sont jurisprudentiels. L'approche est dite « compensatoire », il s'agit de vérifier si le montant des fonds est disproportionné par rapport au surcoût généré par la mission de service public²³³. Ce calcul est effectué sur la base de quatre conditions cumulatives²³⁴ : le service public et l'obligation de service public doivent être clairement définis, la compensation du coût du service public doit être préalablement établie de façon objective et transparente. La compensation doit couvrir uniquement les coûts, si le choix de l'entreprise exécutant le service public ne relève pas d'une procédure de marché public l'analyse du coût se fera par référence à une entreprise moyenne équivalente et bien gérée.

²²⁹ COLSON, J.-P., et IDOUX, P., *Droit public économique*, LGDJ, 7ème éd., 2014, n°619.

²³⁰ CJCE, 14 f.évr. 1990, Aff. C-301/87, Rép. Française c/ Comm. : Rec. CJCE 1990, p.307.

²³¹ CJCE, 26 sept. 1996, Aff. C-241/94, Rép. Française c/ Comm. CE.

²³² Comm. CE, Règl. CE n°1998/2006, 15 déc. 2006, concernant l'application des articles 87 et 88 du traité des aides *de minimis*, JOUE n°L-379, 28 déc. 2006, p.5.

²³³ CJCE, 22 nov. 2001, Ferring, Aff. C-53/00, rec. 9067 ; S. Rodrigues, « Services publics et droit communautaire : de la régulation à l'évaluation », Europe 2002, chron. 2.

²³⁴ CJCE, 21 juill. 2003, Altmark, CCC 2003, comm. 187, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

294 – *Les aides compatibles avec le marché commun* – Selon l'article 107 §2 certaines aides sont de plein droit considérées comme compatibles. Ces aides ont un caractère social et ne doivent pas être attribuées de façon discriminatoire par rapport à l'origine d'un produit. Deux types d'aides sont concernées : il s'agit d'une part, des aides remédiant aux dommages causés par des catastrophes naturelles ou par des événements extraordinaires tels que des émeutes ; et d'autre part les aides économiques affectés aux régions de l'ex RDA. Par ailleurs, l'article 107 §3 envisage plusieurs hypothèses de financement ayant un objectif compatible avec la stratégie communautaire d'aide au rétablissement du marché sous trois conditions, tout d'abord l'aide doit être temporaire, elle ne doit pas porter atteinte au marché et enfin, les conditions d'octroi doivent être transparentes. Ces aides compatibles sont énumérées par l'article 107 §3, il s'agit des aides aux régions défavorisées, les aides destinées à favoriser la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun, les aides sectorielles ou régionales et les aides pour la culture et la préservation du patrimoine. Enfin, l'article 108 du TFUE attribue à la Commission une compétence exclusive de contrôle des aides octroyées par les États membres aux entreprises de telle sorte que la décision de la Commission conditionne l'action en justice au niveau des juridictions nationales et lie ces dernières à cette décision.

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

295 – *L'intérêt de l'analyse des concepts* – La définition des droits et libertés applicables à la vie de l'entreprise permet de comprendre les enjeux de la préemption. En effet, l'application de la préemption aux biens artisanaux et commerciaux place la commune dans un rôle d'acteur de l'économie. La régulation qui peut en résulter, de par cette pratique, peut faire craindre des atteintes aux droits et libertés telles que le droit de propriété et la liberté d'entreprendre. Pour connaître des atteintes, il faut étudier les concepts. L'étude détaillée de ces libertés met en lumière l'impact que le droit de préemption aura sur l'application déjà établie du droit de propriété, de la liberté du commerce et de l'industrie et de la libre concurrence. Les critères applicables au contrôle de ces droits et libertés laissent entrevoir les limites à l'application du droit de préemption. L'examen des critères de définition et de protection des libertés est alors éclairant. Ainsi, la reconnaissance du droit de propriété est en lien direct avec la liberté d'entreprendre ; ces deux libertés ont un ADN commun révélé par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 16 janvier 1982¹ portant sur les lois sur les nationalisations. Cette décision marque aussi les limites à ces libertés, toutes deux peuvent être restreintes par l'intérêt général. La Cour européenne des droits de l'homme relaye cette analyse pour le droit de propriété² fondée sur l'alinéa 2nd de l'article 1^{er} du 1^{er} Protocole additionnel. Il apparaît donc que le droit de préemption s'inscrit dans cette logique, même si le droit de disposer librement du bien est restreint par le changement imposé de cocontractant, l'intérêt général justifie cette atteinte. La liberté du commerce et de l'industrie a une place centrale³, mais le manque d'homogénéité de la jurisprudence sur sa nature rend instable sa protection. En effet, selon qu'il s'agisse d'une liberté ou d'un principe général du droit, les limitations justifiées par l'intérêt général, ne pourront résulter que de la loi ou pourront, sous conditions, être prévues par les règlements. Cette « fragilité » peut porter à conséquence, mais elle sera palliée par la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la liberté du commerce et de

¹ Cons. Const., 16 janv. 1982, D. 1983. 169, note Hamon, JCP 1982. II. 19788, note Nguyen Quoc Vinh et C. Frank, GAaz. Pal. 1982. 1. 67, note A. Peidelièvre et J. Dupichot, Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, par L. Favoreu et L. Philip, 14^e éd., n°28.

² CEDH 29 avril 1999, req. n°25088/94, req. n°28331/95, req. n°28443/95, Chassegnon c/ France, JCP 1999. II. 10172, note J de Malafosse, AJDA 1999. 922, note F. Priet, RF-DA 1999. 451, RFDA 1999. 811, note J. Andriantsimbazoniva, Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme par F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazoniva, A. Gouttenoire et M. Lévinet, 5^e 2d. 2009, PUF, n°67.

³ NEAU-LEDUC, P., "Rapport introductif," *Entreprise et liberté : Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales de Montpellier*, Dalloz, 2008.

l'industrie garantissant son contrôle. Cette liberté constitutionnelle recouvre plusieurs aspects, elle garantit ainsi la libre installation et d'établissement, le libre exercice d'une profession et la liberté contractuelle. Ce dernier aspect est au cœur de l'analyse du droit de préemption, la liberté contractuelle étant, par la présence de la personne publique au contrat relatif au fonds de commerce, fonds artisanal et bail commercial, restreinte voir annihilée. Enfin, en ce qui concerne la libre concurrence, la vision éminemment libérale de cette notion influence directement la logique attachée au droit de préemption. L'interventionnisme étatique risque de provoquer un déséquilibre dans le jeu de l'offre et de la demande. Le droit de la concurrence encadre le comportement des opérateurs économiques en définissant très largement ceux qui seront soumis à ces règles et encadre leurs actions sur le marché. Ainsi, si le critère central en matière de libre concurrence est celui de l'entreprise, les personnes de droit public ne seront pas étrangères aux exigences du droit de la concurrence. Dès lors, l'application au droit de préemption est inévitable. Le comportement de la commune, de ses délégataires et des cocontractants sera alors soumis aux règles de la concurrence. Les ententes, les pratiques restrictives, l'abus de position dominante sont autant d'atteintes à la libre concurrence que le droit de préemption ne pourra ignorer. De même le contrôle des aides de l'État pourrait restreindre le droit de préemption à sa plus simple expression, soit une simple procédure.

CHAPITRE SECOND : LE CONTROLE DE L'EQUILIBRE ENTRE LE DROIT DE
PREEMPTION ET LE RESPECT DES LIBERTES

296 – *La recherche d'un équilibre entre libertés et préemption* – L'atteinte au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre dans le cadre de la préemption commerciale et artisanale doit être envisagée. L'équilibre entre libertés et préemption dépendra de la pratique c'est-à-dire de l'expérience *in concreto* ; mais l'étude du dispositif textuel en lui-même peut aussi révéler des atteintes « objectives ». La notion même « d'équilibre » est centrale dans l'analyse, en effet, le contrôle des atteintes se fait par référence à la notion de proportionnalité entre la mesure et l'objectif poursuivi. Le droit de propriété est garanti tant par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que par la Constitution. Le traitement de cette liberté par la Cour européenne des droits de l'homme s'effectue à partir de trois axes, le droit au respect des biens, la limitation du droit de priver quelqu'un de sa propriété et la limitation de l'usage du bien en raison de l'intérêt général. Le contrôle est basé sur une analyse de la légalité, de la légitimité et de la proportionnalité du dispositif incriminé. Cette approche est similaire à celle du Conseil Constitutionnel, qui envisage son contrôle à partir des critères de légitimité, pris en référence à l'intérêt général, et de proportionnalité qui résulte de l'équilibre entre la mesure et l'objectif. La méthode d'analyse est la même en ce qui concerne la liberté d'entreprendre. Il s'agira dans ce cas d'envisager les atteintes selon la liberté qui compose la liberté d'entreprendre, soit la liberté contractuelle, soit la liberté d'exercer une profession et de choisir son lieu d'exploitation, soit la liberté de gérer son entreprise, et la libre concurrence. Le droit à la libre concurrence est envisagé différemment au regard du droit européen. Ainsi les atteintes dépendront non seulement de la pratique, mais surtout de la qualification de ces atteintes par les règles du droit de la concurrence (Section 1).

297 – *Le contrôle des pratiques communales en matière de préemption* – Les garanties de procédure impliquent l'intervention du juge afin de les rendre efficaces. Le rôle du Conseil Constitutionnel dans le contrôle des droits et libertés a pris une place prépondérante par le biais de la nouvelle procédure de question prioritaire de constitutionnalité. La préemption commerciale et artisanale a fait l'objet d'une QPC qui n'a

pu dépasser le filtre de la Cour d'appel¹. L'évolution de la législation relative à la préemption sur les fonds et le bail commercial, ainsi que l'absence de décision du Conseil Constitutionnel en raison du filtre, permettent de soutenir qu'une nouvelle QPC reste possible, impliquant d'étudier l'ensemble des décisions du Conseil fondées sur le droit de propriété et la liberté d'entreprendre. L'intervention des juges dans le contrôle de l'application du droit de préemption amène à scinder le contentieux et principalement la répartition des compétences entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif. Cette attribution de compétence basée sur la *summa divisio* entre personne de droit public et de droit privé, se complexifie au fur et à mesure des différentes étapes de la préemption en raison de la présence de multiples acteurs (Section 2).

Section 1 : La confrontation des libertés fondamentales et du droit de préemption

Section 2 : Le contrôle de l'application du droit de préemption : l'opposabilité des garanties

¹ CA Paris, pôle 5, ch. 3, 15 juin 2011 : JurisData n° 2011-013512, "QPC : demande de transmission à la Cour de cassation rejetée," *JCP*, n° 35, *Sommaire* 883, 29 Août 2011,.

Section 1 : La confrontation des libertés fondamentales et du droit de préemption

298 – *La recherche d'un équilibre précaire* – L'action communale en matière de commerce, d'artisanat et donc d'économie est fondamentalement susceptible de porter atteinte aux droits et libertés. L'équilibre entre interventionnisme et libertés est difficile à trouver tant l'antagonisme est fort. Le rôle d'une commune est-il d'être commerçant ? Le maire a-t-il un rôle d'investisseur ou de mécène ? La formulation quelque peu caricaturale de ces questions n'est pourtant pas éloignée de la réalité et des enjeux de la préemption commerciale. L'atteinte aux droits et libertés sera double car complémentaire¹ le droit de propriété d'une part (Paragraphe 1) et la liberté d'entreprendre d'autre part (Paragraphe 2). Mais comme le souligne Monsieur Guibal « *toute action interventionniste n'est pas nécessairement illégale, mais une action interventionniste peut être illégale pour violation de la liberté du commerce et de l'industrie* »². Il s'agit pour cet auteur de mettre en lumière cet équilibre entre l'intérêt général et les droits et libertés.

PARAGRAPHE 1 : LES HYPOTHESES D'ATTEINTE AU DROIT DE PROPRIETE

299 – *L'interventionnisme communal et le droit de propriété* – Droit « inviolable et sacré », le droit de propriété est pourtant limité par nombres de dispositions et plus particulièrement par le droit de l'urbanisme. Ces limitations n'ont pas suscité de débat car elles sont justifiées. Tout d'abord, pour des raisons historiques, le droit de l'urbanisme est apparu à l'entre-deux guerre, la France, comme l'Europe, étant en ruine, l'État devait planifier la reconstruction et gérer les problèmes de logement. Ensuite, le droit de l'urbanisme n'est pas attentatoire au droit de propriété pris dans toutes ses composantes. En effet, les actions d'urbanisme ne vont porter atteinte qu'à l'usus ou à l'abusus, selon les cas³. Enfin, en ce qui concerne le droit de préemption, la particularité de ce droit, parfois qualifié « *d'expropriation douce* »⁴, repose sur les conditions de sa mise en œuvre. Elle se caractérise ainsi par l'expression de la volonté du propriétaire d'aliéner son bien, il ne peut

¹ MORENO, D., "Les contraintes urbanistiques et environnementales et l'activité de l'entreprise," *Pour un bail commercial adapté aux réalités économiques - CREDA, Litec*.

² GUIBAL, M., "Commerce et industrie," *Répertoire Droit Commercial Dalloz*, Janvier 2015, n°84.

³ Atteinte à l'usus par les servitudes urbanistiques, et atteinte à l'abusus par le droit de l'expropriation et droit de préemption.

⁴ BOUYSSOU, F., "Respect du droit de propriété et droit de l'urbanisme," *AJDA*, 2003, p. 2135.

y avoir de préemption sans volonté préalable d'aliéner⁵. Il faut donc se placer sur le terrain de l'abus pour étudier les possibles atteintes au droit de propriété par l'usage du droit de préemption. L'abus consiste en la faculté de disposer du bien, il s'agit du droit de vendre, de donner ou de louer le bien et même de démembrement le droit de propriété. Le droit de préemption ne contrarie pas la faculté du propriétaire de disposer de son bien, ce droit est même le déclencheur de l'application de la préemption. Mais par l'effet que produit la préemption, du fait de la substitution d'acquéreur et donc de cocontractant, le droit de préemption limite le droit de disposer du bien dans son aspect contractuel. Le propriétaire perd donc sa liberté de choisir son acquéreur, cet aspect a conduit la doctrine à qualifier le droit de préemption « *d'inaliénabilité intuitu personae* »⁶.

300 – *Le double niveau d'atteinte au droit de propriété* – Le droit de propriété pourra être atteint dans la pratique par la mise en œuvre du droit de préemption. Les critères de l'atteinte peuvent être étudiés selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (A) et selon les décisions et QPC du Conseil Constitutionnel (B). La Cour européenne des droits de l'homme dégage trois axes de protection du droit de propriété, le contrôle s'applique au respect du bien, aux limitations du droit de priver de la propriété, et aux limitations de l'usage du bien. Le droit de préemption se positionne dans l'hypothèse d'une limitation à l'usage du bien. Ainsi l'atteinte est constituée pour la Cour si le dispositif incriminé est illégal, illégitime et disproportionné. Le Conseil Constitutionnel focalise son contrôle sur la base de deux critères, la légitimité, prise en référence à la notion d'intérêt général, et la proportionnalité, considérée comme l'équilibre entre la mesure et l'objectif poursuivi. Le droit de préemption peut, à bien des égards, se trouver en confrontation avec le contrôle déjà appliqué par le Conseil Constitutionnel et notamment en ce qui concerne la présence de garanties suffisantes prévues par la loi.

A) L'EMPREINTE DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME SUR LE RAPPORT ENTRE LE DROIT DE PREEMPTION ET LE DROIT DE PROPRIETE.

301 – *L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme* – Le respect de la conformité des procédures encadrant l'intervention des personnes publiques dans la sphère privée avec le droit européen est devenu une évidence⁷. Si les principes issus de la

⁵ SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit de préemption*, LGDJ, 1979, n°314.

⁶ *Op. Cit.* n°317.

⁷ HOSTIOU, R., et STRUILLOU, J.-F., *Expropriation et préemption*, Litec 4ème éd., 2011, n°864.

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ont irrigué tout le droit, toutes matières confondues, le droit de préemption n'a pas tellement été impacté par un tel contentieux. Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme portant sur le droit de préemption en France sont peu nombreux⁸. Il faut donc entreprendre une étude par analogie⁹, à partir de la jurisprudence concernant notamment les droits de préemption des autres pays soumis à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, mais aussi en fonction des arrêts rendus par la Cour en matière de droit de l'urbanisme. Le principe du droit au respect de la propriété est garanti par l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention selon lequel « *toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour régler l'usage des biens conformément à l'intérêt général* ». C'est à partir de la jurisprudence de la Cour¹⁰ qu'il a été possible de dégager trois grands axes de protection du droit de propriété. Ainsi, la garantie apportée par le droit européen porte sur le droit au respect des biens, sur la limitation du droit de priver quelqu'un de sa propriété et sur la limitation de l'usage du bien en raison de l'intérêt général.

302 – L'application à la procédure de préemption des principes issus de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – Le droit de préemption s'articule autour de plusieurs étapes, la délimitation d'une zone de préemption étant la première étape, la déclaration de l'intention d'aliéner le bien soumis à la préemption la deuxième, puis l'exercice du droit de préemption par la commune, et enfin la dernière étape consiste pour la commune à rétrocéder le bien. La première étape visant à établir un périmètre permet d'identifier une certaine zone géographique plutôt qu'une autre, à l'intérieur de laquelle le commerçant ou l'artisan, propriétaire de son activité, sera impacté par la procédure de préemption qui met à sa charge l'obligation de déclarer les cessions à venir. Or il est admis l'atteinte future au droit lorsqu'un indice raisonnable et

⁸ CEDH, 22 sept. 1994, Mme Hentrich c/ France, série A, n°296-A ; DS 1995, jurispr. p. 465, note D. Fioline ; LPA 9 juin 1995, n° 69, p.8, note J.-F. Flauss ; CEDH, 23 sept. 2003, Mirailles c/ France, D. 2004. SC. 991, note C. Birsan.

⁹ HAUMONT, F., "La Cour européenne des droits de l'homme et le droit de préemption," *AJDA*, 14 avril 2008, p. 747.

¹⁰ CEDH, 23 sept. 1982, Sporrang et lönnroth c/ Suède.

convaincant rend probable l'exercice de la préemption¹¹. Mais la préemption n'a pas pour effet d'obliger le propriétaire à céder son bien, contrairement à l'expropriation. Dès lors, il est facile de conclure à l'absence d'atteinte au droit de propriété de par l'inapplicabilité de l'article 1 du premier Protocole additionnel à cette phase de la préemption. La jurisprudence de la Cour dans l'affaire Mirailles c/France¹² qualifie le droit de l'acquéreur évincé « *d'option conditionnelle* » dont la réalisation dépend de la purge du droit de préemption. Ce droit conditionnel ne peut s'analyser comme « une espérance légitime »¹³. Mais la Cour a distingué deux hypothèses de préemption, soit il s'agit d'une substitution d'acquéreur « potentiel », sans transfert de propriété ; soit la préemption opère un transfert de propriété. La seconde hypothèse rentre dans le champ d'application de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel et s'analyse comme une privation du droit de propriété¹⁴. Le droit de préemption commercial et artisanal doit être purgé pour que l'aliénation soit opérée, aussi il ne peut y avoir d'intervention de la commune après transfert de propriété, de telle sorte que l'acquéreur potentiel n'aura toujours qu'un droit conditionnel. Mais cette affirmation ne s'applique pas au cas de préemption de la commune en cas d'adjudication car dans cette hypothèse un acquéreur a été substitué, il n'y a plus de droit conditionnel mais bien réel.

303 – *Les conditions de conformité à l'article 1^{er} du premier Protocole* – Les garanties de l'article 1^{er} sont conditionnées par l'appréciation de l'ingérence. La procédure de préemption sera conforme aux règles de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales à condition qu'elle soit légale, légitime et proportionnée. La légalité du dispositif ne fait aucun doute en matière de préemption. La Cour considère que la procédure de préemption est légale dès l'instant où elle résulte d'une loi ou d'une disposition réglementaire. Mais elle précise le caractère du fondement légal en exigeant que le contenu soit suffisamment accessible, précis et prévisible. Ces conditions ont amené la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire Hentrich c/France¹⁵ à considérer que la loi appliquée en l'espèce était inaccessible, imprécise et imprévisible, en raison du manque de précision légale de la notion de « prix de vente insuffisant » dont

¹¹ HAUMONT, F., "La Cour européenne des droits de l'homme et le droit de préemption," *AJDA*, 14 avril 2008, p. 747.

¹² CEDH, 23 sept. 2003, Mirailles c/ France, D.2004. SC. 991, note C. Bîrsan.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ CEDH, 22 sept. 1994, Mme Hentrich c/ France, série A, n°296-A ; DS 1995, jurispr. p. 465, note D. Fioline ; LPA 9 juin 1995, n° 69, p.8, note J.-F. Flauss.

¹⁵ CEDH, 22 sept. 1994, Mme Hentrich c/ France, série A, n°296-A ; DS 1995, jurispr. p. 465, note D. Fioline ; LPA 9 juin 1995, n° 69, p.8, note J.-F. Flauss.

l'appréciation était ainsi laissée à l'arbitraire de l'administration fiscale. Le droit de préemption commercial et artisanal doit être analysé à la lumière de ces conditions. La loi et le décret d'application encadrent bien l'exercice du droit de préemption, pour autant le dispositif est-il suffisamment précis, accessible et prévisible ? La réponse ne peut être que négative au regard de l'ensemble des incohérences relevées dans la première partie de l'analyse portant sur les conditions de mise en œuvre de ce droit. En effet, en ce qui concerne la délimitation du périmètre de préemption, les critères de la motivation par le conseil municipal ne sont pas précisés par la loi, laissant dès lors à la commune un arbitraire total dans son choix d'intervention en matière commerciale et artisanale, puisque l'établissement d'un périmètre peut être motivé par tout moyen¹⁶.

Par ailleurs, le périmètre de préemption fera l'objet de mesures de publicité, or il a été démontré que celles-ci étaient insuffisantes, notamment au regard des mesures de publicité exigées pour d'autres droits de préemption. Ce « décalage » résulte de l'omission d'un renvoi aux dispositions du droit de préemption général¹⁷. Il s'agit donc d'une imprécision textuelle sanctionnée par la Cour européenne des droits de l'homme. De même, en ce qui concerne le contenu du formulaire *Cerfa* nécessaire à la déclaration de l'aliénation à venir et précisant la nature du bien susceptible de préemption, son imprécision et ses lacunes ne sont plus à démontrer¹⁸, faisant peser sur la procédure de préemption un risque évident de non-conformité avec les conditions de légalité retenues par la Cour. Pour autant, la loi dite « Pinel » du 18 juin 2014 a corrigé les lacunes de la DIA¹⁹. La difficulté sera alors autre, en effet, la loi prévoit une déclaration plus complète mais l'arrêté ayant instauré le formulaire *Cerfa* n'a pas été modifié, pouvant provoquer des confusions dans la pratique. De plus, certaines communes ont mis en place des documents visant à compléter la déclaration d'intention d'aliéner²⁰. Or, un tel procédé, même facultatif, n'ayant été prévu par aucun texte : loi, règlement, décret, arrêté, ne remplit la condition de légalité imposée par l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel, le caractère anticonventionnel de cette pratique est alors évident. Il faudra savoir si la réforme de 2014 aura permis de supprimer ces pratiques. Enfin, à la rétrocession du bien préempté, un cahier des charges est rédigé par la commune et soumis à l'acquéreur du fonds ou du droit au bail commercial. Or la loi est

¹⁶ Voir *Supra* n°25 à 27.

¹⁷ Voir *Supra* n° 36 et 37.

¹⁸ Voir *Supra* n°6.

¹⁹ Voir *Supra* n°62.

²⁰ Voir *Infra* n°404.

lacunaire, et donc imprécise et imprévisible, en ce qui concerne le contenu du cahier des charges, l'arbitraire de la puissance publique en ce domaine ne fait aucun doute²¹.

L'exercice du droit de préemption doit être légitime. Cette analyse est partagée par la Cour européenne des droits de l'homme qui, confrontée au contentieux de l'urbanisme, a appliqué sa jurisprudence traditionnelle selon laquelle « *dans un domaine aussi complexe et difficile que l'aménagement des villes, les États contractants jouissent d'une grande marge d'appréciation pour mener leur politique urbanistique* »²². En ce qui concerne le domaine de l'aménagement du territoire la Cour précise que « *dans de tels cas, où l'intérêt général de la communauté occupe une place prééminente, la Cour est d'avis que la marge d'appréciation de l'État est plus grande que lorsque sont en jeu des droits exclusivement civils* »²³. Le contrôle de la Cour en ce domaine portera soit sur l'absence d'intérêt général du dispositif, ce qui semble manifestement rare et ne peut pas concerner le droit de préemption commercial et artisanal ; soit sur l'existence d'un comportement particulièrement attentatoire à l'intérêt général par le titulaire du droit de préemption, relevant dans une telle hypothèse d'une appréciation au cas d'espèce²⁴.

Le droit de préemption devra enfin être proportionnel dans son exercice par rapport à l'intérêt général, c'est-à-dire par rapport au but poursuivi. Comme le précise Monsieur Haumont²⁵ la proportionnalité en matière de droit de préemption s'appliquera « *soit à la procédure de fixation du prix du bien ; soit aux recours prévus et garantissant les droits individuels* ». La préemption par principe s'exerce au prix déclaré au préalable par le propriétaire du bien qui souhaite l'aliéner. L'ingérence de la personne publique est dès lors proportionnée. Malgré tout la question du rapport entre le prix payé par la personne publique et la proportionnalité de son action dans la sphère privée se pose dans le cadre plus particulier du droit de l'expropriation. La Cour européenne des droits de l'homme ne s'immisce pas dans le calcul permettant pour la juridiction nationale de fixer le montant de l'indemnité d'expropriation, mais elle précise que seule une indemnisation intégrale peut être qualifiée de proportionnée. Mais la préemption diffère sur ce point avec le droit de l'expropriation. En effet, l'aliénation n'est pas forcée, elle ne nécessite donc pas

²¹ BLATTER, J.-P., "Le décret d'application du droit de préemption des communes sur les fonds et les baux," *AJDI*, Février 2008, p. 88.

²² CEDH 23 sept. 1982, Sporrang et Lönnroth c/ Suède ; CEDH 2 août 2001, Elia srl c/ Italie ; CEDH 17 oct. 2002, Terrazzi c/ Italie ; CEDH 8 nov. 2005, Saliba c/ Malte ; CEDH [déc.], 24 janv. 2006, Galtieri c/ Italie ; HAUMONT, F., "La Cour européenne des droits de l'homme et le droit de préemption," *AJDA*, 14 avril 2008, p. 747.

²³ CEDH 27 avr. 2004, Gorraiz Lizarraga et cts c/ Espagne.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

d'indemnisation. Aussi la conformité de la procédure de préemption avec le critère de proportionnalité doit être étudiée sous l'angle des garanties procédurales. La Cour articule son contrôle autour de deux axes, le premier concerne le délai raisonnable et le second, l'égalité des armes, fondés sur l'article 6 §1 de la Convention. Elle encadre ainsi l'exercice du droit de l'expropriation par un contrôle des recours, sanctionnant la France en raison de la présence du commissaire du gouvernement dans la procédure de fixation de l'indemnité d'expropriation. En effet, le commissaire du gouvernement bénéficie d'un accès privilégié aux informations « pertinentes » et dispose à la fois d'un rôle d'expert et de partie, ce cumul de compétences ne respecte donc pas le principe de l'égalité des armes²⁶. Selon Monsieur Haumont, le contrôle de la Cour devrait se réaliser à l'encontre des procédures de préemption s'exerçant après saisine d'une juridiction compétente dans la fixation d'un prix autre que celui déclaré²⁷. L'ensemble de cette analyse est corrélé par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et par l'article 17 selon lequel « *toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général* ». Or une telle rédaction met le focus sur un autre aspect de la procédure de préemption, à savoir la rétrocession. En effet, à la rétrocession, la commune rédige un cahier des charges, qui sera imposé à l'acquéreur. Le contenu du cahier des charges n'est pas encadré, aucune disposition ne prévoit donc l'étendue des obligations qui peuvent incomber à l'acquéreur du bien préempté, laissant à la commune un pouvoir de contrôle de l'usage de ce bien.

B) LE CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE

304 – *L'approche mesurée du Conseil* – Le Conseil Constitutionnel rappelle régulièrement et selon une formule « rituelle » les règles encadrant le contrôle du respect du droit de propriété. Ainsi, selon le Conseil « *il est loisible au législateur d'apporter aux conditions d'exercice du droit de propriété des personnes privées, protégé par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et à la liberté contractuelle, qui découle de son article 4, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées*

²⁶ CEDH 24 avr. 2003, Yvon c/ France, §37, R. Hostiou, Expropriation : le commissaire du gouvernement et le droit à un procès équitable, D. 2003. Jur. 2456 ; foncières, juill.-août 2003, n°104, pp. 8-12 ; CEDH 25 avr. 2006, Roux c/ France, AJDA 2006. 1441, note Hostiou.

²⁷ *Ibid.*

par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi »²⁸. Deux critères fondent le contrôle opéré par le Conseil, le critère de la légitimité et de la proportionnalité. Le critère de légitimité est apprécié en référence à l'intérêt général fondant la mesure législative. Quant au critère de proportionnalité, il doit se comprendre comme relevant de l'équilibre entre la mesure appliquée et l'objectif poursuivi, cet équilibre passe aussi par le maintien et le respect par la loi de la mise en œuvre effective de garanties suffisantes.

305 – La nouvelle tendance suscitée par la question prioritaire de constitutionnalité – L'ouverture du recours au justiciable devant le Conseil Constitutionnel par l'instauration de la procédure de la QPC permet de préciser l'étendue de la protection du droit de propriété. L'étude menée par le Conseil se fonde sur les critères de légitimité et de proportionnalité, même si l'ensemble des QPC ayant retenu une atteinte au droit de propriété repose sur le critère de proportionnalité. L'examen du critère de proportionnalité²⁹ amène le Conseil Constitutionnel à porter une attention particulière au respect par la loi de garanties suffisantes présentant deux aspects interdépendants. Le premier doit être entendu en lien avec l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ainsi seule la loi peut limiter un droit reconnu et protégé par le bloc de constitutionnalité³⁰. Le second concerne le droit au recours prévu et déterminé légalement, celui-ci doit être effectif et suffisant³¹. Or, sur la base de ces décisions, il est possible de considérer que le droit de préemption des communes sur les biens commerciaux et artisanaux ne présente pas de garanties suffisantes. En effet, en ce qui concerne les recours, la loi ne précise pas les garanties procédurales ouvertes au bailleur du bien commercial. Ce dernier est informé de la procédure, cette information est prévue par le décret d'application, mais son droit au recours n'est jamais envisagé. Or sa situation n'est pas celle du propriétaire du bien qui déclare son intention d'aliéner, le bailleur est un tiers contraint par la substitution de

²⁸ Cons. const. n°2012-660 DC, 17 janv. 2013, Loi relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social, cons. 5, JORF du 19 janv. 2013, p. 1327. Cons. const. n°2014-691 DC, 20 mars 2014, Loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, cons. 7, JORF du 26 mars 2014, p.5925.

²⁹ Cons. const. n°2011-208 QPC, 13 janv. 2012, JO du 14 janv. 2012, p.752, Cons. const. n°2011-212 QPC, 20 janv. 2012, JO du 21 janvier 2012, p.1214 ; Cons. const., n° 2014-691 DC, 20 mars 2014, cons. 7, JORF du 26 mars 2014, p. 5925; Cons. const., n°2014-394 QPC, 7 mai 2014, cons. 11, JORF du 10 mai 2014, p. 7873.

³⁰ Cons. const. n°2011-176 QPC, 7 oct. 2011, JO du 8 oct. 2011, p.17019, Cons. const. n°2012-212 QPC, 20 janv. 2012, JO du 21 janv. 2012, p.1214.

³¹ Cons. const. n°2012-226 QPC, 6 avr. 2012, JO du 7 avr. 2012, p. 6413, Cons. const. n°2012-292, QPC, 15 févr. 2013, JORF du 16 févr. 2013, p.2685 ; Cons. const. n° 2014-394, QPC, 7 mai 2014, cons. 10, JORF du 10 mai 2014, p. 7873.

cocontractant du fait de la préemption. Ainsi, de par cette qualité, et en l'absence de recours effectif prévu par la loi, il est possible de considérer que son droit de propriété n'est pas respecté. Par ailleurs, les dispositions législatives qui prévoient des sanctions en référence à un cahier des charges manquent de précision et portent ainsi atteinte au droit de propriété. En effet, selon l'article L. 214-2 du Code de l'urbanisme, « *l'acte de rétrocession prévoit les conditions dans lesquelles il peut être résilié en cas d'inexécution par le cessionnaire du cahier des charges* », sans aucune autre précision légale, si bien que le contenu contraignant du cahier des charges est laissé à l'appréciation de la personne publique³², ce que le Conseil Constitutionnel sanctionne. Il faut ainsi se reporter à la lecture de la décision du Conseil Constitutionnel du 7 octobre 2011 qui déclare inconstitutionnel une disposition attribuant « *à la collectivité publique le plus large pouvoir d'appréciation sur l'application de cette disposition et ne définit pas les usages publics auxquels doivent être affectés les terrains ainsi cédés ; qu'aucune autre disposition législative n'institue les garanties permettant qu'il ne soit pas porté atteinte à l'article 17 de la déclaration de 1789* »³³. De plus, le champ d'application législatif n'a pas été respecté. En effet, l'exclusion de l'application du droit de préemption lors d'une procédure collective est prévue par le décret, or, le champ d'application de la préemption est réservé à la loi. Enfin, en ce qui concerne la rétrocession du bien préempté, le Conseil Constitutionnel s'est prononcé sur le cas de la rétrocession d'un immeuble exproprié. Dans sa décision³⁴, le Conseil avait déclaré le dispositif incriminé comme conforme à la Constitution, mais le raisonnement suivi par les Sages amène à une conclusion inverse dans le cas de la préemption commerciale ou artisanale. Selon le Conseil « *les dispositions contestées permettent à l'ancien propriétaire ou à ses ayants droit de demander la rétrocession de leur immeuble exproprié si celui-ci n'a pas reçu, dans les cinq ans à compter de la date de l'ordonnance d'expropriation, une destination conforme à celle prévue dans la déclaration d'utilité publique ou a cessé de la recevoir [...] Qu'en instaurant le droit de rétrocession, le législateur a entendu renforcer ces garanties légales assurant le respect de l'exigence constitutionnelle selon laquelle l'expropriation d'immeubles ou de droits réels immobiliers ne peut-être ordonnée que pour la réalisation d'une opération dont l'utilité publique a été légalement constatée* ». Ce dispositif est donc encadré par un délai soumis à recours. Or si la rétrocession en matière de

³² BLATTER, J.-P., "Le décret d'application du droit de préemption des communes sur les fonds et les baux," *AJDI*, Février 2008, p. 88.

³³ Cons. const. n°2011-176 QPC, 7 oct. 2011, JO du 8 oct. 2011, p.17019.

³⁴ Cons. const. n°2012-292, 15 févr. 2013, JORF du 16 févr. 2013, p.2685.

préemption commerciale ou artisanale est bien soumise à un délai de deux ans ou de trois ans en cas de location-gérance pendant la période intermédiaire, ce délai n'est pas contraignant, aucune sanction, ni aucun recours juridictionnel n'est prévu par la loi afin de faire respecter les droits tant du propriétaire du bien soumis à préemption que du bailleur, le droit de propriété n'est donc pas garanti.

PARAGRAPHE 2 : LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE RESTREINTE PAR L'INTERVENTIONNISME COMMUNAL

306 – *La limitation controversée de la liberté du commerce et de l'industrie* – À l'instar de Monsieur Kdhir qui s'interroge sur la liberté du commerce et de l'industrie « *mythe ou réalité ?* »³⁵, les justifications aux atteintes à cette liberté par le Conseil Constitutionnel peuvent laisser croire à l'inutilité de l'analyse de la conformité du droit de préemption sur les biens commerciaux et artisanaux avec la liberté du commerce et de l'industrie. En effet, les Sages ne cessent de rappeler par une formule quasi sacramentelle « *qu'il est loisible au législateur d'apporter à cette liberté des limitations* »³⁶. Pour autant, une double condition est retenue par le Conseil Constitutionnel imposant son contrôle, la limitation doit être légitime et proportionnée. Il s'agit de faire preuve de prudence en ce domaine, car le raisonnement par analogie peut s'avérer être sans suite dans la pratique, mais l'étude des décisions du Conseil Constitutionnel peut être utile à la compréhension de l'étendue de la légitimité et de la proportionnalité du dispositif ayant instauré le droit de préemption des communes (A).

307 – *L'absence de règles relatives à la libre concurrence dans le dispositif de préemption* – La libre concurrence en tant que composante de la liberté d'entreprendre aura un rôle non négligeable dans la pratique de la préemption sur les biens commerciaux et artisanaux. Des comportements anticoncurrentiels pourraient alors faire naître un contentieux complexe et lourd de conséquences, en particulier pour la commune. L'imprécision de la loi relative au droit de préemption renforce l'insécurité qui pèse sur les parties, particulièrement lors de la rétrocession. L'intervention de la commune à la vente d'un fonds de commerce, fonds artisanal ou d'un bail commercial, peut fausser la libre

³⁵ KDHIR, M., "Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ?," *Recueil Dalloz, Chronique*, 1994, p.30.

³⁶ Cons. const., 27 nov. 2001, n° 2001-451, loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, cons. 18.

concurrence qui n'est pas prise en compte dans la procédure encadrée par la loi et le décret d'application (B).

A) LES LIMITES APPORTEES A LA LIBERTE DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

308 – *L'atteinte présumée à la liberté du commerce et de l'industrie* – « *L'État a perdu le respect superstitieux de la liberté du commerce et de l'industrie qui était celui de l'État du XIX^e siècle* », ainsi le constat de Monsieur Morange³⁷ sur le respect de la liberté du commerce et de l'industrie est encore d'actualité. La liberté du commerce et de l'industrie se compose principalement de trois libertés principales, la liberté d'établissement et d'installation, la liberté d'exercice, et la liberté contractuelle. Dès la première approche de la procédure de préemption, il est possible de sentir le tiraillement des concepts entre les composantes de la liberté du commerce et de l'industrie et l'intervention de la personne publique dans la sphère commerciale et contractuelle par l'usage de la préemption. Le contentieux a donc été alimenté par cette « distorsion » faisant du juge administratif le premier rempart contre tout abus par l'administration. Sans oublier le Conseil Constitutionnel qui, tant par son rôle premier que par son intervention récente au sein des contentieux, a toujours su rester vigilant afin de maintenir un juste équilibre entre liberté et intérêt général. La « première impression » ne doit pas guider l'analyse juridique, il est évident qu'à première lecture le droit de préemption sur les biens commerciaux et artisanaux est attentatoire à la liberté d'exercer une activité, une profession, de s'installer, de créer une activité, de s'implanter, et de choisir librement son cocontractant³⁸. Mais il ne faut pas perdre de vue l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen selon lequel « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* », il n'existe donc pas de libertés sans limites. À la lumière de cela il est possible d'analyser les atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie par l'usage du droit de préemption.

309 – *Le contrôle du Conseil Constitutionnel* – Le Conseil depuis 2001³⁹ rappelle régulièrement par un attendu de principe « *qu'il est loisible au législateur d'apporter à cette liberté des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes*

³⁷ RENARD-PAYEN, O., "Principe de la liberté du commerce et de l'industrie," Fasc. 255, *JurisClasseur Administratif*, LexisNexis, novembre 1992, n°16.

³⁸ LEVENEUR, L., et SEMERE, T., "Droits de préférence et de préemption," *JCP N*, n°11, 13 mars 2015, p.22.

³⁹ Cons. const., 27 nov. 2001, n° 2001-451, loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, cons. 18.

disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi »⁴⁰. Le double critère de la légitimité et de la proportionnalité s'applique donc à la liberté du commerce et de l'industrie pris en ses trois composantes. Par ailleurs, le contrôle du Conseil a depuis cette décision évolué. Avant 2001, l'examen que le Conseil portait à la liberté d'entreprendre se limitait au contrôle restreint de dénaturation. Les décisions des années deux-mille supposent à l'inverse une alternative de contrôle par le Conseil correspondant à deux hypothèses, soit lorsqu'il y a confrontation de la liberté d'entreprendre avec une exigence constitutionnelle, il s'agira d'appliquer le contrôle restreint ; soit, en cas de comparaison de la liberté d'entreprendre avec un objectif d'intérêt général le Conseil applique un contrôle plus large de proportionnalité.

310 – *L'étude des décisions du Conseil Constitutionnel* – L'étude des décisions du Conseil Constitutionnel sur la période des années deux-mille témoigne d'une majorité de décisions conformes à la Constitution lorsque l'examen porte sur la liberté d'entreprendre⁴¹. L'inconstitutionnalité de la loi ou d'un dispositif est donc plus rare, seules quelques décisions peuvent donc être retenues pour l'analyse. En amont de la décision du 27 novembre 2001, le Conseil Constitutionnel s'était prononcé sur la loi sur la solidarité et le renouvellement urbain, dite loi SRU⁴². Cette décision marque un tournant dans l'examen pratiqué par le Conseil, comme le précise Monsieur Laguerre⁴³, car il s'agit de la première décision de censure d'un article de loi sur le fondement de la liberté d'entreprendre, pris conjointement avec le droit de propriété. L'intérêt de cette décision est double, d'une part, en raison de l'efficience du contrôle du respect de la liberté d'entreprendre ; et d'autre part, en raison de la matière visée par le contrôle. En effet, l'examen portait sur une loi d'urbanisme, l'étude par analogie avec le droit de préemption des communes sur les biens commerciaux semble alors évidente. La loi prévoyait une modification de l'article L. 123-1 du Code de l'urbanisme, visant les plans locaux d'urbanisme des villes de Paris, Lyon et

⁴⁰ Cons. const. n°2010-89, QPC, 21 janv. 2011, cons. 3, JO du 22 janv. 2011, p.1387 ; Cons. const. n°2012-242, QPC, 14 mai 2012, cons. 6, JO du 15 mai 2012, p.9096 ; Cons. const. n°2012-285, QPC, 30 nov. 2012, cons. 7, JO du 1^{er} déc. 2012, p. 18908 ; Cons. const. n°2013-318, QPC, 7 juin 2013, cons. 12, JORF du 9 juin 2013, p. 9630 ; Cons. const. n°2013-682, DC, 19 décembre 2013, cons. 43, JORF du 24 décembre 2013, p.21069.

⁴¹ Cons. Const., Tables d'analyses du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2011, p.103 et 104 ; Cons. Const., Tables d'analyses du 1^{er} janvier 2012 au 31 décembre 2012, p.101 à 106 ; Cons. Const., Tables d'analyses du 1^{er} janvier 2013 au 31 décembre 2013, p.107 à 114 ; Cons. Const., Tables d'analyses du 1^{er} janvier 2014 au 1^{er} juin 2014, p.47,48 : www.conseil-constitutionnel.fr

⁴² Cons. const. 7 déc. 2000, n°2000-436 DC, loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain : Rec. Cons. const. 2000, p. 176.

⁴³ LAGUERRE, A., "Le commerce intégré dans l'urbanisme, la liberté du commerce menacée - À propos d'une proposition de loi..." *JCP A et CT*, n°6, 7 février 2011, 2056.

Marseille pour lesquels il était possible de soumettre à l'autorisation du maire de la commune, tout changement de destination d'un local commercial ou artisanal entraînant une modification de la nature de l'activité. La saisine du Conseil Constitutionnel par les sénateurs se fondait sur la liberté d'entreprendre, sur le droit de propriété et sur le principe d'égalité. La décision prise au considérant 20 précise en premier lieu l'étendue du contrôle, ainsi le Conseil se fonde sur la conformité de la loi avec l'intérêt général, indiquant dans son considérant que « *le souci d'assurer « la sauvegarde de la diversité commerciale des quartiers » répond à un objectif d'intérêt général* », le contrôle large de proportionnalité est alors appliqué. En second lieu, le Conseil va censurer les dispositions visées. Il considère en effet, qu'« *en soumettant à une autorisation administrative tout changement de destination d'un local commercial ou artisanal entraînant une modification de la nature de l'activité, le législateur a apporté, en l'espèce, tant au droit de propriété qu'à la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, une atteinte disproportionnée à l'objectif poursuivi ; qui doit être par suite déclaré non conforme à la Constitution* ». Si le droit de préemption des communes sur les fonds et les baux commerciaux n'est pas soumis à l'exigence d'autorisation par l'administration, il n'en demeure pas moins que l'objectif poursuivi est le même. Bien plus, une forme d'autorisation « déguisée » a été instaurée dans le dispositif de préemption commerciale et artisanale par le biais du cahier des charges. En effet, le contenu du cahier des charges n'a pas été précisé ; de telle sorte que l'administration a tout pouvoir sur l'encadrement et la gestion du commerce, et plus particulièrement sur le bail⁴⁴. La pratique révèle d'ailleurs que l'exigence première des communes dans ce document porte sur les clauses du bail commercial visant l'activité. Ainsi le bail « tout commerce » préempté en début de procédure sera rétrocédé avec une exigence d'activité qui ne sera parfois que mentionnée au cahier des charges. Il s'agit alors d'une déspecialisation forcée du bail, imposée par la personne publique et échappant à la procédure habituelle de déspecialisation prévue par le statut des baux commerciaux d'ordre public. Le Conseil Constitutionnel pourrait tout aussi bien dans ce domaine, considérer la mesure comme inconstitutionnelle. Le droit de préemption vise un objectif d'intérêt général similaire correspondant aussi à l'objectif de « *sauvegarde de la diversité commerciale des quartiers* »⁴⁵, le contrôle de proportionnalité

⁴⁴ BLATTER, J.-P., "Le décret d'application du droit de préemption des communes sur les fonds et les baux," *AJDI*, Février 2008, p. 88.

⁴⁵ Article L. 214-2 du Code de l'urbanisme tel que modifié par la loi n°2014-66 du 18 juin 2014 et visant « *une exploitation destinée à préserver la diversité et à promouvoir le développement de l'activité commerciale et artisanale dans le périmètre concerné* ».

serait alors applicable. Or, le pouvoir de décision est laissé à l'arbitraire de la commune qui aura toute latitude pour modifier la nature de l'activité, ainsi que de contraindre les possibles évolutions futures de l'activité. Il est alors possible d'analyser, à la lecture des décisions du Conseil, qu'il s'agit d'une atteinte disproportionnée à l'objectif poursuivi.

311 – La plénitude de la loi – Le contrôle de constitutionnalité peut aussi s'effectuer sur le fondement de l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. La loi doit être suffisamment précise afin d'éviter toute interprétation représentant un risque d'arbitraire, notamment lorsque cette interprétation est laissée à l'administration⁴⁶. Le Conseil Constitutionnel s'est prononcé sur la constitutionnalité d'une disposition légale en mettant en parallèle à la fois la liberté d'entreprendre et l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi dans sa décision du 29 décembre 2013 portant sur la loi de finances 2014⁴⁷. Pour le Conseil, l'atteinte à la liberté d'entreprendre résultait de l'imprécision législative, la loi ayant retenu une définition trop générale et imprécise de la notion de « schéma d'optimisation fiscale ». Or le droit de préemption des communes n'a pas précisé la définition, les caractéristiques et donc les contours de ce qui fonde son intérêt général, à savoir la diversité commerciale et le maintien et la sauvegarde du commerce de proximité. L'arbitraire de l'administration est un risque majeur, la notion de diversité commerciale peut être entendue comme relevant de la multiplicité des activités commerçantes ou artisanales, mais dans une approche déviante elle peut aussi fonder une action communale d'exclusion d'une catégorie d'activité économique. Les Sages de la rue Montpensier seront très certainement amenés un jour à se prononcer sur ce point, leur vigilance sera alors indispensable.

312 – Les différentes libertés composant la liberté d'entreprendre sujets du contrôle de constitutionnalité – La liberté d'entreprendre est une notion générique, pouvant faire référence à d'autres formes de droits et de libertés. Ainsi, la notion s'enrichit, permettant une prise en compte plus large de sa protection, dont la nécessaire évolution est impulsée tant par le contentieux que par les contraintes économiques environnant une telle notion. Le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 30 novembre 2012⁴⁸, relative à une

⁴⁶ FOUQUET, O., "Abus de droit : la sécurité juridique rédactionnelle - À propos de la censure des articles 96 et 100 de la loi de finances pour 2014," *Revue de droit Fiscal*, n°1-2, 9 janvier 2014, act. 3.

⁴⁷ Cons. const. 29 déc. 2013, n°2013-685, DC, loi relative à la loi de finance 2014, cons.88 à 91 : JORF du 30 déc. 2013, p. 22188.

⁴⁸ Cons. constit. 30 novembre 2012, n° 2012-285 QPC, Journal officiel du 1er décembre 2012, p. 18908, texte n° 93, cons.7.

QPC sur l'article 100 f et l'alinéa 3 de l'article 100 s du Code des professions applicable dans les départements du Haut-Rhin, Bas-Rhin et Moselle, a visé l'une des composantes de la liberté du commerce et de l'industrie : la liberté d'exercer une profession et la liberté d'accéder à une profession. Cette liberté fait référence au choix de l'entrepreneur, dans son activité entrepreneuriale, dont le lien de « filiation » avec la liberté d'entreprendre est indéniable. Le contentieux est d'autant plus intéressant qu'il touche à l'artisanat, permettant non seulement d'élargir l'étude de la protection, issue de la liberté du commerce et de l'industrie, à l'activité artisanale ; mais aussi de rattacher cette décision, à la réflexion portée sur le droit de préemption des communes sur les fonds artisanaux. Le Conseil a par cette décision, déclaré inconstitutionnels les textes visés au recours, en considérant que les restrictions imposées par un texte spécial, impactent l'organisation et le libre exercice de l'activité artisanale, portant atteinte à la liberté d'entreprendre. La réglementation ainsi soumise au contrôle du Conseil Constitutionnel, faisait apparaître des obligations à l'encontre des artisans exerçant dans les départements concernés. Elles correspondaient à une cotisation impérative, à des obligations propres aux missions de l'artisanat, à des sanctions disciplinaires, à une surveillance des mesures légales et statutaires et à une possible immixtion dans le choix d'installations dans les locaux servant à l'activité⁴⁹. Il est possible de considérer la décision de 2012 comme le déclencheur de la décision du 27 mars 2014⁵⁰, censurant une partie des dispositions du recours formé à l'encontre de la loi visant à reconquérir l'économie réelle, dite « loi Florange ». Le législateur avait envisagé une disposition qui, hors champ d'application des procédures collectives, donnait pouvoir au juge d'apprécier et de sanctionner les transactions ayant pour objet la reprise d'une entreprise de plus de mille salariés, dans l'hypothèse où cette reprise avait pour conséquence un licenciement collectif. Les Sages ont donc rendu une décision dans un contexte très, voir trop, médiatique, mettant le focus sur la liberté d'entreprendre. Après avoir déterminé l'étendue du contrôle en considérant que les obligations de la loi opposaient la liberté d'entreprendre et le droit de propriété avec une exigence à valeur constitutionnelle, à savoir le droit d'obtenir un emploi, le Conseil s'est prononcé sur l'atteinte. La confrontation de ces deux libertés avec une exigence constitutionnelle limite le contrôle. Malgré tout, le Conseil s'est prononcé en faveur de l'atteinte qui était

⁴⁹ GICQUEL, J.-É., "Chronique QPC (septembre-décembre 2012)," *Petites affiches*, n°140, 15 juillet 2013, p. 6.

⁵⁰ CASU, G., "La censure de la "loi Florange" par le Conseil constitutionnel - À propos de la décision no 2014-692 DC du 27 mars 2014," *Petites affiches*, n°105, 27 mai 2014, p.4; D'AVOUT, L., "La liberté d'entreprendre au bâcher ? - Retour sur une critique récente de la jurisprudence du Conseil constitutionnel," *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1287, n°4.

caractérisée. Dès lors, pour le Conseil Constitutionnel l'intervention du juge dans la gestion de l'entreprise, en dehors du cadre d'ordre public des procédures collectives, fait « *peser sur les choix économiques de l'entreprise, notamment relatifs à l'aliénation de certains biens, et sur sa gestion des contraintes qui portent tant au droit de propriété qu'à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* »⁵¹. La décision du Conseil Constitutionnel sur la « loi Florange » porte en filigrane la référence à la liberté contractuelle, composante de la liberté d'entreprendre, elle est l'ADN de l'entrepreneuriat⁵². En effet, le « *choix économique de l'entreprise* » visé par la décision s'appliquait non seulement à la gestion, mais aussi à la volonté de céder le bien. La loi prévoyait des sanctions, pouvant être prononcées par le juge. Le Tribunal de commerce se voyant attribuer le pouvoir d'examiner « *le caractère sérieux des offres de reprise* » et « *l'existence d'un motif légitime de refus de cession* » établi selon un critère déterminé par la loi et correspondant à « *la mise en péril de la poursuite de l'ensemble de l'activité de l'entreprise* ». Le défaut de conformité de la cession avec ces critères permettait au juge de prononcer des sanctions pécuniaires. Le « chef d'entreprise » se voyait dès lors contraint dans son libre choix de disposer de son bien, à savoir de son entreprise, la loi réduisant le choix à la seule hypothèse d'acceptation de la cession, le refus devant être motivé sur la base du critère légal et sous le contrôle du juge. Mais le considérant du Conseil Constitutionnel ne faisait pas référence qu'au classique duo « liberté d'entreprendre et droit de propriété ». La liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre ont, cela dit, déjà été conjointement visées par le Conseil Constitutionnel dans le cadre de son examen *a priori* des lois. Il faut notamment s'intéresser à la décision du 13 juin 2013 sur la loi relative à la sécurisation de l'emploi⁵³ dans laquelle le Conseil a déclaré inconstitutionnelle une disposition législative sur la base de ces deux libertés. Selon les Sages « *il ne saurait porter à ces libertés une atteinte d'une nature telle que l'entreprise soit liée avec un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini* ».

313 – *L'analyse de la conformité de la préemption* – Ces décisions permettent de subodorer l'atteinte que le droit de préemption des communes porte à la liberté

⁵¹ Cons. const. 27 mars 2014, n°2014-692, DC, loi visant à reconquérir l'économie réelle, cons. 21, JORF du 28 mars 2014, p. 6232, texte n°4.

⁵² CASU, G., "La censure de la "loi Florange" par le Conseil constitutionnel - À propos de la décision no 2014-692 DC du 27 mars 2014," *Petites affiches*, n°105, 27 mai 2014, p.4.

⁵³ Cons. const. 13 juin 2013, n°2103-672, DC, loi relative à la sécurisation de l'emploi, cons. 6, 10 à 13, JORF du 16 juin 2013, p. 9976, texte n°2.

d'entreprendre. Le choix d'installation et la liberté d'exercice d'une profession, le libre choix de gestion de l'entreprise, le choix de disposer librement de son bien et la liberté de choix dans le contrat au regard du cocontractant et du contenu du contrat sont autant d'aspects que le droit de préemption limite. La liberté d'exercer une profession et de choisir le lieu d'installation est limitée par la préemption. La zone de préemption est en effet définie par le conseil municipal, validée par les Chambres consulaires, et motivée dans ces deux cas. La motivation fait ainsi apparaître l'orientation souhaitée par les élus dans le cadre de ce projet d'urbanisme commercial. Le choix de la commune de « maintenir le commerce de proximité » est, dans la pratique, fondé sur le constat objectif de la multiplication dans les zones concernées d'activités de services (banques, assurances, opticiens, agences immobilières...), ou d'activités strictement similaires sur un linéaire commercial. Dès lors, la commune affiche clairement sa volonté de limiter l'installation de ces activités visées à la délibération du conseil municipal. Il s'agit donc d'une atteinte à la liberté d'entreprendre. Le Conseil Constitutionnel face à un tel examen s'emploiera à un contrôle de proportionnalité, la liberté d'entreprendre se confrontant à un objectif d'intérêt général. Aussi est-il possible d'envisager la mesure comme disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi de « maintien et de préservation de la diversité commerciale » en raison de l'absence de critères légalement définis permettant d'encadrer la motivation du conseil municipal et de l'absence de caractère contraignant de l'avis des Chambres consulaires, vigiles historiques de la liberté du commerce et de l'industrie et de la libre concurrence. Concernant le libre choix dans la gestion de l'entreprise, le contenu du cahier des charges n'étant pas encadré par la loi, le risque d'immixtion de la personne publique dans les choix de gestion rend la mesure disproportionnée⁵⁴. De plus la réforme de la loi du 22 mars 2002 ayant harmonisé d'un point de vue textuel la loi avec le décret d'application a permis l'élargissement du champ d'application de la préemption commerciale et artisanale aux apports en société. Ce choix du législateur est contestable, la mise en société de l'entreprise individuelle relève du choix de gestion du commerçant ou artisan⁵⁵. Dès lors ce choix étant contraint par une loi incomplète en terme de garantie de définition légale, la mesure est particulièrement disproportionnée. Par analogie avec la décision du Conseil Constitutionnel sur la « loi Florange » il faut aussi s'interroger sur le respect de la liberté contractuelle dans

⁵⁴ BLATTER, J.-P., "Le décret d'application du droit de préemption des communes sur les fonds et les baux," *AJDI*, Février 2008, p. 88.

⁵⁵ BRAC DE LA PERRIERE, D., et VAN STEENLANDT, P., "Libre propos sur certaines dispositions de la loi de simplification du droit du 22 mars 2012," *Defrénois*, n°8, 30 avril 2012, p.407.

le cadre de l'exercice du droit de préemption. Le Conseil Constitutionnel avait considéré les dispositions inconstitutionnelles en raison du caractère contraignant de la loi impliquant un « non » choix pour le chef d'entreprise qui se voyait dans l'obligation d'accepter la cession de son entreprise, limitant son choix de disposer de son bien, mais aussi de son cocontractant. Or le droit de préemption impose ces mêmes contraintes. Il est vrai qu'une telle analogie impacte tout type de préemption et peut apparaître extrémiste. Mais l'étude attentive du droit de préemption des communes sur les biens commerciaux, en comparaison avec les autres droits de préemption, révèle une incohérence pouvant amener à considérer la mesure disproportionnée. En effet, l'objectif de la loi est de protéger la diversité commerciale, or la loi, jusqu'à la réforme de juin 2014, ne faisait pas apparaître l'obligation pour le cédant du fonds ou du droit au bail commercial, de mentionner la nature de l'activité du cessionnaire potentiel. Par conséquent, le commerçant qui céderait son bien à un repreneur exerçant une activité dite de « proximité » serait susceptible de préemption en raison de la lacune la loi, de telle sorte que la mesure était disproportionnée. Pour autant, la loi du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises a complété le dispositif de la préemption commerciale et artisanale en imposant la déclaration de la nature de l'activité de reprise⁵⁶.

314 – *L'absence de prise de position du Conseil Constitutionnel sur le contrôle du respect du droit de la concurrence* – La libre concurrence est une notion et une liberté dont la construction s'est faite autour de l'organisation du marché libre européen⁵⁷. La jurisprudence européenne est en ce domaine « souveraine »⁵⁸. En effet, le Conseil Constitutionnel n'a jamais pris ouvertement position en faveur de la reconnaissance de la libre concurrence. Il apparaît à l'étude de ses décisions que seule la référence à la liberté d'entreprendre fonde la conformité ou la non-conformité à la Constitution. La liberté d'entreprendre se décline en plusieurs autres libertés au gré des particularismes de la loi incriminée. Ainsi, le fondement des décisions du Conseil est souvent effectué en duo, la liberté d'entreprendre étant complétée soit par la liberté contractuelle, soit par le droit de propriété, soit par la liberté d'exercice et d'accès à une profession, soit par la liberté d'installation et de gestion de l'entrepreneur. Mais il n'est jamais fait référence à la libre

⁵⁶ Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises : JORF n°0140 du 19 juin 2014.

⁵⁷ CARCASSONNE, G., "La liberté d'entreprendre : L'entreprise et le droit constitutionnel - Colloque," *Lamy droit des affaires*, n°55, Décembre 2010, p.45 - 3188.

⁵⁸ Voir *Supra* n°269.

concurrence. Le Conseil Constitutionnel ne s'est donc pas saisi de ce contrôle⁵⁹ malgré les possibilités offertes lors de sa saisine. La décision du 21 janvier 2011⁶⁰ relative à la fermeture hebdomadaire dédiée au repos des salariés des établissements dans une zone géographique déterminée aurait pu ouvrir le débat sur le respect du droit de la concurrence, mais le Conseil a maintenu sa position classique se référant uniquement à la notion générique de liberté d'entreprendre. Cette position est confirmée par la décision du 18 juillet 2014⁶¹ relative à la rémunération de la capacité de production des installations de cogénération d'une puissance supérieure à 12 mégawatts. Le Conseil a d'ailleurs écarté l'examen de la conformité de la loi avec la liberté d'entreprendre fondant sa décision uniquement sur le principe d'égalité devant la loi. Les requérants avaient formulé leur recours en visant la liberté d'entreprendre, le contentieux était propice à un élargissement du contrôle à la libre concurrence, mais le Conseil a considéré la mesure inconstitutionnelle sans faire appel aux notions de libertés de l'entreprise. Faut-il déduire de cette décision que la liberté d'entreprendre étendue à la libre concurrence préoccupe le Conseil Constitutionnel ? Il n'est pas impossible d'imaginer que la réponse à cette question soit positive. La difficulté relève de la possible confrontation, voir opposition entre les décisions et les orientations prises en droit interne par le Conseil Constitutionnel avec la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, dont la construction, autour de la libre concurrence est particulièrement dense et étendue⁶².

B) LA LIBRE CONCURRENCE FAUSSEE

315 – *L'interventionnisme économique entravant la libre concurrence* – La libre concurrence est un droit protecteur de « l'entreprise », notion centrale, elle armature toute la logique de ce droit. Ainsi, la libre concurrence est un ensemble de règles protectrices de l'entreprise en tant qu'acteur de l'économie libérale. La prise en considération de l'intervention de la personne publique dans la sphère économique n'est pas étrangère à la logique du droit à la libre concurrence. En effet, la logique libérale attachée à ce droit provoque une « certaine » méfiance à l'égard de la personne publique et

⁵⁹ DUCHANGE, G., "Le Conseil constitutionnel censure les "clauses de désignation", *JCP G*, n°29, 15 juillet 2013, 839.

⁶⁰ Cons. const. n°2010-89, QPC du 21 janv. 2011, Société Chaud Colatine : Les Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel n°32.

⁶¹ Cons. const. n°2014-410, QPC du 18 juillet 2014, Société Roquette Frères.

⁶² DUCHANGE, G., "Le Conseil constitutionnel censure les "clauses de désignation", *JCP G*, n°29, 15 juillet 2013, 839.

à l'égard de l'activité économique qu'elle pourrait avoir. Dès lors, la libre concurrence s'impose tant aux relations des entreprises « privées » entre elles, qu'aux relations économiques nées de l'intervention de la personne publique dans la sphère commerciale. Le droit de préemption urbain est un exemple d'intervention. La possibilité pour la commune d'acheter un commerce est alors encore plus marquante. Schématiquement la libre concurrence préserve les acteurs de l'économie des pratiques qui empêcheraient le libre jeu de l'offre et de la demande, il ne peut être accepté que les prix ou que le choix du cocontractant soit imposé. Mais le droit de préemption est structurellement contraignant dans le libre jeu de l'offre et de la demande. Il s'agit en effet d'éviter l'implantation « libre » de certaines activités économiques dans des zones prédéfinies. Est-ce à dire que le droit de préemption fausse la concurrence ? Théoriquement, il est possible de considérer une atteinte au droit de la concurrence par la préemption, mais l'intérêt général justifie l'intervention de la personne publique dans le jeu de l'offre et de la demande. Pour autant, l'étude des règles propres à la libre concurrence laisse à penser que la pratique de la préemption pourrait faire naître des atteintes sanctionnables. L'étape de la préemption qui devra faire l'objet de toutes les attentions en ce qui concerne le respect du droit de la concurrence est la rétrocession, tant par la procédure « d'appel d'offres », que par le choix par la personne publique du candidat qui ne sera pas « automatiquement » le locataire-gérant, ou enfin en raison de l'existence d'un cahier des charges contraignant pour le candidat. La vigilance au moment de la rétrocession sera d'autant plus nécessaire que le choix du candidat n'est pas soumis à des critères légaux ; de même pour le cahier des charges, celui-ci peut contenir toutes sortes d'obligations pouvant faire craindre à un contrôle.

316 – *Les hypothèses d'entente lors de la préemption* – Au moment de la rétrocession du bien préempté, la question d'une possible « concussion » peut se poser. En effet, la commune ou les candidats à la rétrocession pourraient vouloir « s'entendre » sur les conditions de la rétrocession ou sur le choix à la rétrocession. L'entente n'est considérée comme une atteinte à la concurrence que si plusieurs critères sont réunis, tout d'abord il faut des entités dont les agissements économiques ont une influence sur le marché et qu'elles aient l'intention de se concerter librement. Les entités intervenants sur le marché peuvent avoir une action directe ou indirecte. En cas d'intervention indirecte sur le marché, le critère retenu est celui du contrôle sur l'acteur ou les acteurs directs du marché, peu importe que l'entité agissant indirectement tire bénéfice de l'entente. Ainsi, si la commune

participe à une entente entre candidats, ou que les délégataires du pouvoir de préemption agissent en ce sens, ils pourront être qualifiés de coauteurs de l'entente⁶³. Mais la commune peut agir plus activement sur le marché, ainsi, il est considéré comme relevant d'une entente illicite l'utilisation de clause contractuelle visant à limiter l'accès au marché. Le cahier des charges peut alors devenir un instrument sélectif des candidats faussant le jeu de la libre concurrence, ce risque s'accroissant en cas de cession du fonds artisanal. En effet, l'artisan est détenteur d'un savoir-faire, si le cahier des charges conditionne la rétrocession à un savoir-faire extrêmement spécifique il s'agira d'une entrave au marché⁶⁴. Les candidats à la rétrocession ont aussi l'obligation de ne pas fausser la concurrence. Cette concurrence est entendue différemment dans cette hypothèse, en effet il s'agit de la concurrence des candidatures entre elles, celles-ci doivent être présentées librement et équitablement afin de permettre à la commune de choisir le candidat. Deux aspects doivent être soulignés, d'une part, les critères de sélection ne sont pas définis par la loi, laissant à la commune une autonomie dans sa décision et dans son élection ; mais cela implique aussi un certain arbitraire. D'autre part, la forme des dossiers de candidature n'est pas précisée par le dispositif ayant instauré le droit de préemption, de telle sorte que la transmission d'informations n'est pas conditionnée à un formalisme édictant des documents susceptibles d'influence. Dans un raisonnement purement abstrait, il faut imaginer la possible entente entre candidats, et par analogie avec les nombreuses décisions relatives au marché public, il faut considérer, par exemple, que l'échange d'information serait susceptible de porter atteinte à la juste concurrence des candidatures⁶⁵.

317 – *Les aides de l'État* – Les aides de l'État ne sont pas en elles-mêmes illicites, des critères et conditions encadrent leurs licéités. Les aides publiques sont donc soumises à un régime de contrôle⁶⁶. L'intervention de la commune par le biais de la préemption n'apparaît pas comme une aide de prime abord. En effet, le droit de préemption n'est qu'une substitution d'acquéreur, il s'agit d'une opération contractuelle économiquement « neutre » puisque la substitution s'opère dans les conditions

⁶³ Comm. conc., 28 févr. 1985, Production du carton ondulé : BOSP 19 avr. 1985 ; Rec. Lamy, n° 239, Cons conc., déc. n° 89-D-18, 9 mai 1989, Encres d'imprimerie : BOCCRF 30 mai 1989, Cons. conc., 10 déc. 1996, BOCCRF 6 mars 1997, n°5, p.146.

⁶⁴ LINDITCH, F., "Ententes et marchés publics," Fasc. 36, *JurisClasseur contrats et marchés publics*, LexisNexis, 11 novembre 2015, n°17.

⁶⁵ GRYNFOGEL, C., "Droit français des ententes - Article L.420-1 du Code de commerce," Fasc. 262, *JurisClasseur Commercial*, LexisNexis, 6 décembre 2012; LINDITCH, F., "Ententes et marchés publics," Fasc. 36, *JurisClasseur contrats et marchés publics*, LexisNexis, 11 novembre 2015, n°25.

⁶⁶ Voir *Supra* n°287 et s.

contractuelles d'origine. Mais en réalité l'intervention de la commune, personne publique, au sein du commerce, peut relever de la qualification d'aide publique. Les circonstances dans lesquelles la préemption intervient peuvent amener à considérer ce dispositif comme une aide de l'État. En effet, le soutien apporté par la commune à une activité qui pourrait, sans ce projet d'urbanisme, être déclarée déficitaire est une aide. Par ailleurs, l'aide est considérée comme portant atteinte à la concurrence lorsqu'elle affecte le marché en empêchant l'accès des concurrents. Cet empêchement peut être local ou régional, or l'avis de rétrocession s'effectue par affichage en mairie pendant 15 jours de telle sorte que comme le souligne très justement Madame Bon-Julien, « *les candidats disposant d'un commerce sur le territoire de la commune sont manifestement avantagés par une telle modalité* » ce qui est de toute évidence contraire à la libre concurrence et correspond à une entrave au marché libre⁶⁷. De plus, une aide publique a été aménagée pour les communes, afin de leur permettre de faire face aux dépenses qu'implique la préemption. Trois textes de natures réglementaires⁶⁸ sont donc venus compléter l'article L. 750-1-1 du Code de commerce, le droit de préemption est visé par le décret n° 2008-1470 du 30 décembre 2008 prévoyant qu'en application de l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme, les dépenses afférentes aux intérêts des emprunts contractés par les communes pourront être prises en charge par le Fonds d'intervention pour les services, l'artisanat et le commerce dans la limite de 50% de leur montant ou à hauteur de 80% dans les zones franches urbaines et dans les zones urbaines sensibles. Le soutien financier étatique intervient alors à double titre dans la préemption commerciale et artisanale, d'une part en raison de l'aide apportée par la commune à des activités non viables dans le jeu normal du marché ; et d'autre part, grâce à l'aide de l'État pour le financement du projet d'urbanisme. Il s'agira dans ce cas de vérifier si l'aide ainsi effectuée peut rentrer dans les cas d'exemption du droit communautaire, en considérant que l'aide est « *de minimis* » puisqu'inférieure à 200 000 €⁶⁹ ou que l'aide sectorielle à la restructuration de l'entreprise respecte l'intérêt commun permettant un retour à l'équilibre dans un délai raisonnable⁷⁰. Le respect du droit de la concurrence est fondamental comme le souligne Monsieur Étain dans sa note relative à

⁶⁷ BON-JULIEN, E., "Le droit de préemption "commercial" : un droit inapplicable?," *Petites affiches*, n° 75, 15 avril 2009, p. 8.

⁶⁸ D. n° 2008-1470, 30 déc. 2008 : Journal Officiel 31 Décembre 2008 ; D. n° 2008-1475, 30 déc. 2008 : Journal Officiel 31 Décembre 2008 ; A. 30 déc. 2008 : Journal Officiel 31 Décembre 2008.

⁶⁹ COLSON, J.-P., et IDOUX, P., *Droit public économique*, LGDJ, 7ème éd., 2014, n°618.

⁷⁰ MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit de la concurrence interne et européen*, Dalloz- coll. Sirey Université, 6ème éd., 2014, n°694.

l'aide prévue au décret, il précise alors ironiquement « *on se demande comment une concurrence pourrait rester loyale, en étant subventionnée* »⁷¹.

⁷¹ ÉTAIN, P., "Financement des fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux préemptés par les communes," *Loyers et Copropriété*, Mars 2009, n°3, alerte 15.

Section 2 : Le contrôle de l'application du droit de préemption : l'opposabilité des garanties

318 – *Le contentieux de la préemption* – L'étude menée par le Conseil d'État sur le droit de préemption fait apparaître un contentieux en croissance⁷². Selon cette étude, « la ville de Paris évaluée, pour les années 2005 et 2006, à près de 90 % la proportion de ses décisions de préemption qui ont fait l'objet d'un recours en annulation ». L'analyse, tirée de cette étude, conduit à affirmer que « la procédure de préemption recèle plusieurs points de fragilité contentieuse qui constituent autant de chausse-trappes pour les collectivités, en particulier pour celles qui n'en font qu'un usage occasionnel. L'analyse des motifs des annulations fait apparaître, pour l'essentiel, deux points de fragilité : la motivation formelle des décisions et la justification de l'usage du droit de préemption urbain. ».

319 – *L'ouverture du contentieux par la Question prioritaire de constitutionnalité* – La procédure permettant de soulever l'inconstitutionnalité d'une loi opposable à un litige a été introduite par la loi du 23 juillet 2008 et est entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010. Le droit de préemption sur les biens commerciaux et artisanaux a fait l'objet d'une QPC qui n'a pas dépassé le premier filtre de la Cour d'appel⁷³. Mais, il reste malgré tout toujours possible d'envisager un recours en raison des deux réformes intervenues en 2012 et surtout celle de 2014. Aussi le contrôle du Conseil Constitutionnel sur le dispositif de préemption cinq ans après l'ouverture de ce « recours » sera très certainement nourri de l'ensemble de ces décisions (Paragraphe 1).

320 – *La compétence partagée du contentieux* – Comme l'affirment messieurs Moulin et Brunet, « les interventions publiques dans le domaine économique mettent souvent en œuvre des dispositifs institutionnels hybrides et originaux [...] En cas de litige, la compétence juridictionnelle est souvent déterminée [...] en fonction à la fois de la nature des rapports juridiques en cause, et du type de règles [...] La répartition du contentieux entre les deux ordres classiques de juridictions apparaît donc particulièrement mouvante et complexe, compte tenu des innombrables nuances qui l'affectent »⁷⁴. Le droit de préemption

⁷² DUPORT, J.-P., "Permettre aux communes d'avoir une politique de préemption dynamique en évitant la censure du juge," *AJDA*, 2008, p. 731; VANDERMEEREN, R., "Le contentieux des droits de préemption d'urbanisme : excès de recours ou excès d'illégalités ?," *AJDA*, 2008, p. 734; , *Étude du Conseil d'État, le droit de préemption*, 6 décembre 2007, La Documentation Française.

⁷³ CA Paris, pôle 5, ch. 3, 15 juin 2011 : *JurisData* n° 2011-013512, "QPC : demande de transmission à la Cour de cassation rejetée," *JCP*, n° 35, *Sommaire* 883, 29 Août 2011,.

⁷⁴ MOULIN, R., et BRUNET, P., *Droit public des interventions économiques*, LGDJ, 2007.

des communes est un labyrinthe juridique lorsqu'il s'agit de déterminer la compétence juridictionnelle en fonction de chaque hypothèse de contentieux. L'analyse proposée est basée sur une logique chronologique, le droit de préemption étant avant tout une procédure, des étapes jalonnent sa mise en œuvre, chaque étape correspond à autant de contentieux possibles. La compétence du juge administratif ou judiciaire se détermine en fonction de la nature de l'acte visé par le recours, or la qualification des actes nécessaires à la procédure de préemption n'est pas chose aisée en raison de l'enchevêtrement de règles tantôt commercialistes tantôt administrativistes (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : LE CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE DE LA PROCEDURE DE PREEMPTION : LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE

321 – *La saisine du Conseil Constitutionnel* – La procédure permettant au Conseil Constitutionnel d'effectuer un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* est issue de la loi du 23 juillet 2008 et est entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010. Un filtre existe soit par les juges du fonds en premier si la QPC est posée lors d'un litige en première instance ; soit par les conseillers à la Cour d'appel si la question est formulée en appel ou si les juges du fonds renvoient à la Cour d'appel niveau supérieur du contrôle. Le contrôle s'effectue alors sur la base de trois critères, la question doit trouver application au litige en cours, la loi applicable au litige et visée par la question, ne doit pas avoir fait l'objet d'un contrôle *a priori* de constitutionnalité, et enfin la question ne doit pas être dépourvue de sérieux. L'ultime filtre est opéré par les juridictions suprêmes des deux ordres. Elles appliqueront les mêmes critères à l'exception du troisième critère qui est envisagé par la positive, ainsi, pour la Cour de cassation et le Conseil d'État la question doit être nouvelle ou présenter un caractère sérieux. Le critère est donc alternatif et permet au Conseil Constitutionnel de s'adapter aux évolutions de la société. Le caractère sérieux est plus complexe à définir (A).

322 – *L'épuisement du recours en matière de droit de préemption des communes ?* – Le droit de préemption sur les biens commerciaux et artisanaux a fait l'objet d'une QPC en 2010. Selon la question posée « *les articles L. 214-1 et suivants du Code de l'urbanisme, instituant le droit de préemption communale sur toutes « cessions de fonds artisanaux, fond de commerce ou de baux commerciaux » violent-ils le principe de la liberté d'entreprendre et le principe de la liberté contractuelle reconnus constitutionnellement* ». L'instance était alors en appel, les juges du fonds se sont fondés sur le caractère sérieux de la question pour écarter la QPC en estimant que le motif d'intérêt

général était attaché au droit de préemption et qu'il était proportionné. Mais cet arrêt peut être critiqué, en effet l'objectif de la loi n'est pas défini, il ne suffit pas d'affirmer la proportionnalité du dispositif en raison de l'objectif d'intérêt général, mais il faut surtout qu'il ait un fondement juridique. Il est donc nécessaire que le Conseil Constitutionnel se prononce sur la constitutionnalité du droit de préemption des communes malgré l'existence d'une QPC antérieure, car le principe de changement de circonstance en raison des deux réformes de 2012 et de 2014 ayant modifié le dispositif sera applicable. Il s'agira d'analyser les différents aspects de la loi pouvant faire l'objet d'une QPC (B).

A) LA PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

323 – *L'introduction de cette nouvelle procédure* – La Question prioritaire de constitutionnalité est une procédure inscrite à la Constitution en son article 61-1. Issue de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, cette nouvelle voie procédurale ouverte à tout justiciable à l'occasion d'un procès permet de contester la constitutionnalité de la loi applicable au litige. Le dispositif est entré en vigueur le 1^{er} mars 2010⁷⁵. Il s'agit d'un contrôle *a posteriori* limité, en effet, ne sont portées devant le Conseil Constitutionnel que les lois n'ayant pas déjà fait l'objet d'un examen *a priori*. Selon l'article 61-1 de la Constitution, la procédure devant le Conseil Constitutionnel concerne « *une disposition législative* » c'est-à-dire tout acte à valeur législative, les actes à valeur réglementaire sont donc exclus. Le Conseil Constitutionnel est l'institution garante des droits et libertés reconnus par la Constitution, son contrôle se fondera donc sur la Constitution de 1958, le Préambule de la Constitution de 1946, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Ce contrôle de constitutionnalité peut aussi se rapprocher du contrôle de constitutionnalité externe, ainsi, l'incompétence négative du législateur peut faire l'objet d'une QPC « *dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit* »⁷⁶. Il en va de même pour les objectifs à valeur constitutionnelle qui ne sont pas des droits, mais des buts imposés au législateur venant au soutien des libertés. Il s'agit par exemple de l'obligation d'accessibilité et d'intelligibilité du droit ou de bonne administration de la justice. Ces

⁷⁵ GUILLAUME, M., "Question prioritaire de constitutionnalité," *Répertoire Contrats Administratif*, Dalloz, mars 2011, n°1 à 6.

⁷⁶ Cons. const., 18 juin 2010, n°2010-5 QPC, SNC Kimberly-Clark.

objectifs à valeur constitutionnelle peuvent conforter le contrôle du Conseil saisi « au principal » sur le fondement d'un droit reconnu par la Constitution⁷⁷.

324 – Les conditions du recours – Par ailleurs un système de filtre par les juridictions suprêmes, garantit la stabilité de la Constitution puisque la décision du Conseil rend le texte irrévocablement inconstitutionnel et donc inapplicable. Le Conseil Constitutionnel est donc saisi par renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, le renvoi est opéré par les juridictions du fonds tant de l'ordre judiciaire que de l'ordre administratif. Trois critères sont envisagés par les juges du fonds⁷⁸. Le premier critère de transmission vise à savoir si la question posée est applicable au litige en cours, selon le deuxième critère la disposition visée par la question ne doit pas avoir déjà fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori*⁷⁹, enfin, le troisième critère, vise à savoir si la question est non dépourvue de caractère sérieux. Si l'examen de ces critères révèle que la question porte bien sur une disposition applicable au litige, que cette disposition n'a pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité et qu'elle n'est pas dépourvue de caractère sérieux, alors les juridictions judiciaires ou administratives saisiront respectivement la Cour de cassation ou le Conseil d'État. Les Juridictions Suprêmes devront à leur tour envisager les deux premiers critères, seul le troisième critère diffère. Il ne s'agit pas alors d'un examen du caractère sérieux par la négative, mais du caractère sérieux par la positive⁸⁰. La Cour de cassation ou le Conseil d'État s'interrogent alors sur le point de savoir si la question prioritaire de constitutionnalité « *est nouvelle ou présente un caractère sérieux* ». Il s'agira donc de critères alternatifs. Selon le critère de nouveautés les juridictions suprêmes pourront apprécier l'intérêt de saisir le Conseil Constitutionnel, ainsi un sujet de société important peut être renvoyé sur la base de ce critère devant le Conseil Constitutionnel, ce qui fut le cas des articles 75 et 144 du Code civil relatifs au mariage de personnes de sexe opposé⁸¹. Il s'agit donc d'un critère fonctionnel et souple permettant d'analyser la norme constitutionnelle en fonction de l'évolution de la société. Le caractère sérieux est plus délicat, le Conseil Constitutionnel restant le seul « juge » de

⁷⁷ GUILLAUME, M., "Question prioritaire de constitutionnalité," *Répertoire Contrats Administratif*, Dalloz, mars 2011, n°18 à 38.

⁷⁸ *Op. Cit.* n°53 à 76.

⁷⁹ Le contrôle *a priori* de la loi est envisagé strictement, le Conseil Constitutionnel ne pouvant examiner qu'un seul article de la loi avant promulgation, si l'article visé par la QPC n'a pas été spécialement examiné alors la question est nouvelle : *Op. Cit.* n°69.

⁸⁰ *Op. Cit.* n°98 à 104.

⁸¹ Civ. 1^{re} 16 novembre 2010, n°10-40.042.

l'inconstitutionnalité, ainsi ce caractère ne peut être un « préjugement » de la norme visée par la question⁸². Pour le Conseil d'État et la Cour de cassation, il s'agit de considérer la « difficulté réelle »⁸³ que soulève la question « *faisant naître un "doute raisonnable" sur la constitutionnalité de la disposition attaquée* »⁸⁴. Mais le caractère sérieux est ainsi laissé à l'appréciation souveraine des deux juridictions suprêmes, d'aucuns relevant même qu'« *il ne fait aucun doute que les deux juridictions suprêmes, tout en affirmant le contraire, instrumentalisent les questions prioritaires de constitutionnalité en fonction de leurs propres besoins* »⁸⁵.

B) LA PREEMPTION COMMERCIALE ET ARTISANALE FACE A LA QPC

325 – *Une question déjà soulevée* – La conformité de la préemption commerciale et artisanale avec la Constitution interroge depuis ses prémices. Ainsi une question prioritaire de constitutionnalité a été soulevée au cours d'un litige dès 2010⁸⁶. En l'espèce, la commune de Neuilly Plaisance avait instauré une zone de préemption sur les cessions de fonds artisanaux, fonds de commerce, et baux commerciaux par délibération du conseil municipal, en juin 2008. La SCI Angel propriétaire d'un local commercial avait publié une annonce de vente du droit au bail en février 2009. Le 10 mai 2009, la société Angel donne à bail le local à la SARL Salon de la Paix. La commune a estimé que la procédure de préemption n'avait pas été respectée et a assigné les deux sociétés devant le Tribunal de grande instance de Bobigny. Devant les juges du fond les défendeurs ont soulevé une question prioritaire de constitutionnalité, celle-ci a été rejetée pour des raisons de procédure, en effet cette nouvelle procédure devant le Conseil Constitutionnel n'était applicable qu'au 1^{er} mars 2010, le jugement ayant été rendu le 2 février 2010, la procédure était inapplicable. Sur le fond du litige, le jugement fait apparaître un rejet de l'application de la préemption, dès lors, la commune a interjeté appel. Les intimés ont alors renouvelé leur question prioritaire de constitutionnalité devant la Cour d'appel de Paris. L'audience étant intervenue postérieurement au 1^{er} mars 2010, la procédure devenait applicable

⁸² TÜRK, P., "Synthèse et conclusions sur les convergences et divergences dans l'appréciation par les juridictions suprêmes des caractères nouveaux et sérieux," *La QPC, le procès et ses juges, sous la direction de Emmanuel Cartier*, Dalloz, 2013, p.495.

⁸³ GUILLAUME, M., "La question prioritaire de constitutionnalité au service de l'entreprise - L'entreprise et le droit constitutionnel, Colloque organisé par le CREDA, sous le haut patronage de Jean-Louis Debré," *RLDA*, supplément au n°55,3181, décembre 2010, p.11.

⁸⁴ COUR DE CASSATION, *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, LexisNexis, 3ème édition, 2012, n°397.

⁸⁵ MAGNON, X., BERNAUD, V., FOUCHER, K., MIGNARD, J.-P., et S.RENOUX, T., *QPC : la question prioritaire de constitutionnalité : Principes généraux, pratique et droit du contentieux*, LexisNexis, 2ème édition. n°297.

⁸⁶ CA Paris, pôle 5, ch. 3, 15 juin 2011 : JurisData n° 2011-013512, "QPC : demande de transmission à la Cour de cassation rejetée," *JCP*, n° 35, *Sommaire 883*, 29 Août 2011,.

au litige. La question était alors formulée ainsi « *les articles L.214-1 et suivants du Code de l'urbanisme, instituant le droit de préemption communale sur toutes « cessions de fonds artisanaux, fonds de commerce ou de baux commerciaux » violent-ils le principe de la liberté d'entreprendre et le principe de la liberté contractuelle reconnus constitutionnellement* ». La Cour d'appel a donc dû appliquer les critères de contrôle afin de déterminer si la question pouvait être transmise à la Cour de cassation. La question étant applicable aux litiges, et l'article L. 214-1 et suivants du Code de l'urbanisme n'ayant pas fait l'objet d'un contrôle *a priori* de constitutionnalité, les juges du fond ont motivé leur décision sur le terrain du caractère sérieux de la question. Afin de transmettre à la Cour de cassation, la Cour d'appel détermine si la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux. La Cour, après avoir rappelé que la liberté d'entreprendre, la liberté contractuelle et le droit de propriété ne peuvent être atteints que par un motif tiré de l'intérêt général, écarte le caractère sérieux de la question en estimant que le motif d'intérêt général attaché à la préemption commerciale et artisanale était reconnu par les parties et que l'application de ce droit était proportionnée à l'objectif poursuivi par la loi à savoir « *la sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité de façon à assurer le maintien de la diversité commerciale et artisanale en centre-ville* »⁸⁷. Une telle décision ne peut être que critiquée, comme le souligne Monsieur Monéger « *sur le fond, le caractère affirmatif du défaut de sérieux n'est pas solidement fondé. Il aurait fallu dire en quoi l'atteinte n'était pas disproportionnée. En outre, la reconnaissance de la finalité du texte ne prouve pas l'absence de sérieux de la question* »⁸⁸. En effet, constater l'intérêt général attaché à la loi ne suffit pas à caractériser la constitutionnalité de la loi. *A fortiori* dans le cadre de la procédure en cause, une QPC implique un litige et donc une atteinte particulière aux droits et libertés d'un justiciable. Or, dans le cadre de la préemption commerciale et artisanale, l'analyse de l'atteinte proportionnée est une opération difficile à mener, car elle doit s'effectuer en fonction de l'objet de la loi dont le fondement est lié à un intérêt général. Mais en matière de préemption commerciale et artisanale, l'objet de la loi et donc l'intérêt général correspond au maintien et à la sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité alors que ces notions n'ont jamais été définies par la loi, elles n'ont donc aucun fondement juridique. Dès lors, l'analyse de la proportionnalité de l'atteinte se fait soit par le truchement d'un *a priori*, soit par un raisonnement abstrait.

⁸⁷ QUEMENT, C., "Bail commercial - Cession," Fasc. 1450, *JurisClasseur Bail à Loyer*, LexisNexis, 29 octobre 2015.

⁸⁸ MONEGER, J., "Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle des juges du fond," *Loyers et Copropriété*, n° 9, repère 8, Septembre 2011.

326 – *La question de l'épuisement de la Question* – Alors que la préemption doit être strictement encadrée par la loi, la préemption commerciale et artisanale est laissée à l'analyse des juges, qui auront toute latitude pour considérer l'intérêt général et l'objectif qui lui est attaché. Il apparaît bien plus nécessaire que le Conseil Constitutionnel soit saisi afin de clarifier les possibles atteintes aux droits de propriété et à la liberté d'entreprendre. Or les juridictions suprêmes des deux ordres juridiques écartent toute question lorsque la disposition visée par la question a déjà été jugée par le Conseil Constitutionnel. Ce critère prend en compte à la fois les décisions rendues par le Conseil Constitutionnel avant l'entrée en vigueur de la loi, et les décisions rendues par le Conseil Constitutionnel dans le cadre d'une QPC. Pour autant, le changement de circonstances permet au Conseil Constitutionnel de réexaminer une disposition. Ce changement est à la fois considéré en droit comme en fait, soit en raison du changement d'application de la norme constitutionnelle, soit en raison de circonstances de fait modifiant la portée des dispositions législatives visées par la question, soit enfin en raison de changements de circonstances propres aux litiges ou à l'instant en cours⁸⁹. À la lumière de ces critères, l'analyse de la préemption commerciale et artisanale appelle plusieurs remarques. Ainsi, le Conseil Constitutionnel n'a jamais eu à se prononcer sur la conformité du dispositif de la préemption commerciale puisque la Cour d'appel de Paris⁹⁰ a rejeté la procédure ; il est possible alors d'affirmer qu'une nouvelle question visant avec plus de précision un des articles ou un des alinéas applicables à la préemption peut-être à nouveau posée. La précision du champ de la saisine du Conseil Constitutionnel est non seulement possible en début de procédure, mais elle est aussi pratiquée par le Conseil Constitutionnel lui-même⁹¹. Bien plus, la question posée et rejetée par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 juin 2011, visait le dispositif tel qu'il existait antérieurement aux deux réformes intervenues en 2012⁹² et en 2014⁹³. Ainsi il est possible d'affirmer qu'un changement de circonstances de droit a été opéré.

Au-delà du critère de changement de circonstances, il est nécessaire d'aborder la possibilité d'introduire une nouvelle QPC en matière de préemption commerciale et artisanale à la lumière des ajustements opérés par le Conseil Constitutionnel. En effet, l'article 61-1 de la

⁸⁹ GUILLAUME, M., "Question prioritaire de constitutionnalité," *Répertoire Contrats Administratif*, Dalloz, mars 2011, n° 66 à 74, GUILLAUME, M., "La question prioritaire de constitutionnalité au service de l'entreprise - L'entreprise et le droit constitutionnel, Colloque organisé par le CREDA, sous le haut patronage de Jean-Louis Debré," *RLDA*, supplément au n°55,3181, décembre 2010, p.11.

⁹⁰ CA Paris, pôle 5, ch. 3, 15 juin 2011 : JurisData n° 2011-013512.

⁹¹ Cons. const., 17 décembre 2010, n°2010-81 QPC, M. Boubakar B., Cons. const., 28 janvier 2011, n°2010-92 QPC, Mme Corinne C. et Sophie B., Cons. const., 11 février 2011, n°2010-99 QPC, Mme Laurence N., Cons. const., 17 mars 2011, n°2010-107 QPC, Époux B.

⁹² Loi Warsmann n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives

Constitution s'applique aux dispositions législatives excluant dès lors les actes de nature réglementaire, c'est-à-dire ceux adoptés sur le fondement de l'article 37 de la Constitution, et les ordonnances fondées sur les articles 38 et 74-1 de la Constitution avant ratification par le législateur⁹⁴. Mais le Conseil Constitutionnel a élargi sa saisine en considérant que les actes réglementaires et les accords collectifs annexés à des lois peuvent faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*⁹⁵. Il en est de même dans le cadre du dispositif applicable à la préemption commerciale et artisanale. Le décret est pris en application de la loi, il semble alors possible de viser lors d'une QPC les dispositions de la partie réglementaire applicables à un litige puisque de telles dispositions seront forcément en lien avec l'application de la partie législative. Dès lors, une question prioritaire de constitutionnalité peut encore être soulevée devant le Conseil Constitutionnel à l'encontre de la préemption commerciale et artisanale, il s'agira de préciser la disposition visée par la question et les droits et libertés atteints. Selon Monsieur Lachière⁹⁶, la QPC pourrait viser une atteinte à la liberté d'entreprendre résultant des dispositions de l'article L. 214-2 du Code de l'urbanisme. Il y a en effet un intérêt à se fonder sur cet article visant l'obligation à la charge de la commune de rétrocéder en raison de l'arrêt Société Mégaron⁹⁷ par lequel le Conseil d'État avait retenu l'application distributive du décret d'application. Selon cet arrêt l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme est applicable même en dehors du décret ; à l'inverse, l'article L. 214-2 du Code de l'urbanisme relatif à la procédure de rétrocession n'est pas applicable en dehors du décret d'application qui vient préciser la procédure. Dès lors, une QPC portant sur l'article L. 214-2 du Code de l'urbanisme devra aussi prendre en compte et viser les articles codifiés à la partie réglementaire complétant le dispositif législatif. Si Monsieur Lachière⁹⁸ envisage deux aspects pouvant faire l'objet d'une QPC, il est possible d'élargir le contentieux à d'autres atteintes. Selon ce dernier, l'obligation pour le candidat à la rétrocession d'être immatriculé au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers apparaît comme une atteinte injustifiée au principe de la liberté d'entreprendre en raison de la restriction apportée par cette condition à l'accès libre à l'exercice d'une profession dans le commerce. Il faut malgré tout noter que cette restriction est justifiée par l'intérêt général porté par la loi, de plus cette condition est propre aux règles du droit

⁹³ Loi « Pinel » n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises

⁹⁴ MAGNON, X., BERNAUD, V., FOUCHER, K., MIGNARD, J.-P., et S.RENOUX, T., *QPC : la question prioritaire de constitutionnalité : Principes généraux, pratique et droit du contentieux*, LexisNexis, 2ème édition. Cons. const., 22 juillet 2011, n°2011-152 QPC, M. Claude.

⁹⁵ Cons. const., 13 janvier 2012, n°2011-208 QPC, Consort B.

⁹⁶ LACHIEZE, C., "QPC et fonds de commerce," *Petites affiches*, n°194, 29 septembre 2011, p.37.

⁹⁷ CE, 21 mars 2008, n°310173, Société Megaron, JurisData n° 2008-073324 ; JCP N, 2008 n°16, 396, Actualité ; RJDA 10/08, n°1008 ; JCP N, 2009 n°13, 1125, Damien Dutrieux ; voir *Supra* n°42 et s.

commercial, notamment en ce qui concerne l'application du statut des baux commerciaux⁹⁹, de même en ce qui concerne les règles relatives à la cession de fonds de commerce et aux publicités de l'acte de cession¹⁰⁰. Il est aussi retenu par Monsieur Lachière une atteinte à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété par l'obligation pour l'exploitant après rétrocession d'exercer l'activité imposée par la commune, sous peine de résiliation de l'acte de rétrocession. En réalité, l'article L. 214-2 prévoit que la rétrocession doit être conforme à l'intérêt général de la loi, il s'agit d'une garantie légale d'encadrement de l'exercice d'un droit public. Ainsi, cette contrainte pèse non pas sur l'acquéreur à la rétrocession, mais sur la commune, qui a l'obligation de choisir dans les candidats à la rétrocession celui dont le projet d'exploitation sera destiné « à préserver la diversité et à promouvoir le développement de l'activité commerciale et artisanale dans le périmètre concerné »¹⁰¹. Puis l'article L. 214-2 précise que « l'acte de rétrocession prévoit les conditions dans lesquelles il peut être résilié en cas d'inexécution par le cessionnaire du cahier des charges ». Ainsi, la résiliation n'est pas fondée sur la nature de l'exploitation, mais sur le contenu du cahier des charges. Il faut alors se pencher sur ce contenu, car, c'est l'élaboration du cahier des charges et l'encadrement de son contenu qui rendra la procédure de rétrocession inconstitutionnelle.

Il faut donc élargir l'analyse portant sur les fondements du recours devant le Conseil Constitutionnel. Le Conseil Constitutionnel contrôle l'incompétence négative du législateur. Ce contrôle permet d'analyser la constitutionnalité d'un dispositif législatif au regard de la complétude des garanties que seul le législateur est habilité à prendre. Ainsi si les garanties légales ne sont pas suffisantes le Conseil Constitutionnel considère qu'il en résulte une atteinte aux droits et libertés. Selon le Conseil Constitutionnel, le législateur ne peut déléguer aux pouvoirs réglementaires le soin d'encadrer précisément une procédure qui pourrait porter atteinte à une liberté. Les conditions d'application d'une procédure ou d'un droit sont de la compétence du pouvoir législatif. Ainsi la liberté d'entreprendre n'est pas absolue, elle peut être limitée si l'intérêt général l'impose. Mais le contenu et la définition de cet intérêt général doivent être précisés par le législateur et le Conseil Constitutionnel veille au respect de cette obligation à la charge du pouvoir législatif. Or, l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme vise en son alinéa premier « un périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité » et l'article L. 214-2 du Code de l'urbanisme se réfère quant à lui à « une exploitation destinée à préserver la diversité et à promouvoir le développement de l'activité

⁹⁸ LACHIEZE, C., "QPC et fonds de commerce," *Petites affiches*, n°194, 29 septembre 2011, p.37.

⁹⁹ Article L. 145-1 I du Code de commerce. Voir *Supra* n°138 et s.

¹⁰⁰ Article L. 141-12 du Code de commerce Voir *Supra* n°174 et s.

¹⁰¹ Article L. 214-2 du Code de l'urbanisme.

commerciale et artisanale ». Deux remarques sont donc nécessaires, d'une part, la notion de commerce et d'artisanat de proximité n'a aucun fondement légal et aucune définition n'est, à ce jour, proposée par le législateur. D'autre part, il faut noter des dispositions législatives, un manque de cohérence dans le contenu de l'intérêt général porté par la loi. Dès lors, les garanties procédurales et légales garantissant la proportionnalité de l'atteinte à la liberté d'entreprendre sont-elles ici respectées ? Il semble qu'une réponse négative s'impose, *a fortiori* à la lumière des QPC rendues par le Conseil Constitutionnel¹⁰². Par ailleurs, le Conseil Constitutionnel contrôle aussi l'intervention du juge dans l'appréciation du contenu de l'intérêt général. La décision du Conseil Constitutionnel du 27 mars 2014 relative à la loi visant à reconquérir l'économie réelle¹⁰³, apporte un éclairage nouveau sur le contrôle de constitutionnalité. En effet, le Conseil Constitutionnel au considérant 20, a retenu que « *les dispositions contestées conduisent ainsi le juge à substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise, qui n'est pas en difficulté, pour des choix économiques relatifs à la conduite et au développement de cette entreprise* », précisant aussi que « *ces dispositions confient au Tribunal de commerce [...] le pouvoir d'apprécier ce caractère sérieux* ». Ainsi selon le Conseil Constitutionnel « *l'obligation d'accepter une offre de reprise sérieuse en l'absence de motif légitime et la compétence confiée à la juridiction commerciale pour réprimer la violation de cette obligation font peser sur les choix économiques de l'entreprise, notamment relatifs à l'aliénation de certains biens, et sur sa gestion des contraintes qui portent tant aux droits de propriété qu'à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* ». Par analogie il faut s'interroger sur l'intervention du juge de l'expropriation dans le cadre de la procédure de préemption commerciale artisanale. En effet, la loi à l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme affirme le principe de la vente aux prix et conditions figurant dans sa déclaration. Mais le décret d'application a ouvert un recours, au seul bénéfice du titulaire du droit de préemption, devant le juge de l'expropriation en cas de désaccord sur le prix et les conditions indiquées dans la déclaration préalable¹⁰⁴. Par référence à la décision du 27 mars 2014, il est possible de considérer que la compétence confiée au juge de l'expropriation, d'évaluer le prix de cession des fonds ou du droit au bail, au soutien d'une activité qui n'est pas en difficulté, fait peser sur les choix économiques de l'entreprise, et

¹⁰² GUILLAUME, M., "Question prioritaire de constitutionnalité," *Répertoire Contrats Administratif*, Dalloz, mars 2011, n°31, Cons. const., 24 mai 2013, n°2013-317 QPC, Syndicat français de l'industrie cimentière et autre, Cons. const., 1^{er} août 2013, n°2013-336 QPC, Société Natixis Asset Management, Cons. const., 21 mars 2014, n°2014-375 QPC, M. Bertrand L. et autres, Cons. const., 11 avril 2014, n°2014-388 QPC, Confédération générale du travail Force Ouvrière et autre.

¹⁰³ Cons. const., 27 mars 2014, n°2014-692 DC, Loi visant à reconquérir l'économie réelle.

notamment relativement à l'aliénation de ce bien commercial ou artisanal, et sur sa gestion, des contraintes dont le caractère disproportionné pourrait être soumis au contrôle du Conseil Constitutionnel. Bien plus, les dispositions pourront faire l'objet de la censure constitutionnelle pour incompétence négative au regard de la liberté d'entreprendre et du droit de propriété puisque la loi n'a pas prévu en son sein l'exception au principe de cession au prix déclaré auprès du titulaire du droit de préemption, dès lors le pouvoir réglementaire a modifié le champ d'application de la loi, une telle hypothèse est censurée par le Conseil Constitutionnel¹⁰⁵.

PARAGRAPHE 2 : LE CONTROLE DE L'APPLICATION DE LA PROCEDURE DE PREEMPTION : L'OFFICE DES JUGES

327 – *Le caractère binaire du contentieux* – Le droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, fonds artisanaux, et baux commerciaux, est à la frontière de deux systèmes juridiques antagonistes. D'un côté le droit de l'urbanisme, fondé sur les règles du droit administratif et emportant la compétence du juge administratif et d'un autre côté le droit commercial, basé sur les règles civiles et impliquant dès lors la compétence des juridictions civiles. Comme le soulignent Messieurs Moulin et Brunet « *les interventions publiques dans le domaine économique mettent souvent en œuvre des dispositifs institutionnels hybrides et originaux tentant de concilier le caractère privé de la matière commerciale et le régime spécifique des activités publiques. Le développement de l'économie mixte s'oppose au maintien d'une séparation rigide entre les deux branches traditionnelles des disciplines juridiques. [...] La répartition du contentieux entre les deux ordres classiques de juridiction apparaît donc particulièrement mouvante et complexe, compte tenu des innombrables nuances qui l'affectent* »¹⁰⁶. Ainsi le contentieux qui pourrait naître de l'usage de ce droit de préemption sera tantôt de nature civile et commerciale, tantôt de nature administrative. La répartition du contentieux entre les deux ordres de juridiction doit être effectuée en référence aux différentes étapes de la procédure de préemption.

328 – *Étape 1 : les délibérations du conseil municipal, la compétence du juge administratif* – La décision de préemption et la détermination de la zone d'intervention

¹⁰⁴ Article R.214-6 du Code de l'urbanisme.

¹⁰⁵ Cons. const., 1^{er} août 2013, n°2013-336 QPC, Société Natixis Asset Management, consid. n°18 : « *le législateur s'est abstenu de définir le critère [...] Il n'a pas encadré le renvoi au décret et a conféré au pouvoir réglementaire la compétence pour modifier le champ d'application de la loi* ».

¹⁰⁶ MOULIN, R., et BRUNET, P., *Droit public des interventions économiques*, LGDJ, 2007.

appartiennent à la commune ou à ses délégataires¹⁰⁷, personnes morales de droit public, de telle sorte que le juge administratif s'est toujours vu reconnaître la compétence de juger de la légalité de ces décisions¹⁰⁸. En effet, il s'agit d'actes administratifs décisifs¹⁰⁹. La question de l'intérêt à agir est alors la plus prégnante dans le contentieux de la préemption¹¹⁰. En effet, la préemption fait intervenir un certain nombre d'acteurs qui sont, directement ou indirectement, touchés par la préemption. Concernant le contentieux général de la préemption, il a été admis que le propriétaire du bien préempté avait un intérêt à agir étant directement concerné par la décision qui lui est opposée¹¹¹, ce droit à agir s'étend au cas d'une préemption au prix inscrit dans la déclaration d'intention d'aliéner. L'acquéreur évincé est lui aussi touché directement par la préemption, il aura donc un intérêt à agir¹¹², la notion « d'acquéreur évincé ayant un intérêt à agir » s'entend aussi bien pour le bénéficiaire d'un pacte de préférence ou d'un droit de préemption, que le bénéficiaire initial de la promesse de vente¹¹³ et même le sous-acquéreur¹¹⁴. En cas de préemption d'un bien faisant l'objet d'un bail, le locataire du bien préempté a un intérêt à agir selon le Conseil d'État, qui dans un arrêt de 1999¹¹⁵, a considéré que le locataire d'un immeuble préempté ne devait pas être considéré comme un tiers au regard de la décision de préemption, son maintien dans les lieux pouvant être menacé en cas notamment de travaux, de telle sorte que la notification de la décision de préemption doit aussi être faite auprès du locataire. Or, dans le cadre du droit de préemption des communes sur les biens commerciaux et artisanaux, le locataire se trouve dans la même situation que le propriétaire d'un bien immobilier, puisque dans les deux cas la décision d'aliéner est à leur libre discrétion ; ainsi cette décision déclenche la procédure de préemption, si le bien est situé dans le périmètre. En effet, le droit de préemption des communes peut s'exercer en cas d'aliénation à titre onéreux du droit au bail commercial, impliquant au surplus le bailleur. La question de son intérêt à agir

¹⁰⁷ Voir *Supra* n°65 à 69.

¹⁰⁸ RAPP, L., TERNEYRE, P., et SYMCHOWICZ, N., "Lamy droit public des affaires," Lamy, 2015, n°5627 ; VITAL-DURAND, E., VANDERMEEREN, R., GAUTHIER, A., SAUVE, J., et PERNET, L., "Opérations d'urbanisme," Lextenso, 2014, n°1648 : CE, 16 décembre 1994, SCI « Le Grand Rondelet », n°121599, CE 22 février 1995, Commune de Carquefou, n° 116435.

¹⁰⁹ SEILLER, B., "Acte administratif (I- Identification)," *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, Dalloz, juin 2015, n° 280 : CE 29 avr. 2009, req. n° 293673 et CE 2 oct. 2006, req. n° 278676.

¹¹⁰ HOSTIOU, R., et STRUILLOU, J.-F., *Expropriation et préemption*, Litec 4ème éd., 2011, n°799 à 808.

¹¹¹ VITAL-DURAND, E., VANDERMEEREN, R., GAUTHIER, A., SAUVE, J., et PERNET, L., "Opérations d'urbanisme," Lextenso, 2014, n°1651 : CE, 21 mai 2008, Commune de Houilles, n°296156.

¹¹² VITAL-DURAND, E., VANDERMEEREN, R., GAUTHIER, A., SAUVE, J., et PERNET, L., "Opérations d'urbanisme," Lextenso, 2014, n°1651.

¹¹³ CE 30 juillet 1997, Société nouvelle étude Bercy et M. Attali, n°157313.

¹¹⁴ CE 1^{er} juillet 2009, n°319238, assoc. La Fourmi Vouvrillonne : JurisData n° 2009-005112.

¹¹⁵ CE 6 octobre 1999, Association tendance national union islamique de France, req. n° 185577.

se pose, par analogie avec le régime appliqué au locataire d'un immeuble préempté, il sera admis l'intérêt à agir du bailleur dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de la décision de la commune de préempter le droit au bail commercial. D'ailleurs, cet intérêt à agir ne peut être discuté puisque le bailleur est intégré à la procédure de préemption étant informé de la décision par copie de la notification faite au cédant¹¹⁶, ainsi que du choix, le cas échéant, de saisir le juge de l'expropriation, la lettre de saisine et le mémoire en copie, sont simultanément notifiés au cédant et au bailleur¹¹⁷.

L'annulation de la décision de préempter entraîne des conséquences variables selon que le transfert de propriété ait été effectué ou non. Si le bien objet de la préemption n'est pas entré dans le patrimoine du titulaire du droit de préemption, ce dernier ne peut, pendant un an à compter de la décision devenue définitive, renouveler l'exercice de son droit de préemption, en application de l'article L. 213-8 al. 5 du Code de l'urbanisme¹¹⁸. Or le droit de préemption sur les biens commerciaux et artisanaux opère un renvoi au droit commun de la préemption urbain en ne visant que les articles L. 213-4 à L. 213-7 du Code de l'urbanisme. Ainsi, l'application de l'article L. 213-8 al.5 du Code de l'urbanisme est exclue du dispositif du droit de préemption des communes. Il faut donc en déduire d'une part, qu'en l'absence de précision du juge concernant les conséquences de l'annulation, aucune préemption n'est possible sur le fonds ou le bail tel que visé à la DIA. Le propriétaire du bien commercial ou artisanal peut aliéner le bien, mais est-il lié à la DIA notamment en ce qui concerne le prix déclaré ? La réponse se trouve à l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme selon lequel le refus implicite de préempter permet au propriétaire du bien de « réaliser la vente aux prix et conditions figurant dans sa déclaration ». Le droit de propriété, en tant qu'*abusus* est alors restreint par la loi, en effet, le propriétaire du bien ne pourra vendre en cas d'annulation de la décision de préemption de façon libre, sauf intervention du juge qui peut prévoir les conséquences. Si la propriété du bien a fait l'objet d'un transfert de propriété entre les mains du titulaire du droit de préemption, les effets de l'annulation de la décision de préemption sont prévus expressément par l'article L. 213-11 du Code de l'urbanisme modifié par la loi dite « ALUR » du 24 mars 2014. Le titulaire du droit de préemption doit proposer l'acquisition du bien aux anciens propriétaires ou leurs ayants cause, ils ont 3 mois à compter de la notification de la décision devenue définitive

¹¹⁶ Article R. 214-5 du Code de l'urbanisme.

¹¹⁷ Article R. 214-6 du Code de l'urbanisme.

¹¹⁸ AUBY, J.-B., PERINET-MARQUET, H., et NOGUELLOU, R., *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Montchrestien - Lextenso, 9ème éd., n°311.

pour accepter l'acquisition, à défaut leur silence vaut renonciation¹¹⁹. Dans cette hypothèse, l'acquéreur évincé, si son identité est inscrite à la DIA, doit être contacté afin d'acquérir le bien indument préempté¹²⁰. Mais ces dispositions ne sont pas visées par le dispositif de préemption commercial et artisanal, en effet, seuls les articles L. 213-4 à L. 213-7 du Code de l'urbanisme se rattachent à la procédure de préemption du fonds commercial, artisanal et droit au bail commercial. Pour autant, il faudra considérer que l'annulation de la décision de préemption implique que celle-ci n'ait jamais existée¹²¹.

Les délibérations visant l'instauration du périmètre ou l'usage du droit de préemption peuvent aussi faire l'objet d'un recours notamment en référé. Le référé-liberté est ouvert en cas d'urgence et d'atteinte à une liberté fondamentale en application de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. Mais le Conseil d'État a limité le contrôle du juge en l'enjoignant de qualifier la gravité de l'atteinte en prenant en compte les limitations de portées générales de la législation d'urbanisme permettant une intervention de la puissance publique qualifiée par la loi de « nécessaire »¹²². Le référé-suspension¹²³, en tant que voie d'action, est aussi ouvert afin de suspendre la décision prise par « l'administration »¹²⁴. Deux conditions sont requises pour que la procédure soit admise, l'urgence et le doute sérieux quant à la légalité de la décision¹²⁵. La recevabilité de la demande de suspension est conditionnée ni à l'absence du transfert de propriété¹²⁶, ni à la passation de l'acte¹²⁷, ni à la réalisation du paiement du prix¹²⁸. La condition d'urgence est présumée quand le recours est formé par l'acquéreur évincé¹²⁹. Cette présomption joue aussi pour la préemption commerciale et artisanale¹³⁰ comme le précise le commissaire du Gouvernement Anna Courrège dans l'affaire Société Mégaron : « *il est difficilement concevable que la préemption des « murs » et celle du fonds de commerce ou du bail s'exposent à des*

¹¹⁹ Article L. 213-11 al.1 et al.4 du Code de l'urbanisme.

¹²⁰ Article L. 213-11, deux derniers alinéas du Code de l'urbanisme.

¹²¹ RAPP, L., TERNEYRE, P., et SYMCHOWICZ, N., "Lamy droit public des affaires," Lamy, 2015, n°5635.

¹²² CE, 12 novembre 2001, Commune de Montreuil-Bellay, n°239840 : HOSTIOU, R., et STRUILLOU, J.-F., *Expropriation et préemption*, Litec 4ème éd., 2011, n°850 ; RAPP, L., TERNEYRE, P., et SYMCHOWICZ, N., "Lamy droit public des affaires," Lamy, 2013, n°5629 ; VITAL-DURAND, E., VANDERMEEREN, R., GAUTHIER, A., SAUVE, J., et PERNET, L., "Opérations d'urbanisme," Lextenso, 2014, n°1685.

¹²³ DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," *Dalloz Action*, septembre 2011, n°62.643.

¹²⁴ Article L. 521-1 du CJA.

¹²⁵ RAPP, L., TERNEYRE, P., et SYMCHOWICZ, N., "Lamy droit public des affaires," Lamy, 2015, n°5630.

¹²⁶ CE, 23 juillet 2003, Société Atlantique Terrain, n°254837, CE, 18 juin 2007, Aouizerate et commune d'Antibes, n°300320.

¹²⁷ CE, 22 février 2006, Société Varoise de gestion des déchets, n°281334, CE, 18 juillet 2006, Mme Bessac et autres, n°291569.

¹²⁸ CE, 23 juin 2006, Société Actilor, n°289549, CE, 21 mai 2008, Société EPM, n°310951.

¹²⁹ CE, 13 novembre 2002, M. Hourdin, n°248851, CE, 23 juin 2006, Société Actilor, n°289549.

¹³⁰ DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," *Dalloz Action*, septembre 2011, n°62-643.

traitements différents sur ce point »¹³¹. Le vendeur du bien préempté quant à lui devra démontrer que les circonstances portent atteinte de manière suffisamment grave et immédiate à ses intérêts¹³². Le doute sérieux quant à la légalité de la décision est laissé à l'appréciation du juge des référés sous le contrôle du Conseil d'État. Il s'agit d'une appréciation d'espèce, aussi plusieurs cas se dégagent de la jurisprudence et de façon non exhaustive¹³³ il est possible de dire que constitue un doute sérieux, l'insuffisance de motivation¹³⁴, l'insuffisance de respect des conditions de l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme¹³⁵, l'incompétence de l'auteur de la décision¹³⁶. Ces jurisprudences peuvent par analogie être applicables à la préemption sur les fonds et les baux commerciaux. En effet, l'obligation de motivation de la décision de préemption est aussi à la charge de la commune, et les critères n'étant pas définis par la loi contrairement à la préemption urbaine encadrée par l'article L. 210-1 du Code de l'urbanisme, le contrôle du juge administratif, notamment en référé est fondamental¹³⁷. Par ailleurs, il a été soutenu, lors de l'étude de la procédure de préemption commerciale et artisanale, que les exigences de l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme étaient applicables à cette préemption malgré son particularisme, de telle sorte que la jurisprudence attachée au respect de l'application de cet article est une source d'analyse dans l'hypothèse d'un contentieux. Enfin, si à l'origine la loi n'envisageait qu'une délégation de la compétence du conseil municipal au maire, aujourd'hui la réforme apportée par la loi « Pinel » multiplie les acteurs titulaires du droit de préemption¹³⁸ de telle sorte que le contentieux relatif à l'incompétence de l'auteur de la décision de préemption pourrait à l'avenir servir de base de réflexion à un contentieux. Pour autant, le décret d'application de la loi ayant réformé le dispositif envisage ce point en donnant obligation à la commune de transmettre au délégataire compétent la DIA¹³⁹.

329 – Étape 2 : la constatation de « la cession », la qualification de la nature de l'acte – Selon l'article R. 214-9 du Code de l'urbanisme, dans les trois mois suivants la notification de la décision de préempter par le titulaire du droit, le transfert de propriété du bien commercial et artisanal s'effectuera par constatation de la cession. Le prix est payé au

¹³¹ Note ss CE, 21 mars 2008, Société Mégaron : A. Courrège, Dr. Adm. mai 2008, n°5, comm. 76, HOSTIOU, R., et STRUILLOU, J.-F., *Expropriation et préemption*, Litec 4ème éd., 2011, n°836.

¹³² CE, 14 novembre 2003, Melle Colladant, n°258248.

¹³³ HOSTIOU, R., et STRUILLOU, J.-F., *Expropriation et préemption*, Litec 4ème éd., 2011, n°844 et 845.

¹³⁴ CE, 7 janvier 2013, M. Manuel A. c/ Commune de Montreuil, n°357230.

¹³⁵ CE, 13 novembre 2002, M. Hourdin, n°248851.

¹³⁶ CE, 14 novembre 2003, SEM du Pays d'Aix – Commune d'Aix-en-Provence, n°258507.

¹³⁷ Voir *Supra* n°25 à 27.

¹³⁸ Voir *Supra* n°65 et s.

¹³⁹ Article R. 214-3 et s du Code de l'urbanisme.

moment de l'établissement de l'acte, sous réserve de l'article L. 141-12 du Code de commerce qui concerne la protection des créanciers du vendeur du fonds de commerce par séquestre du prix¹⁴⁰. Aucun renvoi aux règles propres à la cession du fonds de commerce ou du bail commercial n'est effectué par la loi. La doctrine majoritaire¹⁴¹ plaide en faveur de l'application des règles du droit commercial, à l'inverse de Messieurs Reygrobellet et Denizot qui rejettent l'intérêt de suivre les exigences du Code de commerce¹⁴². Mais l'application de ces règles semble malgré tout impérative¹⁴³, pour autant, la compétence du juge en cas de litige sur l'acte ne peut se « déduire » de l'application des règles commerciales. En effet, la cession du fonds de commerce a un caractère d'acte de commerce, dans l'hypothèse où l'un des cocontractants ne serait pas commerçant, la qualification d'acte de commerce ne sera pas pour autant rejetée. Deux critères cumulatifs ont été en effet dégagés par la jurisprudence¹⁴⁴, l'acte doit être réalisé pour une activité commerciale qui doit être indispensable à son exercice. C'est ainsi, notamment, que la vente du fonds artisanal ne sera pas un acte de commerce et ne peut être de la compétence du Tribunal de commerce à l'inverse de la vente du fonds de commerce. Dès lors, il apparaît que la cession à la commune du fonds de commerce n'est pas dans le but d'une exploitation commerciale indispensable à son exercice, l'acquisition par la préemption est effectuée dans le but de maintenir le commerce de proximité.

De plus, en dehors de la qualification d'acte de commerce, la qualité de personne publique de l'un des cocontractants implique d'analyser la nature de l'acte à partir des règles de qualification du contrat administratif. Un contrat sera qualifié de contrat administratif soit selon la loi, soit selon des critères jurisprudentiels. Les contrats administratifs par détermination de la loi sont les marchés publics, certains contrats domaniaux, les contrats relatifs à l'exécution de travaux publics et les contrats de partenariat. L'acquisition de biens commerciaux et artisanaux par préemption ne rentre pas dans cette classification. Aussi les critères jurisprudentiels doivent être étudiés. Le contrat sera qualifié d'administratif par les juges à partir de deux critères cumulatifs, un critère organique, à savoir la présence d'une personne de droit public ; et un critère matériel qui

¹⁴⁰ Voir *Supra* n°211.

¹⁴¹ BOSGIRAUD, C., "Libres propos relatifs au droit de préemption sur les cessions de fonds de commerce, fonds artisanaux, de baux commerciaux - Préempter pour rétrocéder..." *JCP N*, n° 16,1179, 18 avril 2008, p. 27; BROUSSOLLE, Y., "Le décret du 26 décembre 2007 relatif au droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, les fonds artisanaux et les baux commerciaux," *Deffrénois*, n° 10, 30 mai 2008, p. 1065.

¹⁴² DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," *Dalloz Action*, septembre 2011, n°62-671.

¹⁴³ Voir *Supra* n°192.

¹⁴⁴ Cass. Com., 19 juin 1972, n°71-12845, Bull. civ. IV, n° 196.

correspond soit à des clauses exorbitantes de droit commun ou à un régime exorbitant du droit privé ; soit à l'exécution d'un service public¹⁴⁵. Dans le cadre de la préemption commerciale et artisanale, l'acquisition d'un fonds ou d'un droit au bail s'effectue entre la commune par principe et le commerçant ou artisan. La commune est une personne morale de droit public. La loi permet aux communes de déléguer l'exercice du droit de préemption aux sociétés publiques locales d'aménagement, sociétés anonymes compétentes en matière d'opérations d'aménagement¹⁴⁶ ; et aussi depuis la réforme intervenue le 18 juin 2014, aux établissements publics de coopération intercommunale, aux établissements publics « y ayant vocation », aux sociétés d'économie mixte, au concessionnaire d'une opération d'aménagement ou au titulaire d'un contrat de revitalisation artisanale et commerciale. Il est retenu par la jurisprudence administrative¹⁴⁷ que les mandats législatifs permettaient de retenir le critère organique alors même que les cocontractants sont tous deux des personnes de droit privé¹⁴⁸, ainsi, la délégation prévue par l'article L. 214-1 nouveau du Code de l'urbanisme est un mandat législatif. De plus, ces entités sont des concessionnaires, or selon l'article L. 2331-1 du Code général de la propriété des personnes publiques « *sont portés en premier ressort devant le conseil de préfecture, sauf recours au Conseil d'État, les litiges relatifs aux contrats comportant occupation du domaine public quelle que soit leur forme ou dénomination, passés par l'État, les départements, les communes, les établissements publics ou leurs concessionnaires* » ; le principe est donc que les contrats conclus par les concessionnaires privés de service public sont de la compétence du juge administratif, il en va de même pour les mandataires des concessionnaires privés¹⁴⁹. Aussi la question de la qualification du contrat visant l'acquisition d'un bien commercial ou artisanal doit aussi s'appuyer sur l'étude de la nature du « patrimoine » intervenant à l'opération puisque l'article L. 2331-1 du Code général de la propriété des personnes publiques vise les cas d'occupation du domaine public. En effet, la connotation de l'acte de préemption implique un transfert de propriété, or ce transfert s'opère-t-il dans le cadre de la gestion du domaine

¹⁴⁵ TIFINE, P., *Droit administratif français*, Éditions juridiques franco-allemandes, 2ème éd., 11 septembre 2014; BRENET, F., "Qualification jurisprudentielle du contrat administratif," Fasc. 603, *JurisClasseur Administratif*, LexisNexis, 10 juin 2010.

¹⁴⁶ Article L. 327-1 du Code de l'urbanisme.

¹⁴⁷ CE, 28 juill. 1995, préfet région Île-de-France : JurisData n° 1995-048474 ; Rec. CE 1995, p. 321 ; RD publ. 1996, p. 569, concl. S. Fratacci ; JCP G 1996, II, 22577, note V. Haïm. - CE, avis n° 361425, 22 janv. 1998 : EDCE 1999, n° 50, p. 226.

¹⁴⁸ BRENET, F., "Qualification jurisprudentielle du contrat administratif," Fasc. 603, *JurisClasseur Administratif*, LexisNexis, 10 juin 2010, n°38 et s.

¹⁴⁹ BRENET, F., "Qualification jurisprudentielle du contrat administratif," Fasc. 603, *JurisClasseur Administratif*, LexisNexis, 10 juin 2010, n°34 à 37.

public, ou dans le cadre du domaine privé de la personne publique. Le domaine privé de la personne publique est défini par la négative, tout ce qui n'appartient pas au domaine public est du domaine privé. Le premier critère est celui de la qualité du propriétaire, qu'il s'agisse du domaine privé ou public, l'État, une collectivité territoriale ou un de leurs établissements publics¹⁵⁰, ou une autre personne publique dans les conditions fixées par les textes qui les régissent¹⁵¹ doivent être propriétaires du bien. L'autre critère est celui de l'affectation désignant à la fois le but et le résultat de l'opération attachés au bien. Selon Monsieur Yolka « *c'est l'utilité publique qui justifie l'application d'un régime de droit public aux dépendances du domaine public ; plus précisément, l'utilité publique prise en ses deux branches, selon que les biens servent au public de manière directe ou indirecte (par l'intermédiaire du service public). L'affectation est à juste titre considérée comme le critérium du domaine public* »¹⁵². Ainsi en application de l'article L. 2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, appartiennent au domaine public les biens qui sont « *soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public* ». L'affectation à l'usage du public correspond à une utilisation collective, or, si le fonds de commerce, fonds artisanal ou le local soumis au statut des baux commerciaux, est bien ouvert au public, il ne s'agit pas d'une utilisation collective puisque la clientèle n'a pas collectivement besoin d'utiliser un commerce en particulier. Il est par ailleurs évident qu'il ne s'agit pas non plus d'un service public. Dès lors, les biens commerciaux ou artisanaux préemptés ne font pas partie du domaine public de la commune ou de ses délégataires. Le transfert de propriété intervient donc dans le domaine privé de la personne publique. La compétence du juge judiciaire est celle de principe dans les cas qui concernent le domaine privé. Le Tribunal des Conflits a ainsi retenu la compétence du juge judiciaire dans le cadre d'un contentieux entre une personne privée et une personne de droit public pour une décision sur un contrat portant sur un bien du domaine privé¹⁵³. Dans le cadre du droit de préemption urbain, le Tribunal des Conflits a eu à se prononcer sur la compétence du juge¹⁵⁴ relativement au contrat de préemption, qu'il s'agisse de la régularité du contrat ou de son

¹⁵⁰ Article L. 1 du Code général de la propriété des personnes publiques.

¹⁵¹ Article L. 2 du Code général de la propriété des personnes publiques.

¹⁵² YOLKA, P., "Distinction du domaine public et du domaine privé," Fasc. 405-10, *JurisClasseur Administratif*, LexisNexis, 1er février 2014, n°60 et s.

¹⁵³ T. confl., 22 nov. 2010, n° 3764, SARL Brasserie Théâtre c/ Cne Reims : JurisData n° 2010-022118 ; BJCP 2010, p. 55, concl. P. Collin ; RJEP 2011, comm. 13, note G. Pélissier ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 26 ; AJDA 2010, p. 2423, chron. D. Botteghi et A. Lallet ; Dr. adm. 2011, comm. 20, note F. Melleray ; AJDA 2010, p. 841, note O. Févrot ; JCP A 2011, act. 537, obs. G. Eveillard.

¹⁵⁴ T. confl., 2 juin 1975, no 02004, Épx Saint-Arroman, Rec. CE 1975, p. 795.

exécution, principalement le paiement du prix¹⁵⁵. Pour le Tribunal des Conflits, le juge judiciaire est compétent, car le droit de préemption est une substitution de cocontractant, la personne de droit public se substitue au droit au contrat¹⁵⁶.

Mais le contrat dans le cadre du domaine privé peut malgré tout être qualifié d'administratif, notamment si la loi définit ce contrat comme administratif ou si les critères jurisprudentiels viennent à s'appliquer. Ces critères sont la présence d'une personne de droit public, et d'un point de vue matériel, le contrat doit soit contenir une clause exorbitante du droit commun, soit avoir pour objet l'exécution d'un service public ou être adopté dans le cadre d'un régime exorbitant du droit commun. Mais le critère de la clause exorbitante de droit commun ne peut être retenu dans le cadre du régime du domaine privé comme le rappelle Madame Eveillard¹⁵⁷. Il s'agit d'un débat, voire « d'une querelle »¹⁵⁸ entre le Conseil d'État et le Tribunal des Conflits qui reste intransigeant sur l'attribution de la compétence du juge judiciaire¹⁵⁹ alors que le Conseil d'État applique les critères de sa jurisprudence¹⁶⁰. Face à ce conflit, il apparaît nécessaire de s'interroger sur l'hypothèse de qualification de clause exorbitante de droit commun dans le contrat de cession des fonds ou du droit au bail commercial. Il peut être rappelé que l'exécution d'un service public est quoi qu'il en soit écartée du débat. La clause exorbitante de droit privé n'a pas de définition homogène, mais il est possible de se référer à celle retenue par le Conseil d'État dans l'affaire Société française constructions mécaniques¹⁶¹ considérant que la clause est exorbitante en raison de son objet qui confère aux parties des droits ou met « *à leur charge des obligations, étrangères par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis dans le cadre des lois civiles et commerciales* ». L'hétérogénéité des définitions nécessite donc de se référer au caractère des clauses retenues par le juge administratif comme exorbitantes. Il est possible de retenir trois sortes de clauses exorbitantes du droit privé comme le précise Monsieur Brenet, les clauses qualifiées d'illicites en droit privé, les

¹⁵⁵ T. confl., 9 déc. 1996, n° 02994, M^{me} Duhamel et a. c/ Ville de Douai, CJEG avr. 1997, p. 147, Dr. adm. 1997, comm. n° 229 ; CE, 7 janv. 2013, Roche M., n° 358781.

¹⁵⁶ RAPP, L., TERNEYRE, P., et SYMCHOWICZ, N., "Lamy droit public des affaires," Lamy, 2015, n°5626.

¹⁵⁷ EVEILLARD, G., "Domaine privé," Fasc. 409, *JurisClasseur Administratif*, LexisNexis, 30 septembre 2012, n°68.

¹⁵⁸ *Op. Cit.* n°69.

¹⁵⁹ T. confl., 20 févr. 2008, n° C3623, Verrière c/ Communauté urbaine Lyon : Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 122, note G. Eckert ; Dr. adm. 2008, comm. 64, note Melleray ; JCP A2008, 2117, note Yolka ; T. confl., 12 déc. 2011, n° C3824, Cne Nouméa c/ SARL Lima).

¹⁶⁰ CE, 19 nov. 2010, n° 331837, Off. nat. forêts : Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 36, note Devillers ; Dr. adm. 2011, comm. 19, note Brenet ; JCP A 2011, 2020, concl.Dacosta, note Moreau ; RJEP 2011, comm. 12, concl. Dacosta ; AJDA 2011, p. 281, note Dreyfus.

clauses impossibles, car se rattachant au pouvoir exorbitant de la personne publique et les clauses inusuelles par dérogation aux principes généraux des contrats (égalité des parties, force obligatoire et effet relatif)¹⁶². Il s'agira alors d'explorer chaque contrat de préemption pour identifier une clause exorbitante de droit commun. Selon la jurisprudence ces clauses seront exorbitantes notamment si la personne publique contrôle l'activité du cocontractant¹⁶³, les prix pratiqués par celui-ci¹⁶⁴, ou le personnel employé¹⁶⁵. Le droit pour la personne publique de suspendre¹⁶⁶, résilier unilatéralement¹⁶⁷ ou modifier le contrat¹⁶⁸ permet de qualifier le contrat d'administratif en raison de clauses exorbitantes de droit privé. Enfin, le Tribunal des Conflits a le 15 mars 2010 considéré que « *l'organisation d'un contrôle dérogatoire au droit commun de la commune sur l'exploitation du restaurant telle que non seulement la communication à la commune du bilan comptable à la fin de chaque année, mais aussi l'autorisation préalable de la commune pour l'installation par le cocontractant de tout matériel qu'il jugera utile pour l'exercice de sa profession et pour toute installation nouvelle, même si elle a un caractère temporaire, comme pour l'organisation de toute manifestation en rapport avec son activité professionnelle* » est une clause exorbitante de droit commun¹⁶⁹. Enfin, le contrat peut être administratif si son régime est exorbitant du droit privé¹⁷⁰. Dans cette hypothèse ce n'est pas la clause, c'est-à-dire le contenu du contrat qui détermine sa nature, mais le ou les texte(s) qui régissent la passation

¹⁶¹ CE, sect., 15 févr. 1935, Sté française constructions mécaniques : Rec. CE 1935, p. 201. - CE, sect., reprise dans CE, 20 oct. 1950, Stein : Rec. CE 1950, p. 505 ; CAA Marseille 19 nov. 2007, Sté Hirondelles vauclusienne de constructions : JurisData n° 2007-366463 ; AJDA 2008, p. 548.

¹⁶² BRENET, F., "Qualification jurisprudentielle du contrat administratif," Fasc. 603, *JurisClasseur Administratif*, LexisNexis, 10 juin 2010, °94 et s.

¹⁶³ T. confl., 27 juill. 1950, Peulaboeuf : Rec. CE 1950, p. 668. - T. confl., 19 juin 1952, Sté combustibles et carburants nationaux : Rec. CE 1952, p. 628. - T. confl., 13 juin 1955, Stamesco : Rec. CE 1955, p. 620. - T. confl., 22 juin 1998, Agent judiciaire du Trésor : JurisData n° 1998-050594 ; Dr. adm. 1998, comm. 335. - CE, sect., 10 mai 1963, Sté La prospérité fermière : Rec. CE 1963, p. 288. - CE, ass., 26 févr. 1965, Sté vélodrome parc des Princes.

¹⁶⁴ Cass. 1^{re} civ., 18 nov. 1992, Cne Pantin : JurisData n° 1992-002511 ; Bull. civ. 1992, I, n° 286.

¹⁶⁵ T. confl., 20 avr. 1959, Sté nouvelle exploitation plages, piscines et patinoires : Rec. CE 1959, p. 866. - T. confl., 7 juill. 1980, Sté exploitation touristique Haute-Maurienne : JurisData n° 1980-600217. - CAA Bordeaux, 20 févr. 1995, Cne Loix-en-Ré : JurisData n° 1995-052800 ; Rec. CE 1995, p. 892.

¹⁶⁶ CE, 8 janv. 1965, Da Fonseca : Rec. CE 1965, p. 7.

¹⁶⁷ CE, 21 déc. 1960, Favier : Rec. CE 1960, p. 720. - CE, 26 févr. 1965, Sté vélodrome parc des Princes, préc. - CE, 13 nov. 1981, Sté Papeteries de la Madeleine. - V. aussi T. confl., 17 nov. 1975, Leclert. - T. confl., 5 juill. 1999, Union groupements d'achats publics c/ Sté SNC Activ CSA : JurisData n° 1999-100127 ; AJDA 1999, p. 554, chron. F. Raynaud et P. Fombeur. - T. confl., 22 oct. 2001, Sté BNP-Paribas : JurisData n° 2001-157134 ; Contrats-Marchés publ. 2002, comm. 4.

¹⁶⁸ CA Paris, 24 oct. 1995, Cne Samoreau : JurisData n° 1995-023590 ; CJEG 1997, p. 26, note R. Savignat.

¹⁶⁹ T. confl., 15 mars 2010, n° 3755, Dumontet : AJDA 2010, p. 586, obs. S. Brondel ; AJDA 2010, p. 1079, note J.-D. Dreyfus.

¹⁷⁰ CE, sect., 19 janv. 1973 : Rec. CE 1973, p. 48 ; CJEG 1973, p. 239, concl. M. Rougevin-Bavile, note A. Carron ; AJDA 1973, P. 358, chron. D. Léger et M. Boyon ; JCP G 1974, II, 17629, note A. Pellet ; Rev. adm. 1973, p. 633, note P. Amselek.

de l'acte, l'exécution ou le contentieux. Mais ce critère est peu retenu par la jurisprudence¹⁷¹. Aussi, même s'il est possible de considérer que le Code de l'urbanisme impose un régime de droit public à la cession du fonds de commerce, fonds artisanal, ou droit au bail, au regard de l'orientation prise par la jurisprudence le régime exorbitant de droit privé ne devrait pas être retenu.

La compétence du juge judiciaire est alors le principe dans le cadre du contentieux de la validité du contrat de cession des biens artisanaux ou commerciaux. En effet, l'acte implique un transfert de propriété dans le domaine privé de la personne publique, le critère des clauses exorbitantes de droit commun étant, selon le Tribunal des Conflits, exclu, en raison de l'environnement éminemment privé du contrat laissant au juge civil toute compétence. Pour autant, si le critère des clauses exorbitantes de droit commun venait à s'appliquer, il s'agirait d'examiner au cas par cas les préemptions. Ainsi, dans le cadre d'une application habituelle des règles du droit commercial propre à la cession du fonds de commerce ou du droit au bail commercial, aucune clause ne devrait être qualifiée d'exorbitante sauf stipulation contractuelle spéciale, dérogatoire et donc possiblement exorbitante du droit commun. Le juge judiciaire est donc compétent, et les juges consulaires ne seront pas pour autant saisis, car l'acte de préemption s'opère dans un but étranger à l'exploitation commerciale indispensable à son exercice¹⁷². Dès lors, la compétence de principe du Tribunal de Grande Instance sera retenue, sauf clause d'élection de compétence pouvant soit choisir la compétence du Tribunal de commerce, soit même celle du juge administratif, la liberté contractuelle s'appliquant entre le commerçant ou l'artisan, cédant et le titulaire du droit de préemption, cessionnaire.

330 – Étape 3 (première alternative) : la période intermédiaire et l'application du statut des baux commerciaux – Une fois le bien préempté, la commune a deux ans pour le rétrocéder, ce délai est prorogé d'un an en cas de location-gérance¹⁷³. Cette période est dite « intermédiaire » et bien souvent, un droit au bail commercial est attaché à l'opération

¹⁷¹ T. confl., 20 janv. 1986, Coopérative agricole déshydratation et séchage Arne et Retourne : JurisData n° 1986-605227 ; Rec. CE 1986, p. 605 ; Dr. adm. 1986, comm. 155 ; T. confl., 11 oct. 1993, Sté centrale sidérurgique Richemont et Sté Gerling : Rec. CE 1993, p. 605 ; AJDA 1994, p. 246, obs. A. et P. Marchessou ; Dr. adm. 1994, comm. 30 ; RFD adm. 1994, p. 181 ; T. confl., 16 janv. 1995, préfet région Île-de-France : JurisData n° 1995-041630 ; Rec. CE 1995, p. 489 ; CJEG 1995, p. 259, concl. P. Martin, note D. Delpirou ; Dr. adm. 1995, comm. 335 ; CE, 1er mars 2000, Cne Morestel : JurisData n° 2000-060145 ; CJEG 2000, p. 191, concl. G. Goulard, note P. Sablière. - sur le destin de la jurisprudence "Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant", M. Garrigue-Vieuville, Que reste-t-il de la jurisprudence Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant ? : Dr. adm. 2009, étude 5.

¹⁷² DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," Dalloz Action, septembre 2011, n°62-12, 62-13, 62-22.

¹⁷³ Article L. 214-2 du Code de l'urbanisme.

visée par la commune. En effet, même si la préemption porte sur un fonds, la cession comportera en « accessoire » un droit au bail commercial. Dès lors, c'est l'article L. 145-2 II *in fine* du Code de commerce qui vise le régime applicable à cette période pour le bail commercial. Dans sa version initiale, l'application du statut des baux commerciaux était exclue pendant la période intermédiaire. Il était possible de justifier cette disposition par l'obstacle qui résulte du conflit entre les obligations découlant du statut et la nature juridique de la commune, personne morale de droit public. En effet, il est évident que la commune ne pourra pas être immatriculée. Cette condition étant nécessaire à l'application du statut des baux commerciaux, il était possible d'y voir la raison de l'exclusion de l'application du statut¹⁷⁴. Mais la doctrine¹⁷⁵ avait soulevé l'incohérence de la situation. En effet, l'interrogation principale portait sur le droit au renouvellement, si le statut n'est pas applicable pendant la période intermédiaire alors la commune ne peut se prévaloir du droit au renouvellement, le projet d'urbanisme, pouvant notamment être fondé sur le bail ainsi préempté, était mis en péril si le bail venait à expirer. De plus, l'application du droit commun des baux rendait instable la question du loyer. Et pour finir quant à la rétrocession portant sur le droit au bail, la situation était juridiquement insoutenable, car la commune rétrocédait un droit qu'elle n'avait finalement pas. La loi du 18 juin 2014¹⁷⁶ est venue harmoniser la situation en modifiant l'article L. 145-2 du Code de commerce selon lequel désormais, « *en cas d'exercice du droit de préemption sur un bail commercial, un fonds artisanal ou un fonds de commerce en application du premier alinéa de l'article L. 214-2 du Code de l'urbanisme, le bail du local ou de l'immeuble demeure soumis au présent chapitre* » La réforme précise que « *le défaut d'exploitation ne peut être invoqué par le bailleur pour mettre fin au bail commercial dans le délai prévu au même article L. 214-2 pour sa rétrocession à un nouvel exploitant* » Il s'agit du point sensible du droit de préemption commercial et artisanal, l'exploitation pendant la période intermédiaire est une difficulté notoire à bien des égards. Tout d'abord en raison de la nature du fonds de commerce fondé sur la permanence de la clientèle. Ensuite en raison de la possible existence de contrats de travail cédé avec l'exploitation. Enfin, pour une raison économique, la commune préemptant au prix du marché, il n'est pas dans son intérêt de

¹⁷⁴ Voir *Supra* n°151 à 153.

¹⁷⁵ BLATTER, J.-P., "Interrogations autour du nouveau droit de préemption des communes," *AJDI*, Octobre 2005, p.705; KENFACK, H., "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*, n° 25,1508, Mars 2008, p.17.

rétrocéder le bien « dévalué » par l'absence d'exploitation. Le texte ainsi modifié s'applique à toutes les situations d'existence d'un bail commercial et pas seulement à la préemption de ce droit. En effet, le bail commercial est bien souvent présent quelle que soit la préemption réalisée dans ce domaine, la commune préemptant un fonds de commerce ou un fonds artisanal se substituera au bail commercial attaché au fonds, et le statut sera applicable à la commune.

Le contentieux relatif au bail commercial appartient au juge judiciaire, par principe le Tribunal de grande instance est compétent, sauf attribution de compétence à une juridiction spéciale¹⁷⁷. Il apparaît utile d'envisager les compétences par le prisme des contentieux¹⁷⁸, ainsi, quatre contentieux relatifs au bail commercial existent, les litiges peuvent porter sur l'application du statut, sur la fixation du loyer, sur le loyer du bail renouvelé, et enfin, sur les clauses du bail. Il est possible d'exclure de l'analyse la question de l'application du statut, en effet le statut est applicable par détermination de la loi, dès lors que le bien a été acquis par préemption il ne peut y avoir de contestation sur l'application du statut. Concernant par contre le loyer, qu'il s'agisse de sa fixation en révision ou en renouvellement, la compétence est attribuée au président du Tribunal de grande instance, appelé « juge des loyers » ou « juge des baux commerciaux »¹⁷⁹. Cette compétence est d'exception, aussi si un litige autre que relatif au loyer survient devant le juge des loyers, il devra surseoir à statuer, mais il peut aussi se dessaisir complètement du litige au profit du Tribunal de grande instance dans un souci de bonne administration de la justice. Enfin, en ce qui concerne les clauses illégales, depuis la réforme du 18 juin 2014, les clauses illégales stipulées au bail commercial seront réputées non écrites. Ces clauses correspondent à toutes stipulations quelle que soit leur forme faisant échec au droit au renouvellement ou interdisant la transmission du droit au bail. Ces nouvelles dispositions sont d'application immédiate à tous les contrats en cours en raison de l'ordre public qui lui est attaché. L'intérêt est d'éviter la prescription courte qui était applicable dans le régime antérieur en raison de la nature de la sanction. En effet, ces clauses étaient précédemment sanctionnées par la nullité dont la prescription était biennale. Ce contentieux visant le contrat en tant que tel, la compétence du Tribunal de grande instance est requise, le juge devant constater

¹⁷⁶ Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises (JO 19 juin).

¹⁷⁷ BLATTER, J.-P., *Traité des baux commerciaux*, Le Moniteur, 5ème éd., p.564 à 568.

¹⁷⁸ DIVO, A., GAUCLERE, B., MAIGNE-GABORIT, F., RIGLET, P., et TIXIER, J.-L., "Baux commerciaux," Francis Lefebvre, 2015-2016, n°21210.

¹⁷⁹ Article R. 145-23, al. 1 du Code de commerce.

l'illicéité de la clause et son exclusion à l'exécution du contrat. L'application par l'effet de la loi du statut des baux commerciaux permet aussi de résoudre toute question de compétence en cas de litige, celui-ci étant connu et parfaitement encadré.

331 – Étape 3 (seconde alternative) : la période intermédiaire et la gestion du bien commercial ou artisanal – Le dispositif originaire ayant institué le droit de préemption des communes n'avait pas pris en compte la nécessité d'organiser juridiquement l'exploitation du fonds de commerce. Une première réforme du droit de préemption est alors intervenue par la loi n° 2012-387, du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives¹⁸⁰. Ainsi, l'article L. 214-2 du Code de l'urbanisme prévoit en son dernier alinéa que « *pendant le délai indiqué au premier alinéa du présent article, la commune peut mettre le fonds en location-gérance dans les conditions prévues aux articles L. 144-1 à L. 144-13 du Code de commerce* ». La location-gérance est définie à l'article L. 144-1 du Code de commerce comme étant un contrat passé entre le propriétaire du fonds, qu'il soit artisanal ou commercial, et un gérant qui loue le fonds pour l'exploiter à ses risques et périls. Il s'agit donc d'un contrat de location dont la contrepartie est appelée redevance. La location porte sur le fonds en tant que tel, cette condition est essentielle, car elle permet de distinguer la location-gérance de la sous-location en matière de bail commercial. Le critère de la distinction renvoie à la notion de clientèle, celle-ci devant exister à la date de la conclusion de la location-gérance¹⁸¹. Ainsi le juge peut requalifier le contrat si ce critère n'est pas rempli, il s'agira alors d'un bail ou d'une sous-location. Mais dans le cadre de la préemption commerciale, la mise en place d'une location-gérance sans clientèle pourrait surtout être requalifiée de rétrocession. Or la rétrocession répond à une procédure stricte avec mise en concurrence des prétendants et délibération du conseil municipal. Si la location-gérance s'avère être une rétrocession déguisée, tout commerçant aura un intérêt à agir afin de faire requalifier la location-gérance. L'appréciation de la situation au regard des règles de compétence du juge est alors complexe. En effet, la mise en location-gérance par la commune est un acte de gestion du domaine privé, la compétence de principe est celle du juge judiciaire ; mais la rétrocession étant un acte administratif, le juge compétent sera le juge administratif. Il semble malgré tout plus opportun de se placer sur le terrain de l'application des règles de droit

¹⁸⁰ Journal Officiel 23 Mars 2012.

¹⁸¹ LEGEAIS, D., *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 22ème éd., 2015, n°282, MERCADAL, B., "Droit commercial," Francis Lefebvre - Memento Pratique, 15 février 2015, n°3000.

administratif et de considérer la compétence du juge administratif qui jugera de l'illégalité de l'acte administratif qui n'a pas été pris en respect des règles relatives à la rétrocession. Par ailleurs, la location-gérance a des règles de publicité propres au sein d'un journal d'annonces légales dans le délai de 15 jours après la date de la conclusion du contrat. Cette formalité n'est pas sanctionnée par la nullité, mais elle constitue le point de départ de plusieurs délais concernant les dettes pouvant résulter de la gestion du fonds. Or, cet aspect des règles de la location-gérance incite à la plus grande prudence pour la commune. En effet, selon l'article L. 144-7 du Code de commerce, pendant un délai de six mois dès la publication au journal d'annonces légales, le loueur du fonds est solidairement responsable des dettes contractées par le locataire-gérant en vue de l'exploitation du fonds. Aussi les créanciers pourront agir contre la commune afin de revendiquer le paiement de ces sommes¹⁸². Le juge compétent sera nécessairement le juge civil puisque ce contrat porte sur la gestion du domaine privé de la personne publique. De plus, en ce qui concerne le loyer, dans l'hypothèse où une clause d'échelle mobile serait insérée au contrat, la révision du loyer est possible¹⁸³, et en application de l'article L. 144-12 du Code de commerce, la procédure est celle applicable en matière de bail commercial. Dès lors, le juge des loyers commerciaux sera compétent, sauf clause contraire désignant la compétence d'un autre juge. Enfin, c'est à l'extinction de la location-gérance que le contentieux pourrait être nourri. Par principe, en raison de l'environnement éminemment privé du contrat de location-gérance, le juge civil, et plus exactement le Tribunal de grande instance, seront compétents. Il s'agit alors, d'envisager les différents aspects du contentieux qui pourraient être soulevés devant le juge. Tout d'abord, le contrat de location-gérance peut être résolu ou résilié en cas d'inexécution d'une des obligations du contrat¹⁸⁴. Par ailleurs, la commune devra être extrêmement vigilante au moment de la rétrocession faisant suite à une mise en location-gérance. En effet, si le locataire gérant a consenti à des contrats de travail, l'article L. 1224-1 du Code du travail trouvera application¹⁸⁵. Ainsi le loueur, soit la commune, a l'obligation de poursuivre les contrats, qui seront dès lors rétrocedés à l'acquéreur final.

332 – Étape 4 : la rédaction du cahier des charges, la délicate détermination de sa nature – La rédaction d'un cahier des charges incombe à la commune. Ce document intervient dans le processus de rétrocession tel que prévu à l'article L. 214-2 du Code de

¹⁸² MERCADAL, B., "Droit commercial," Francis Lefebvre - Memento Pratique, 15 février 2015, n°3076.

¹⁸³ Article L. 144-11 du Code de commerce.

¹⁸⁴ *Op. Cit.* n°3150.

¹⁸⁵ *Op. Cit.* n°3159.

l'urbanisme. Cet article envisage le cahier des charges comme un référent sanctionnateur au contrat de rétrocession. Le cahier des charges doit être approuvé par délibération du conseil municipal¹⁸⁶, il est consultable en mairie pendant le délai de 15 jours correspondant à l'affichage de l'avis de rétrocession¹⁸⁷. Lorsque la procédure de préemption porte sur un bail commercial, le cahier des charges est transmis au bailleur pour approbation du projet¹⁸⁸. En dehors de ces dispositions, ni la loi ni le décret d'application n'envisagent avec plus de précisions le contenu du cahier des charges. Les communes auront donc toute liberté et toute latitude pour déterminer discrétionnairement les obligations qui incombent au cessionnaire. L'article L. 214-2 du Code de l'urbanisme prévoit la résiliation de l'acte de rétrocession en cas d'inexécution du cahier des charges sans préciser le juge compétent. Il s'agira d'apprécier cette question en fonction de la nature du cahier des charges et de l'acte de rétrocession. Le cahier des charges étant approuvé par délibération du conseil municipal, il s'agira d'un acte administratif unilatéral. Mais son insertion au processus contractuel nécessite de s'interroger sur la qualification de contrat administratif. Cette question est source d'interrogation tant pour les juridictions que pour la doctrine administrative. Deux théories s'opposent, celle de l'administrativité automatique et celle de l'effet utile du renvoi¹⁸⁹. La théorie de l'administrativité automatique a l'avantage de la simplicité, car la simple présence d'une clause de renvoi au cahier des charges fait présumer le caractère exorbitant de droit commun du contrat et donc sa nature administrative. La thèse de l'effet utile du renvoi¹⁹⁰, implique d'analyser le caractère exorbitant de droit commun des clauses du cahier des charges¹⁹¹. Malgré les hésitations jurisprudentielles,¹⁹² il semble que l'effet

¹⁸⁶ Article R. 214-11 du Code de l'urbanisme.

¹⁸⁷ Article R. 214-12 du Code de l'urbanisme.

¹⁸⁸ Article R. 214-13 du Code de l'urbanisme.

¹⁸⁹ BRENET, F., "Qualification jurisprudentielle du contrat administratif," Fasc. 603, *JurisClasseur Administratif*, LexisNexis, 10 juin 2010, n°104.

¹⁹⁰ T. confl., 5 juill. 1999, Union groupements achats publics : JurisData n° 1999-100127 ; AJDA 1999, p. 554, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; AJDA 2000, p. 115, note C. Fardet ; BJCP 1999, p. 534, obs. P. Terneyre ; CJEG 2000, p. 169, note P. Terneyre et D. de Béchillon. - T. confl., 17 avr. 2000, Crédit Lyonnais : JurisData n° 2000-111470 ; Dr. adm. 2000, comm. 104.

¹⁹¹ BRACONNIER, S., et BRENET, F., "La qualification de la clause de renvoi à un cahier des charges dans les contrats de l'Administration," *Contrats et marchés publics*, n°7, Juillet 2009, p.7.

utile du renvoi soit la théorie retenue principalement¹⁹³. Dans le cadre de la préemption commerciale il faudra s'attacher à une analyse au cas par cas, *in concreto*, des cahiers des charges applicables aux rétrocessions dont le renvoi est indéniable puisque la loi elle-même le prévoit. Il faut rappeler que la jurisprudence administrative retient la qualification de clauses exorbitantes du droit commun lorsque la personne publique contrôle l'activité du cocontractant¹⁹⁴, les prix pratiqués par celui-ci¹⁹⁵, ou le personnel employé¹⁹⁶. Le droit pour la personne publique de suspendre¹⁹⁷, résilier unilatéralement¹⁹⁸ ou modifier le contrat¹⁹⁹ permet de qualifier le contrat d'administratif en raison de clauses exorbitantes de droit privé. De même le contrat sera administratif si « *l'organisation d'un contrôle dérogatoire au droit commun de la commune sur l'exploitation du restaurant telle que non seulement la communication à la commune du bilan comptable à la fin de chaque année, mais aussi l'autorisation préalable de la commune pour l'installation par le cocontractant de tout matériel qu'il jugera utile pour l'exercice de sa profession et pour toute installation nouvelle, même si elle a un caractère temporaire, comme pour l'organisation de toute manifestation en rapport avec son activité professionnelle* »²⁰⁰. Le particularisme de la préemption commerciale et artisanale se renforce alors d'autant plus à l'analyse du

¹⁹² Arrêts appliquant la théorie de l'effet utile, CE, ass., 31 janv. 1938, Bureau édition musico-mécanique : Rec. CE 1938, p. 78 ; S. 1940, 3, p. 9, note A. Mestre. - V. aussi T. confl., 10 mai 1971, Sté Laboratoires Derveaux : Rec. CE 1971, p. 966 ; Dr. adm. 1971, comm. 181. - CE, 4 mars 1981, Cne Azereix : JurisData n° 1981-606782 ; Rec. CE 1981, p. 665. - CE, 2 oct. 1981, Cne Borce : Rec. CE 1981, p. 653 ; D. 1982, inf. rap. p. 377, obs. F. Moderne et P. Bon. - arrêts semblant assimiler les clauses de renvoi à un cahier des charges à des clauses exorbitantes CE, sect., 17 nov. 1967, Roudier de la Brille : Rec. CE 1967, p. 428 ; AJDA 1968, p. 98, chron. J. Massot et J.-L. Dewost. - CE, sect., 24 nov. 1972, Sté Ateliers de nettoyage Fontainebleau : Rec. CE 1972, p. 753 - CE, 13 janv. 1984, Sté Dubigeon-Normandie : Rec. CE 1984, p. 666 ; RD publ. 1985, p. 218 - CE, 3 juin 2009, n° 319103, Groupement intérêt public-carte du professionnel de santé : JurisData n° 2009-075565 ; AJDA 2009, p. 1126, F. Brenet, La nature juridique de la clause de renvoi à un cahier des charges : Contrats-Marchés publ. 2009, prat. 7.

¹⁹³ BRENET, F., "Qualification jurisprudentielle du contrat administratif," Fasc. 603, *JurisClasseur Administratif*, LexisNexis, 10 juin 2010, n°104.

¹⁹⁴ T. confl., 27 juill. 1950, Peulaboef : Rec. CE 1950, p. 668. - T. confl., 19 juin 1952, Sté combustibles et carburants nationaux : Rec. CE 1952, p. 628. - T. confl., 13 juin 1955, Stamesco : Rec. CE 1955, p. 620. - T. confl., 22 juin 1998, Agent judiciaire du Trésor : JurisData n° 1998-050594 ; Dr. adm. 1998, comm. 335. - CE, sect., 10 mai 1963, Sté La prospérité fermière : Rec. CE 1963, p. 288. - CE, ass., 26 févr. 1965, Sté vélodrome parc des Princes.

¹⁹⁵ Cass. 1^{re} civ., 18 nov. 1992, Cne Pantin : JurisData n° 1992-002511 ; Bull. civ. 1992, I, n° 286.

¹⁹⁶ T. confl., 20 avr. 1959, Sté nouvelle exploitation plages, piscines et patinoires : Rec. CE 1959, p. 866. - T. confl., 7 juill. 1980, Sté exploitation touristique Haute-Maurienne : JurisData n° 1980-600217. - CAA Bordeaux, 20 févr. 1995, Cne Loix-en-Ré : JurisData n° 1995-052800 ; Rec. CE 1995, p. 892.

¹⁹⁷ CE, 8 janv. 1965, Da Fonseca : Rec. CE 1965, p. 7.

¹⁹⁸ CE, 21 déc. 1960, Favier : Rec. CE 1960, p. 720. - CE, 26 févr. 1965, Sté vélodrome parc des Princes, préc. - CE, 13 nov. 1981, Sté Papeteries de la Madeleine. - V. aussi T. confl., 17 nov. 1975, Leclert. - T. confl., 5 juill. 1999, Union groupements d'achats publics c/ Sté SNC Activ CSA : JurisData n° 1999-100127 ; AJDA 1999, p. 554, chron. F. Raynaud et P. Fombeur. - T. confl., 22 oct. 2001, Sté BNP-Paribas : JurisData n° 2001-157134 ; Contrats-Marchés publ. 2002, comm. 4.

¹⁹⁹ CA Paris, 24 oct. 1995, Cne Samoreau : JurisData n° 1995-023590 ; CJEG 1997, p. 26, note R. Savignat.

²⁰⁰ T. confl., 15 mars 2010, n° 3755, Dumontet : AJDA 2010, p. 586, obs. S. Brondel ; AJDA 2010, p. 1079, note J.-D. Dreyfus.

contentieux et de la compétence juridictionnelle. En effet, l'acte de préemption, et la gestion du bien commercial ou artisanal pendant la période intermédiaire est par principe soumis à la compétence du juge judiciaire ; mais l'acte de rétrocession se verra très probablement soumis à la compétence du juge administratif. La situation est effectivement topique, puisqu'à l'achat comme pendant la gestion par la personne publique du fonds de commerce, fonds artisanal ou bail commercial, les contrats auront un environnement principalement civil ; mais au moment de la rétrocession, correspondant au retour du bien dans la sphère commerciale, le juge administratif reprendra son rôle d'arbitre du contrat qualifié d'administratif.

333 – Étape 5 : la rétrocession, une application distributive des compétences d'attribution – L'article L. 214-2 du Code de l'urbanisme, complété par les articles R. 214-11 à R. 214-16, organise la procédure de rétrocession des fonds ou du bail commercial. La loi impose un double délai à la commune, celle-ci aura deux ans pour rétrocéder le bien ou trois ans en cas de location-gérance pendant la période intermédiaire. L'alinéa 2 de l'article L. 214-2 du Code de l'urbanisme, opère un renvoi explicite aux dispositions du Code de commerce qui concerne la cession du fonds de commerce²⁰¹. Mais si le formalisme propre à la cession du fonds de commerce doit être respecté, il ne peut en être déduit la compétence du Tribunal de commerce en cas de litige. Deux hypothèses de contentieux doivent être envisagées, le contentieux propre à la décision et au choix de rétrocession, et le contentieux attaché à l'acte de cession d'un bien artisanal ou commercial.

La décision de rétrocéder et le choix du candidat appartiennent à la commune, et plus exactement à son instance décisionnaire, soit le conseil municipal. Il s'agit alors d'un acte administratif unilatéral soumis à une procédure définie par le Code de l'urbanisme, aussi le non-respect de la procédure peut ouvrir droit au recours en excès de pouvoir ou en plein contentieux en cas de préjudice. L'intérêt à agir en droit administratif est entendu de façon restrictive, aussi, il semble qu'il faille retenir la possibilité d'agir au seul candidat à la rétrocession évincé. La procédure de rétrocession peut aussi concerner un tiers, à savoir le bailleur, la loi comme le décret envisagent donc son droit au recours²⁰². Dès lors, selon l'article R. 214-13 du Code de l'urbanisme, le bailleur qui s'oppose au projet de rétrocession devra saisir le président du Tribunal de grande instance. Cette compétence est

²⁰¹ Voir *Supra* n°175 et s.

²⁰² BLATTER, J.-P., "Le décret d'application du droit de préemption des communes sur les fonds et les baux," *AJDI*, Février 2008, p. 88.

curieuse, puisqu'en effet le président du Tribunal de grande instance est le juge des loyers commerciaux, la compétence de principe du Tribunal de grande instance, juge du contrat, aurait été plus simple. Ce choix de compétences révèle bien les *a priori* et l'incompréhension des rédacteurs de la loi ayant instauré le droit de préemption des communes face aux règles du droit commercial.

En ce qui concerne le contrat lui-même visant l'aliénation à titre onéreux d'un fonds artisanal, fonds commercial, ou bail commercial, son contentieux sera de la compétence du juge administratif. Il s'agit effectivement d'une autre curiosité. Alors que la cession des biens artisanaux ou commerciaux à la commune sera très probablement de la compétence du juge judiciaire en raison du transfert de propriété dans le domaine privé de la personne publique ; la rétrocession, correspondant au retour du bien dans la sphère commerciale, sera soumise à l'appréciation du juge administratif en raison du renvoi au cahier des charges faisant peser sur l'acte de rétrocession un critère d'administrativité. Dès lors, l'entière procédure de rétrocession et son contentieux éventuel seront de la compétence du juge administratif.

CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

334 – *La révélation des atteintes aux libertés* – Le droit de propriété et la liberté d'entreprendre tels qu'envisagés par le Conseil Constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme sont limités par l'exercice du droit de préemption. Ainsi les critères de légalité, de légitimité et de proportionnalité ne sont pas remplis par le dispositif instaurant la préemption commerciale et artisanale. Le critère de légalité imposant que la loi soit suffisamment accessible, précise et prévisible peut fonder une atteinte à l'égard du droit de propriété, notamment vis-à-vis du contenu du cahier des charges. De même en ce qui concerne les recours offerts au bailleur du bien commercial préempté, la loi ne précisant pas les garanties procédurales qui lui sont propres. En ce qui concerne la liberté du commerce et de l'industrie, le flou législatif qui entoure la définition de l'objectif d'intérêt général poursuivit par le dispositif de préemption, peut entacher tout le processus d'inconstitutionnalité touchant à la fois la libre installation et le libre exercice d'une profession, la liberté de gestion et la liberté contractuelle. Par ailleurs, la libre concurrence risque dans la pratique d'être faussée dans l'hypothèse d'entente et de préférence notamment du locataire-gérant déjà en place depuis trois ans, allant ainsi à l'encontre de la procédure de recrutement des candidats à la rétrocession. Enfin, le droit de préemption nécessitant le financement d'un bien commercial ou artisanal, l'État aide les collectivités. Or cette pratique est limitée par le droit européen et par les règles encadrant les aides de l'État.

335 – *L'intervention des juges* – Le Conseil Constitutionnel est aujourd'hui devenu incontournable dans l'étude du contentieux. La QPC relative à la préemption commerciale et artisanale introduite dès l'origine de la procédure n'a pas abouti, mais une nouvelle question peut encore être introduite au cours d'un litige. Le contrôle de l'incompétence négative peut ainsi fonder une inconstitutionnalité. En effet, le manque de garanties légales fait difficulté. Pour autant, avant qu'une question ne soit posée, un litige doit exister, ainsi le juge judiciaire ou administratif sera saisi. La répartition des compétences dépendra de l'étape au cours de laquelle le contentieux naîtra pendant la procédure de préemption. Dès lors, le juge administratif aura à connaître du contentieux relatif aux délibérations du conseil municipal fixant le périmètre de préemption, mais du contentieux pouvant naître de la délibération permettant de choisir le candidat à la

rétrocession et de déterminer le contenu du cahier des charges. Sa compétence sera requise si le contrat est qualifié d'administratif. Cette qualification dépend de plusieurs critères, un critère organique, à savoir la présence d'une personne de droit public ; et un critère matériel qui correspond soit à des clauses exorbitantes de droit commun ou à un régime exorbitant du droit privé ; soit à l'exécution d'un service public¹. Ces critères amènent à considérer une prépondérance de la nature civile du contrat, mais l'étape de rétrocession pourrait modifier ce postulat. Ainsi, le juge judiciaire sera compétent dans le contentieux du contrat, notamment en ce qui concerne l'acte constatant l'aliénation à titre onéreux. Dès lors, le président du Tribunal de grande instance en tant que juge des baux commerciaux, mais aussi le Tribunal de grande instance, dans sa compétence de principe, seront compétents pendant la période intermédiaire pour tous les litiges qui concerneront le bail commercial et la location-gérance.

¹ TIFINE, P., *Droit administratif français*, Éditions juridiques franco-allemandes, 2ème éd., 11 septembre 2014; BRENET, F., "Qualification jurisprudentielle du contrat administratif," Fasc. 603, *JurisClasseur Administratif*, LexisNexis, 10 juin 2010.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

336 – *L'insuffisance législative de la procédure de préemption* – Le droit de préemption sur les biens commerciaux met en conflit deux systèmes juridiques aux logiques dissemblables, d'un côté le droit de l'urbanisme, fondé sur les règles et principes du droit administratif ; et d'un autre côté le droit commercial profondément ancré dans la logique civiliste et contractualiste. L'exercice du droit de préemption par la commune met donc en confrontation ce droit avec les libertés fondamentales. Le droit de propriété a un rôle prédominant, la substitution d'acquéreur par l'exercice du droit de préemption suppose une atteinte à la libre disposition du bien, plus particulièrement au libre choix du cocontractant. Si le droit de propriété peut être limité par une législation fondée sur l'intérêt général, le Conseil Constitutionnel reste vigilant quant à l'étendue de cette limitation. La loi doit donc être suffisamment accessible, précise et prévisible ; or qu'il s'agisse tant de la délimitation du périmètre de préemption ou du contenu du cahier des charges, la loi est lacunaire et donc imprécise et imprévisible, laissant à la personne publique un arbitraire trop important. En ce qui concerne le critère de proportionnalité, il faut l'envisager au regard des garanties procédurales. Le droit au recours prévu et déterminé légalement doit être effectif et suffisant, or la loi ne précise pas les garanties procédurales offertes au bailleur du bien commercial. Ce dernier est informé de la procédure, mais son droit au recours n'est jamais envisagé. De plus, le délai de rétrocession n'est pas contraignant ce qui aurait permis de faire respecter les droits tant du propriétaire du bien soumis à préemption que du bailleur, dès lors, le droit de propriété n'est pas garanti. La liberté d'entreprendre prise en ses différentes composantes est restreinte par l'exercice du droit de préemption. En effet, le caractère disproportionné du dispositif par rapport à l'objectif poursuivi de « maintien et de préservation de la diversité commerciale » fragilise le droit de préemption. L'objectif de la loi n'étant pas légalement défini, la motivation du conseil municipal n'est pas suffisamment encadrée. Concernant le libre choix dans la gestion de l'entreprise, le contenu du cahier des charges n'étant pas encadré par la loi, le risque d'immixtion de la personne publique dans les choix de gestion rend la mesure disproportionnée. La libre concurrence doit aussi faire l'objet d'une certaine vigilance. Ainsi, c'est l'étape de la rétrocession qui focalise l'attention tant en ce qui concerne la procédure « d'appel d'offres », que du choix du candidat ou des obligations contenues dans le cahier des

charges. Par ailleurs, le soutien financier étatique pour le financement du projet d'urbanisme doit être conforme aux règles d'exemption du droit communautaire.

337 – *Les garanties opposables générant un contentieux* – La confrontation entre préemption et libertés place le juge au cœur du conflit, son rôle en cas de contentieux permettra de trouver un équilibre. Le Conseil Constitutionnel et les juges des deux ordres de juridictions sont les garants des droits et libertés, de la procédure de préemption et du contrat. Le rôle du Conseil Constitutionnel se révèle alors avec la QPC. Il s'agit d'une procédure fondée sur des critères de sélection. Trois critères sont envisagés par les juges du fond : la question posée doit être applicable au litige en cours, la question ne doit pas avoir déjà fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori*, enfin, le troisième critère, vise à savoir si la question est non dépourvue de caractère sérieux. Au niveau des Juridictions Suprêmes, il s'agit d'envisager les deux premiers critères, seul le troisième critère diffère, la question doit présenter un caractère sérieux. La préemption commerciale et artisanale a fait l'objet d'une QPC en 2011, mais la Cour d'appel a retenu l'absence de caractère sérieux de la question faisant jouer son rôle de filtre. Or les réformes de 2012 et de 2014 ayant modifié la loi visée par la question permettent de considérer aujourd'hui la possibilité de former une nouvelle question. Il apparaît, de l'étude des décisions du Conseil et de leur évolution, plus opportun de cibler dans la question le point précis susceptible d'inconstitutionnalité. Le rattachement du décret à la loi ouvre aussi la voie à une question groupée comprenant la partie législative et la partie réglementaire. Le contentieux de la préemption ne se limite pas aux droits et libertés, la procédure de préemption, à chacune de ses étapes, est source de contentieux. Le caractère binaire de ce droit, positionné à la croisée de deux droits, le droit de l'urbanisme et le droit commercial, requière d'établir la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. Le critère de la répartition du contentieux est celui du contrat administratif, ainsi, si la situation contractuelle source du contentieux a un critère d'administrativité alors le juge administratif sera compétent, l'exclusion de ce critère renvoie à la compétence de principe du Tribunal de grande instance comme juge du contrat. La loi n'ayant pas précisé le contentieux en dehors de la compétence du juge de l'expropriation, l'étude des compétences juridictionnelles est à la fois dictacticielle et pratique, car en matière de commerce le temps du procès a toujours des conséquences économiques, il est préférable d'éviter l'erreur dans la saisine de la juridiction.

TITRE SECOND : L'EXERCICE LIMITE DU DROIT DE PREEMPTION, LES CAUSES DE L'INEFFICIENCE

338 – *L'exercice limité de la préemption aux commerces et à l'artisanat* – Le droit de préemption des communes a un champ d'application limité par la loi. L'article R. 214-3 du Code de l'urbanisme prévoit que « *le présent article ne s'applique pas aux biens ou droits qui sont inclus dans la cession d'une ou de plusieurs activités prévue à l'article L. 626-1 du Code de commerce ou dans le plan de cession arrêté en application de l'article L. 631-22 ou des articles L. 642-1 à L. 642-17 du Code de commerce* ». Ce renvoi au Code de commerce correspond au droit des entreprises en difficultés. L'ordre public attaché à ce pan du droit et l'objectif poursuivi par les procédures collectives expliquent cette exclusion. En effet, la procédure de préemption ayant ses propres délais et l'intervention de la commune en tant que personne morale de droit public, pourrait représenter un empêchement à la reprise de l'entreprise et au maintien des emplois (Chapiter 1).

339 – *L'évitement du droit de préemption* – La limite à l'exercice du droit de préemption ne sera pas seulement initiée par la loi mais aussi par la pratique. La mise en œuvre de techniques de gestion du patrimoine ou contractuelles peuvent fonder une stratégie d'évitement de la préemption. Plusieurs hypothèses sont alors envisageables, la fusion de société, le démembrement de propriété, la fiducie, l'EIRL ou la cession de parts sociales. Des techniques contractuelles permettront aussi de déléguer la gestion du bien commercial ou artisanal et d'éviter l'exercice du droit de préemption par la commune en raison de l'absence d'aliénation. La location-gérance, le contrat de gestion d'entreprise ou le contrat de gérance-mandat seront autant de solution de contournement. Ces situations mettent à mal le dispositif de préemption dans son efficience. Le législatieur a donc réagi afin de perfectionner le dispositif tentant de corriger les imperfections de la loi (Chapitre 2).

Chapitre premier : La limite explicite : le renvoi au droit des entreprises en difficulté

Chapitre second : Les limites implicites issues de la pratique des affaires

CHAPITRE PREMIER : LA LIMITE EXPLICITE : LE RENVOI AU DROIT DES
ENTREPRISES EN DIFFICULTE

340 – *Le fondement textuel des limites* – Le droit de préemption des communes a vocation à une large application. En effet, les limites à l'exercice de ce droit n'ont pas été prévues par la loi mais par le décret d'application. On peut déduire de cette simple observation que le législateur envisageait un droit de préemption commercial « absolu ». Mais de vives contestations tant de la pratique, que de la doctrine¹ ont impacté l'insertion de limites.

341 – *La procédure collective* – En guise de prolégomènes il faut distinguer les trois procédures judiciaires applicables au traitement des difficultés des entreprises. En premier lieu, la procédure de sauvegarde est déclenchée par le débiteur sans qu'il soit en état de cessation des paiements. Ainsi s'opère une distinction avec la procédure de redressement judiciaire qui concerne les débiteurs en état de cessation des paiements impliquant la mise sous administration judiciaire de l'entreprise. En dernier lieu on trouve la procédure dite de liquidation judiciaire, applicable aux débiteurs également en cessation de paiement dont le redressement est manifestement impossible. Ainsi dans le cadre d'une telle procédure l'entreprise aura vocation à être cédée, sauf dans l'hypothèse où elle n'a plus d'actifs immobiliers à réaliser et sous réserve de certains seuils, auquel cas une procédure simplifiée trouvera à s'appliquer². Le but premier du droit des entreprises en difficultés est la continuation de l'activité de l'entreprise, de telle sorte que la cession ne peut être que partielle en procédure de sauvegarde, et peut être partielle ou totale en procédure de redressement ou de liquidation.

342 – *Les limites au champ d'intervention de la préemption* – Sont concernées avec un certain pragmatisme les aliénations intervenant dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou d'un plan de cession d'entreprise au titre du redressement ou de la liquidation judiciaire (Section 1). Pour autant la limitation légale n'est pas elle-même

¹ HENRY, L.-C., "Plans de sauvegarde et de redressement," numéro spécial 302-1, *Dictionnaire permanent difficulté des entreprises*, p. 4183; MONSERIE-BON, M.-H., "Les effets inattendus de l'absence d'extinction des créances non déclarées menacent-ils la procédure de sauvegarde ?," *Dalloz*, 2006, p.1282; SORTAIS, J.-P., et DERRIDA, F., "La situation des créanciers forclos dans les nouvelles procédures collectives," *Les Petites Affiches*, n°58, 22 mars 2008, p.7.

² Article L. 641-2 du Code de commerce.

absolue et le droit de préemption des communes peut réapparaître malgré la mise en œuvre d'une procédure collective (Section 2).

Section 1 : L'exclusion légale pragmatique : la cession d'activité

Section 2 : L'exclusion légale partielle : les incertitudes textuelles

Section 1 : Le pragmatisme légal de l'exclusion lors d'un plan de cession

343 – *Le droit des entreprises en difficultés, l'exclusion légale* – L'article R. 214-3 du Code de l'urbanisme exclut du champ d'application du droit de préemption des communes « la cession d'une ou plusieurs activités prévues à l'article L. 626-1 du Code de commerce ou dans le plan de cession arrêté en application de l'article L. 631-22 ou des articles L. 642-1 à L. 642-17 du Code de commerce ». Cette référence textuelle organisée par jeu de renvoi a trait à plusieurs procédures relatives aux biens d'une entreprise en difficulté. Ainsi est-il fait référence au plan de sauvegarde ou de redressement, mais aussi à la cession de l'entreprise en cas de redressement ou de liquidation judiciaire (Paragraphe 1). Cette référence fondée sur la finalité des procédures collectives révèle un pragmatisme législatif qu'il faut souligner tant il manque parfois en d'autres occasions (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : L'EXCLUSION DE L'EXERCICE DU DROIT DE PREEMPTION SUR LES BIENS COMMERCIAUX INCLUS DANS UN PLAN DE SAUVEGARDE, DE REDRESSEMENT OU DE CESSION

344 – *Le plan de sauvegarde* – Le plan de sauvegarde a été introduit par la loi du 26 juillet 2005. Ce nouveau plan se substitue au plan de continuation. En effet, le dispositif issu de la loi antérieure était sévèrement critiqué, lors de la présentation du projet de loi de sauvegarde des entreprises le garde des Sceaux l'a alors qualifié d' « *obsolète* » et de « *destructeur* », soulignant « un manque de sécurité pour l'emploi et un manque de sécurité juridique », et fustigeant la procédure qualifiée de lente, complexe, souvent inefficace et parfois contradictoire¹. Ainsi la réforme de 2005 promeut la négociation, la prévention et le sauvetage de l'entreprise. Cette réforme s'inscrit donc dans une évolution législative d'optimisation des procédures collectives, en sorte que la loi de sauvegarde a été aménagée. L'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté² et son décret d'application du 12 février 2009³ apportent sur certains points de véritables changements de fond, tandis que d'autres s'apparentent à des mesures de coordination et de simplification. L'ordonnance est entrée en vigueur le 15 février 2009 et ne s'applique qu'aux procédures ouvertes à compter de cette date. Il s'agit en premier lieu de renforcer l'attractivité de la procédure de sauvegarde en multipliant d'une part les dispositions

¹ Dictionnaire permanent difficultés des entreprises, fasc. n° 924, n° 18.

² Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 (JO, 19 déc.).

³ Décret n° 2009-160 du 12 février 2009 (JO, 13 févr.).

favorables à l'adoption et à la bonne fin du plan. Ainsi en cas de sauvegarde, la survenance de la cessation des paiements pendant l'exécution du plan n'entraîne plus automatiquement la mise en liquidation judiciaire, y compris pour les procédures en cours au 15 février 2009, associant plus étroitement le débiteur à l'élaboration. Cette réorganisation des procédures opère un remaniement de la définition de cessation de paiement, faute de consensus autour d'une définition rénovée. Ainsi, l'approche nouvelle consiste à ne plus lier le choix de la procédure applicable à ce critère tout en accueillant les limitations posées par la Cour de cassation⁴. Le débiteur n'est pas en cessation de paiement s'il établit que les réserves de crédits ou de moratoires lui permettent de faire face à son passif exigible. La cessation des paiements perd donc son caractère déterminant avec la nouvelle réforme, puisque le bénéfice des procédures collectives n'en dépend plus exclusivement. Dès lors, la sauvegarde n'est pas conditionnée à la préexistence de la cessation des paiements. La réforme en sus a érigé la procédure de sauvegarde comme prédominante, elle constitue désormais la procédure de droit commun en matière de droit des entreprises en difficultés. Ainsi une enquête Alteres d'octobre 2008⁵ révèle qu'entre 2006 et 2009 le nombre de procédures de sauvegarde est passé de 509 procédures à 1452 procédures soit une augmentation de plus de 185%. Il s'agit principalement de petites entreprises (comptant moins de 6 salariés)⁶. Enfin, 12% des procédures de sauvegardes ont fait l'objet d'une conversion en redressement ou en liquidation⁷.

345 – *Le plan de redressement* – Une distinction doit être faite entre le plan de sauvegarde et le plan de redressement. Tout d'abord il est possible de réaliser des licenciements pour motif économique par une procédure « allégée » dans le cadre d'un plan de redressement. Ensuite, les cautions coobligés et garants ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan de redressement. De plus, le Tribunal pourra écarter les dirigeants de l'entreprise et leur imposer des décisions, contrairement au plan de sauvegarde où le débiteur est partie prenante au plan et ce depuis l'abrogation de l'article L. 626-4 du Code de commerce par l'ordonnance du 18 décembre 2008. Enfin, un plan de redressement peut coexister avec un plan de cession. Le plan de cession a été conçu par le législateur de 1985 comme une technique de redressement de l'entreprise par un tiers. Il faut distinguer le plan

⁴ Cass. com., 27 févr. 2007, n°06-10.170, Sté Avenir Ivry et a. c/ Chavanne de Dalmassy ès qual et a : Bull. civ., IV, n°65.

⁵ Rapp. Altares : L'analyse trimestrielle, 21 octobre 2008.

⁶ Rapp. Altares : Bilan 2008 – Les défaillances et sauvegardes d'entreprises en France, 20 janvier 2009.

⁷ Dictionnaire permanent difficultés des entreprises, fasc. n° 924, n° 35.

de cession de l'entreprise du plan de continuation, de sauvegarde ou de redressement ; alors que le plan de continuation, de sauvegarde ou de redressement visent à assurer le redressement du débiteur, la cession de l'entreprise « *recherche la survie de ses organes sains, greffés sur un meilleur porteur* »⁸. Il s'agit d'une technique d'expropriation forcée pour le débiteur. L'un des grands enjeux de la réforme de 2005 a été de déterminer la nature du plan de cession. Est-ce une technique de redressement ? Ou bien s'agit-il d'une procédure liquidative comme le suppose les travaux parlementaires⁹. Une unanimité à l'Assemblée Nationale a permis d'éviter que la cession de l'entreprise ne soit limitée à la phase liquidative. Le projet de loi allant en sens opposé, s'en suivit une incertitude législative amenant la commission des lois du Sénat à poser comme acquis le principe selon lequel si la cession d'entreprise est possible en redressement, le plan de cession devrait être arrêté en liquidation judiciaire. D'importante conséquence s'infèrent. Sur un plan strictement textuel, les dispositions régissant les plans de cessions, soit les articles L. 642-1 à L. 642-17 du Code de commerce sont déplacés au quatrième titre « *de la liquidation* » sous le chapitre II « *de la réalisation de l'actif* » du livre sixième du Code de commerce. Il s'en suit l'application de certaines règles liquidatives à la procédure de redressement, notamment pour les tiers qui sont admis à présenter des offres dès le jugement d'ouverture. Pour autant, la cession ne sera que subsidiairement envisagée dans la procédure de redressement et le plan de redressement s'il est réalisable devra être préféré.

346 – *Des plans de nature juridictionnel* – Nonobstant les distinctions, à l'occasion d'une procédure de sauvegarde, de redressement, ou lors d'une cession de l'entreprise il sera établi un « plan ». La nature de ce dernier est ambiguë, en raison du caractère juridictionnel du plan. En effet, tout plan tire sa force obligatoire de la décision du Tribunal qui le rend opposable à tous, sous réserve des créanciers postérieurs et des salariés. Le plan ne peut donc être contesté que dans le cadre de l'exercice de voies de recours limitées visées au texte. Enfin, sa modification ne peut intervenir que sur décision du Tribunal. Cependant, un plan, qu'il soit de sauvegarde ou de redressement, a un caractère contractuel puisqu'il a vocation à reprendre les engagements librement pris par les intervenants à la procédure. Mais le caractère juridictionnel du plan prédomine et justifie l'option du législateur d'exclure l'application du droit de préemption des communes aux cessions de biens commerciaux concernés par le plan. Il s'agit de comprendre alors l'étendu

⁸ PEROCHON, F., et BONHOMME-JUAN, R., *Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 8ème éd., 2013, n° 439.

⁹ Rapp. J.-J. Heyst, n° 335, p. 346. de même Rapp. Xavier de Roux, n° 2095, p. 376.

de l'exclusion par l'étude du contenu et l'élaboration d'un plan de sauvegarde ou de redressement (A), et d'envisager la cession de l'entreprise en liquidation judiciaire (B).

A) L'ÉLABORATION ET LE CONTENU DES PLANS

347 – *Le contenu du plan* – L'élaboration du plan intervient lors de la période d'observation et au plus tard au terme de cette dernière. Le plan de sauvegarde ou de redressement de l'entreprise comporte, si nécessaire, l'arrêt, l'adjonction ou la cession d'une ou plusieurs activités. Ces cessions excluent le droit de préemption des communes, de telle sorte que le contenu d'un plan déterminera le champ d'application du droit de préemption des communes. Sur un plan formel, l'ordre public attaché au droit des entreprises en difficulté d'une part et l'interprétation stricte¹⁰ du droit de préemption d'autre part, ont amené le législateur à intégrer l'exclusion du droit de préemption des communes tant dans le Code de l'urbanisme que dans le Code de commerce. L'élaboration d'un plan de sauvegarde ou de redressement est précédée d'un projet de plan. Ce projet de plan comprend quatre volets. Le premier volet détermine les perspectives de redressement en fonction notamment des modalités d'activité, de l'état du marché et des moyens financiers. Il s'agit du diagnostic de l'entreprise. Le deuxième volet porte sur les modalités de règlement du passif et les garanties éventuelles que le débiteur doit souscrire pour en assurer l'exécution. En troisième lieu, il s'agira d'analyser les perspectives sociales. Enfin, le dernier volet correspond, depuis la réforme de 2005, au recensement et à l'analyse des offres d'acquisition portant sur une ou plusieurs activités présentées par des tiers.

348 – *La détermination du contenu du plan* – Par ailleurs le projet de plan peut être, depuis la réforme de 2005, élaboré tant en présence d'un administrateur judiciaire qu'en son absence. L'élaboration du projet de plan ne s'impose que s'il existe des chances de redressement. En présence d'un administrateur judiciaire, il lui appartient de présenter un plan. La question de la place du débiteur se pose alors, *a fortiori* dans le cadre d'une procédure de sauvegarde au cours de laquelle le débiteur garde la maîtrise de l'entreprise. Peut-il présenter lui-même un projet de plan malgré la présence d'un administrateur judiciaire ? Une distinction selon les situations doit s'opérer ; tout d'abord, il a été admis la possibilité de présenter un plan de continuation élaboré par le débiteur avant qu'il y ait

¹⁰ SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit de préemption*, LGDJ, 1979.

nomination de l'administrateur¹¹. Ensuite, en présence de l'administrateur il faut distinguer selon l'hypothèse où l'administrateur a présenté un projet de plan de continuation ce qui empêcherait au débiteur de déposer un plan concurrent, à moins qu'il soit de nature différente¹² ; à l'inverse si l'administrateur judiciaire ne présente aucun plan le débiteur conserve cette faculté, peu importe alors que l'administrateur judiciaire ait conclu à la conversion en liquidation ou à l'adoption d'un plan de cession¹³. Ces solutions peuvent être transposées sous l'empire de la législation nouvelle. Le projet de plan se fonde sur un bilan économique, social et environnemental dressé en cours de période d'observation. L'administrateur nommé dresse le bilan de l'entreprise avec le concours éventuel d'un ou plusieurs experts. Les informations contenues dans le bilan sont capitales. En effet, ce document permet l'évaluation de la situation du débiteur et conditionne la décision future. Or, un tel bilan n'est pas obligatoire à défaut d'administrateur nommé. En effet, en l'absence d'administrateur judiciaire il incombera au débiteur de présenter lui-même un plan, mais l'élaboration d'un bilan semble aller au-delà des compétences du débiteur et va même à l'encontre de la nécessité d'indépendance qu'un tel document exige¹⁴. Ainsi, en l'absence d'administrateur judiciaire, il appartient au débiteur de présenter un projet de plan. Cette exigence est posée en principe de façon abstraite puisqu'en effet il semble fort illusoire de croire que le débiteur pourra élaborer un plan destiné à redresser ou sauvegarder son entreprise; de telle sorte qu'il est prévu la possibilité de se faire assister par un expert nommé par le Tribunal¹⁵.

La procédure amène à déterminer le contenu du projet de plan¹⁶ dans un premier temps et du plan par la suite. De façon générale le contenu du plan de sauvegarde ou de redressement reprend pour partie les dispositions proposées dans les projets de plan¹⁷, résultant ainsi des négociations antérieures. Dès lors, il sera posé en principe l'interdiction d'imposer des charges supplémentaires aux personnes qui exécutent le plan afin d'en respecter le caractère contractuel. Le contenu du projet de plan est donc déterminant pour la suite de la procédure.

¹¹ Com., 8 juin 1999, n° 96-11.926, inédit, RJDA 1999, n° 1105 ; RTD com., 2000, p. 446, obs. C. Saint-Alary-Houin.

¹² Com., 25 mars 1997, n° 95-15.509, inédit, D.Affaires 1997, p.613.

¹³ Com, 8 juin 1999, n°96-11.926, inédit, RJDA 1999, n° 1105 ; RTD com., 2000, p. 446, obs. C. Saint-Alary-Houin.

¹⁴ PEROCHON , F., et BONHOMME-JUAN, R., *Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 8ème éd., 2013, n°331.

¹⁵ Article L. 627-3 (pour le plan de sauvegarde) et article L. 631-19-I (pour le plan de redressement) du Code de commerce.

¹⁶ LE CORRE, P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz action, 2015-2016, n°492.11.

349 – *Les distinctions entre plan de sauvegarde et plan de redressement* – Dans sa globalité le plan de redressement est soumis aux mêmes règles que le plan de sauvegarde tant en ce qui concerne l'élaboration que son régime. Mais quelques particularités doivent être soulignées. Ainsi, l'élaboration du plan de redressement incombe au seul administrateur, avec le concours du débiteur. Il peut le cas échéant présenter au comité des créanciers ses propositions. Il lui sera imposé d'informer et de consulter le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel et le mandataire liquidateur sur les mesures à prendre. De plus, dès l'ouverture de la procédure les tiers sont admis à soumettre à l'administrateur judiciaire les offres tenant au maintien de l'activité par une cession totale ou partielle dont la procédure sera celle applicable aux cessions d'entreprise en liquidation judiciaire. Enfin, en cas de cessation des paiements et après avis du ministère public, le Tribunal peut décider de la résolution du plan et ouvrir une procédure de liquidation judiciaire.

350 – *L'exclusion de la préemption* – Il s'agit là de mettre en exergue l'implication de l'exclusion légale de la mise en œuvre du droit de préemption des communes. En effet, le projet de plan de sauvegarde ou de redressement envisage l'entreprise dans sa complétude contrairement au droit de préemption des communes qui ne vise que la cession du fonds ou du droit au bail qui n'en sont que des éléments. Il faut alors signaler des différences fondamentales entre le droit de préemption des communes et le droit des entreprises en difficulté, puisque l'un envisage l'aliénation à titre onéreux d'un fonds ou d'un bail, et l'autre celle d'une entreprise, entendue comme une entité économique et sociale autonome. Ainsi, la question du droit de préemption des communes se rattacherait au volet économique du projet de plan, qui vise à déterminer la viabilité de l'entreprise au regard de divers critères de gestion, de telle sorte qu'il peut être décidé la cession totale ou partielle des éléments de l'entreprise, et notamment des éléments isolés, que sont le fonds de commerce ou le droit au bail. Cet aspect de la procédure de sauvegarde ou de redressement fait apparaître les limites de la loi sur les entreprises en difficulté. Une contradiction se fait jour puisqu'il résulte de la loi que l'entreprise en sauvegarde n'est pas à vendre. La réorganisation de l'entreprise par le biais d'une cession partielle est admise tout en excluant la cession totale. Bien plus, l'article L. 626-1 du Code de commerce opère un renvoi lourd de conséquence concernant la cession d'activités inclusent au plan de

¹⁷ LE CORRE, P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz action, 2015-2016, n°492-31.

sauvegarde puisqu'il s'agira de la soumettre aux règles de la cession de l'entreprise dans le cadre de la procédure de liquidation judiciaire.

B) LA CESSION DE L'ENTREPRISE EN LIQUIDATION JUDICIAIRE

351 – *Les caractères de la cession de l'entreprise en liquidation judiciaire* – La « cession de l'entreprise » est visée par le Code de commerce aux articles L. 626-1, L. 626-2, dernier alinéa, L. 631-22 et est réglementée par les articles L. 642-1 à L. 642-17 du même Code. Le Code de l'urbanisme fait une référence à ces mêmes articles aux fins d'exclure l'exercice du droit de préemption des communes. La cession de l'entreprise est la transmission à un tiers, qui en paye le prix et prend des engagements, d'une cellule économique vivante au sein de laquelle sont réunis le travail et les moyens au service de l'activité¹⁸. Le droit de préemption des communes ne s'appliquant qu'à la cession de fonds ou du droit au bail, l'exclusion ne vise que la transmission des moyens au service de l'activité. Il s'agit d'une opération singulière et complexe. Ainsi, à la différence de la vente, la cession de l'entreprise s'assoit sur la volonté d'assurer le redressement de l'entreprise et non sur la volonté de transmettre un élément dissocié de son patrimoine. De plus, la cession de l'entreprise est soumise à des règles particulières d'ordre public dérogeant ainsi au droit commun de la vente. Par conséquent, la transmission de l'entreprise se réalise par une voie originale différente de la vente privée comme publique. L'offre des acquéreurs potentiels est elle aussi soumise à des règles impératives. La cession de l'entreprise selon les règles de la liquidation judiciaire se réalise par le biais du Tribunal, qui a le pouvoir de décider et d'ordonner la cession sans rechercher l'accord des parties. Il ne s'agit donc pas d'une aliénation volontaire par le propriétaire, mais d'une cession par décision de justice réalisée par l'administrateur ou le mandataire judiciaire¹⁹. Par conséquent, les garanties du droit commun du contrat de vente sont écartées. La cession de l'entreprise se distingue aussi quant à sa nature avec le contrat de vente. En effet, la cession est en premier lieu et avant tout judiciaire. C'est la loi qui donne au Tribunal le pouvoir d'arrêter le plan et d'ordonner la cession, de telle sorte que la cession est soumise à une procédure d'exception et à des voies de recours limitées. Mais, la nature judiciaire de la cession de l'entreprise n'est pas absolue et son caractère contractuel peut se révéler au regard des engagements pris par les cessionnaires. Selon l'article L. 642-1 alinéa 1 du Code de commerce la cession de l'entreprise a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation

¹⁸ LEVI, A., GARBIT, P., AZEMA, J., et VALLENS, J.-L., "Droit commercial," Lamy, 2015, n°4377 et s.

autonome et de tout ou partie des emplois qui y sont attachés, ainsi que l'appurement du passif. Le Tribunal visera à réaliser ces trois objectifs qui sont d'importance inégale. Le plan permet d'abord la sauvegarde de l'entreprise, puis le maintien partiel de l'activité et de l'emploi ; et enfin subsidiairement l'appurement du passif. La cession de l'entreprise peut être totale ou partielle. Quelque soit la solution envisagée elle pourra s'inscrire dans une procédure de redressement, de liquidation judiciaire, et en ce qui concerne la procédure de sauvegarde, seule la cession partielle est possible. Les règles gouvernant la cession d'entreprise sont celle de la liquidation judiciaire. La cession totale porte sur l'ensemble de l'entreprise et comprend tous les biens affectés à l'activité ou qui servent à la réalisation de l'objet social de la société considérée. La cession partielle porte sur un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activité²⁰. Il s'agit d'un ou plusieurs ensembles susceptibles de fonctionnement normalement par leurs propres moyens dans un secteur économique donné. Lorsque le Tribunal estime que la cession de l'entreprise est envisageable, il autorise la poursuite de l'activité afin qu'il soit possible de céder une activité effective²¹, puis il fixe le délai de proposition des offres de reprise qui devront être présentées au liquidateur judiciaire²². La cession du bail commercial dans le cadre d'un plan de cession a été réformée par la loi du 18 juin 2014. Le but est de favoriser la cession de l'activité et la poursuite de l'exploitation²³. Il est alors possible de déspecialiser partiellement le bail sur autorisation du Tribunal, en ajoutant des activités « *connexes ou complémentaires* »²⁴. Concernant l'offre de reprise, seuls les tiers sont autorisés à en présenter, ce qui exclu le débiteur, les dirigeants de droit comme de fait de la personne morale en liquidation judiciaire, les parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement de ces dirigeants et du débiteur. Il en va de même pour les personnes ayant ou ayant eu la qualité de contrôleur au cours de la

¹⁹ LE CORRE, P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz action, 2015-2016, n°571-21.

²⁰ Article L. 622-1 du Code de commerce.

²¹ Cass. com., 24 oct. 1995, n° 93-15.401.

²² Article L. 642-2, I-al.1 du Code de commerce.

²³ "Le point sur : Baux commerciaux : la loi Pinel réforme tous azimuts," *BPMI*, 4/14, Juillet 2014, n°220, p.18; BRAULT, C.-É., et SAINTURAT, M.-L., "Les dispositions relatives au transfert de la propriété du bail et de l'immeuble," *Loyers et Copropriété*, n°9, Septembre 2014, dossier 5; DUMUR, J.-P., "Le « bêtisier » de la loi Pinel en dix stations," *AJDI*, 2014, p.821; GOURAUD, C., "La pratique notariale des baux commerciaux après la loi Pinel du 18 juin 2014," *Defrénois*, n°17, 15 septembre 2014, p. 902; MUTELET, C., PRIGEN, J., et RODRIGUEZ, M. L., "Réforme du régime des baux commerciaux," *Revue des Loyers*, n° 949, 2014; PRIGEN, J., "Loi Pinel et bail commercial : commentaire du décret du 3 novembre 2014," *Revue des Loyers*, n°952, 2014; PUYGAUTHIER, J.-L., "Les conséquences de la loi Pinel sur la cession du bail commercial ou du fonds de commerce," *JCP N*, n°1-2, 9 janvier 2015, 1002; VERCKEN, H., "Déspecialisation partielle autorisée par le tribunal en plan de cession," *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°98, 2014.

²⁴ Article L. 642-7 du Code de commerce.

procédure. Enfin, a été jugé que n'ont pas la qualité de tiers, la société qui a assurée la gestion commerciale et financière de l'entreprise en redressement judiciaire²⁵, ni la personne ne présentant pas une indépendance suffisante à l'égard du débiteur²⁶. L'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 assouplit la cession aux proches du débiteur. Le Tribunal peut, depuis lors, par jugement spécialement motivé, et sur avis du ministère public et des contrôleurs, déroger aux interdictions de l'article L. 642-3 alinéa 1 du Code de commerce. La sanction de la violation de ces dispositions est la nullité qui peut être demandée par tout intéressé ou par le ministère public dans un délai de trois ans à compter de la conclusion de l'acte. Si l'acte est soumis à publicité le délai court à compter de celle-ci²⁷. Se pose ainsi la question de la sanction de l'application du droit de préemption des communes en violation de l'exclusion. En effet, si l'exclusion a été prévue par le décret de 2008 et reproduit dans le Code de commerce, aucune sanction n'a été prévue en cas de violation de ces dispositions. Il semblerait possible de penser que la nullité de l'article L. 642-3 alinéa 3 du Code de commerce trouve en une telle hypothèse à s'appliquer.

352 – *L'offre d'acquisition en liquidation judiciaire* – Le contenu de l'offre est étroitement encadré. Ainsi, toute offre doit être écrite et comporter la désignation précise des biens, droits et des contrats inclus dans l'offre, les prévisions d'activités et de financement ; le prix de l'offre, les modalités de paiement, la qualité des apporteurs de capitaux et les garants. En cas d'emprunt, il doit être reporté ses conditions à l'acte. Doit aussi figurer à l'acte la date de la réalisation de la cession. De même, il faut y inscrire le niveau et les perspectives d'emploi justifiés par l'activité considérée, les garanties souscrites en vue d'assurer l'exécution de l'offre, les prévisions de cession d'actifs au cours des deux années suivant la cession, la durée de chaque engagement pris par l'auteur de l'offre. L'offre ne peut par principe ni être modifiée, sauf dans un sens plus favorable aux objectifs de la loi ; ni être retirée. Par exception certaines modifications peuvent être demandées ultérieurement et selon des règles strictes. L'offre est donc intangible et irrévocable. En outre, le champ d'application est strictement limité. Ainsi le plan de cession totale ou partielle de l'entreprise ne peut comprendre que les biens du débiteur qui sont affectés à l'activité de celle-ci²⁸. Il appartiendra au Tribunal de déterminer avec précision

²⁵ CA Papeete 14 février 1991 : RJDA 10/91, n° 844

²⁶ T. com. Paris, 21 septembre 1989 : D. 1991. som. 4, obs. Derrida ; CA Aix, 14 février 2001 : JCP G 2001. IV. 3007.

²⁷ Article L. 642-3, al. 3 du Code de commerce.

²⁸ Cass. com., 3 mars 1992, n° 90-15.967, D. 1992, jur., p. 345, note Bolard G., Defrénois 1992, article 35382, p.1380, obs. Sénéchal J.P ; Cass. com., 22 avril 1997, n°94-19.522.

les biens inclus dans le plan de cession. Ainsi au vu du sujet de l'étude, il s'agira de considérer les biens comme étant un fonds de commerce ou artisanal ou le droit au bail. En ce qui concerne la cession d'un fonds de commerce, il existe une disposition dérogatoire à la loi de 1909. Dès lors le cessionnaire après avoir payé le prix, peut saisir le juge-commissaire pour faire prononcer la radiation des inscriptions grevant le fonds. Par ailleurs, la surenchère est exclue. Mais il ne faut pas oublier de rappeler que la cession d'un fonds de commerce dans le cadre d'un plan de cession de l'entreprise comprend aussi la cession du droit au bail. Cette affirmation résulte d'un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 4 janvier 2005²⁹ selon lequel « l'article 1743 du Code civil a pour effet d'instituer un lien indissociable entre l'immeuble et le bail qui en constitue l'accessoire, de sorte que le contrat de location est automatiquement transféré en cas de vente du bien loué »³⁰. Le Tribunal n'a pas à se prononcer sur la cession du contrat de bail accessoire du fonds de commerce. Il faudra respecter le statut des baux commerciaux en cas de cession légale du bail commercial. Enfin, la mise en œuvre du plan se fait par le biais du liquidateur ou de l'administrateur judiciaire s'il y en a un. En cas de vente d'un fonds de commerce, il devra établir l'acte de cession et accomplir les publicités prévues par la loi. De plus, l'acquéreur du fonds devra déclarer au Registre du Commerce et des Sociétés que la gestion de l'entreprise cédée lui a été confiée dans l'attente de l'accomplissement des actes nécessaires à la réalisation de la cession. Les actes de cession doivent être conformes au plan et ne peuvent modifier le contenu et les objectifs du plan arrêté par le Tribunal. L'énonciation des modalités de la procédure fait ainsi apparaître la nécessité qu'il peut y avoir de l'exclusion du droit de préemption des communes. C'est la raison pour laquelle certains auteurs ont regretté l'absence d'exclusion dans la loi, puisqu'en effet seul le décret d'application l'envisage, ayant ainsi fait planer le doute sur la légalité d'une telle disposition³¹.

PARAGRAPHE 2 : LE PRAGMATISME DE L'EXCLUSION LEGALE

²⁹ Cass. com., 4 janvier 2005, n° 01-14.687.

³⁰ Certains auteurs mettent en avant une solution inverse fondée sur deux arrêts, l'un du 17 déc. 1996 (n° 94-18.981, n° 2113 P, Cavret c/ Denis, ès qual.) et l'autre du 27 oct. 1998 (n° 96-14.666, n° 1738 P, SMECS Clinique Alleray-Labrouste c/ Bellier.) selon lesquelles la cession du fonds de commerce n'entraîne pas nécessairement celle du bail des locaux si ce contrat n'est pas expressément visé par le Tribunal comme étant cédé.

³¹ JACQUEMONT, A., *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 7ème éd., 2011.

353 – *Les raisons de l'exclusion de la procédure de préemption* – La mise à l'écart de la commune lors d'une cession des biens soumis aux règles des procédures collectives est empreinte de bon sens³². Ce pragmatisme législatif est incontestablement nécessaire tant au regard de l'objectif du droit des entreprises en difficulté (A) qu'au regard des nécessités économiques défendues par la procédure (B).

A) LES RAISONS TENANT A L'OBJECTIF D'ORDRE PUBLIC DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE

354 – *L'exclusion commune aux droits de préemption urbains, justifiée par la nature de l'acte déclenchant la procédure de préemption* – Le droit de préemption est un droit de substitution permettant au bénéficiaire de ce droit institué par la loi, d'évincer le candidat acquéreur. Ce procédé est une limite au libre choix de son cocontractant fondé sur le principe de la liberté contractuelle. Ainsi, ce mécanisme juridique mettrait à mal un plan de cession établi judiciairement. Il existe *de facto* un conflit entre le droit de préemption et le droit des entreprises en difficulté, amenant la plupart des auteurs à considérer le nécessaire effacement du droit de préemption lorsqu'une cession de bien est prévue par un plan soumis au droit des entreprises en difficulté³³. D'ailleurs, la plupart des droits de préemption écartent de leur champ d'application la cession des biens lors d'une procédure collective³⁴. Ainsi, s'explique l'évolution législative intervenue par l'ordonnance du 18 décembre 2008, qui a introduit de nouveaux articles dans le Code de commerce visant l'exclusion de l'application des différents droits de préemption en cas de plan de cession. Cette innovation permet d'uniformiser les droits de préemption instaurés tant par le Code rural, que par le Code de l'urbanisme. En ce qui concerne le droit de préemption des communes, la justification la plus évidente de sa limitation par le droit des entreprises en difficulté, résulte du droit de préemption lui-même étant toujours subordonné à l'existence d'une aliénation volontaire du bien. Or, lors d'un plan de cession, le débiteur n'a plus la maîtrise totale de ses biens laissés éventuellement en gestion à un tiers administrateur, mais surtout la cession de l'entreprise, a une nature judiciaire, elle n'est donc pas réalisée volontairement par le débiteur mais judiciairement par le Tribunal. Il est possible ainsi de

³²GARÇON, J.-P., "Le droit de préemption urbain et les procédures collectives après la loi SRU du 13 décembre 2000," *JCP E*, n°13, 29 mars 2001, p.548.

³³ BOURGOIS, J.-L., et VAUVILLE, F., "Droit de préemption des collectivités publiques et procédures collectives," *Droit et Patrimoine*, n°36, 1996, p.36; PERIGNON, S., "Le domaine du droit de préemption urbain," *AJPI*, 1998, p.5.

comprendre l'exclusion de l'application du droit de préemption urbain en cas de cession de l'entreprise lors d'une procédure collective et parallèlement la résurgence du droit de préemption des communes lors d'une cession de gré à gré simplement autorisée en liquidation judiciaire³⁵. Dans une telle hypothèse le liquidateur devra, avant toute signature de l'acte, procéder à la déclaration préalable d'aliéner³⁶.

355 – *L'exclusion justifiée par l'objectif poursuivi* – L'opposition entre le droit de préemption urbain et le droit des entreprises en difficulté résulte des fondements même de ces deux droits. Ainsi le droit des entreprises en difficulté a pour but le sauvetage de l'entreprise et des emplois. La loi du 26 juillet 2005 poursuit la logique de la loi de 1985, mais la méthode change en valorisant la sauvegarder l'entreprise qui n'est pas encore en état de cessation des paiements. Certains auteurs³⁷ vont souligner très justement, que la mise à l'écart du droit de préemption des communes se justifie au regard de l'objectif de pérennité de l'entreprise en imposant le respect de délais impératifs. En effet, le droit de préemption des communes serait difficilement compatible avec les délais imposés par la mise en œuvre d'une procédure de sauvegarde. De plus, il y a incompatibilité entre droit de préemption urbain et le droit des entreprises en difficulté en raison de l'objectif de maintien des emplois qui se confronte à l'objectif de maintien de la diversité du tissu commercial que le droit de préemption défend³⁸. En effet, le droit de préemption des communes vise à sauvegarder une certaine forme de commerce dit de proximité et non des emplois en tant que tel. De plus les dispositions d'ordre public du droit des entreprises en difficulté prévoient l'irrévocabilité de l'offre de reprise. Ainsi, l'article L. 642-2, V du Code interdit le retrait de l'offre de telle sorte qu'elle lie son auteur dès réception par l'administrateur, ou à défaut par le liquidateur, jusqu'à la décision du Tribunal arrêtant le plan. Juridiquement, il s'agit d'une promesse unilatérale d'achat qui ne peut être retirée. Or, le droit de préemption des communes, de part sa procédure, ne peut être compatible avec de telles dispositions. En

³⁴ Droit de préemption de la SAFER : article L. 143-4, 7° du Code rural ; Droit de préemption urbain de la commune : article L. 213-1 du Code de l'urbanisme.

³⁵ Article R. 214-8 du Code de l'urbanisme.

³⁶ Voir *Supra* n°75.

³⁷ GARÇON, J.-P., "Le droit de préemption urbain et les procédures collectives après la loi SRU du 13 décembre 2000," *JCP E*, n°13, 29 mars 2001, p.548; KENFACK, H., "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*, n° 25,1508, Mars 2008, p.17.

³⁸ FLAICHER-MANEVAL, E., et REYGROBELLET, A., "Droit de préemption urbain en matière de fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux : décret d'application," *BPIM*, 01/2008 et 02/2008, 2008, p. 7 et 4; GARÇON, J.-P., "Le droit de préemption urbain et les procédures collectives après la loi SRU du 13 décembre 2000," *JCP E*, n°13, 29 mars 2001, p.548.

effet, la déclaration d'aliénation volontaire laisse à la commune un délai de deux mois de réponse pendant lequel la commune n'est en rien liée à l'offre³⁹.

356 – *Le conflit entre deux ordres publics et l'intérêt du champ législatif* – La Cour de cassation ne cesse de réaffirmer le caractère d'ordre public des procédures collectives. Or le droit de préemption est lui aussi d'ordre public. Il s'agit là de deux ordres publics de direction. On distingue classiquement l'ordre public de direction, de l'ordre public de protection. L'ordre public de protection, n'a d'autre but que de protéger, dans certains contrats, la parties économiquement la plus faible. Quant à l'ordre public de direction, il se propose de concourir à une certaine direction de l'économie nationale⁴⁰. Le droit de préemption urbain est un droit d'ordre public de direction, malgré une controverse⁴¹. Ainsi le droit de préemption urbain s'insère bien dans un cadre législatif d'intérêt général dont le but est de réaliser une politique économique d'ensemble⁴². Un conflit entre ces deux ordres publics ne peut être résolu que par la loi, d'où l'intérêt de l'exclusion légale et son pragmatisme, malgré le fait que cette exclusion soit intervenue via un décret qui, une fois encore, fait planer le doute sur sa légalité du texte étant de nature réglementaire⁴³.

B) LA RAISON TENANT A L'ASPECT ECONOMIQUE DES PROCEDURES COLLECTIVES INCOMPATIBLE AVEC LE DROIT DE PREEMPTION

357 – *Les règles d'apurement du passif* – L'aspect économique des procédures collectives se traduit notamment par l'objectif d'apurement du passif consistant à la détermination de la façon dont seront payés les créanciers de leur créance antérieure. En effet, le principe d'apurement du passif est celui de la satisfaction, à tout le moins partiellement, des créanciers par le prix de cession. L'exclusion du droit de préemption est donc justifiée par la volonté du législateur de préserver l'unité juridique de l'opération et son équilibre économique, qui aurait été fortement perturbé par une dispersion des biens en raison de l'exercice du droit de préemption⁴⁴. Bien plus, les règles régissant le droit de

³⁹ Article L. 214-1, al. 3 et R. 214-5, al. 2 du Code de l'urbanisme.

⁴⁰ CARBONNIER, J., *Droit civil - Les biens, les obligations - tome II*, Puf, 2004, p. 388.

⁴¹ FARJAT, G., *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963.

⁴² SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit de préemption*, LGDJ, 1979, n°445.

⁴³ Dictionnaire permanent Difficulté des entreprises, Mise à jour 97, fasc. 282-6, n°39 ; ROUSSEL GALLE, P., "La réforme du droit des entreprises en difficultés : adaptations et nouveautés," *Droit et Patrimoine*, n°187, Décembre 2009.

⁴⁴ MONSIEURIE-BON, M.-H., "Les ventes dans le plans de cession," *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°60 supplément, mai 2003.

préemption sont incompatibles avec les règles du droit des entreprises en difficulté concernant le prix de cession et sa répartition. L'exécution du plan de cession va donc entraîner le versement du prix de cession entre les mains du commissaire à l'exécution du plan, qui devra immédiatement déposer à la Caisse des dépôts et consignations les sommes. La mise en distribution des sommes suppose la déchéance du terme telle que posée par l'article L. 645-1 du Code de commerce, qui dispose que « *le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire rend exigibles les créances non échues. Toutefois, lorsque le Tribunal autorise la poursuite de l'activité au motif que la cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable, les créances non échues sont exigibles à la date du jugement prononçant la cession* » sous réserve d'une cession partielle accompagnée d'un plan de continuation qui entraînerait le paiement dans les délais du plan. Dans le même esprit, l'intangibilité des offres de reprises interdit la modification du prix de cession. L'offre ne peut être modifiée entre le dépôt du rapport de l'administrateur et la décision du Tribunal, sauf à améliorer celle-ci⁴⁵.

358 – *Les conséquences quant à l'application du droit de préemption* – Le droit de préemption des communes prévoit une procédure de contestation du prix, ce qui équivaut à modifier l'offre d'achat du fonds ou du droit au bail⁴⁶, en contradiction avec le principe d'intangibilité, de façon totalement incompatible avec les règles régissant le droit des entreprises en difficulté et ses objectifs au regard de la possibilité qui est offerte au juge de l'expropriation d'évaluer et de déterminer le prix de la cession à un montant inférieur à celui de l'offre. Enfin, le Tribunal de commerce bénéficie d'une attraction de compétence sur toutes les demandes qui touchent à l'entreprise. Il y a donc un conflit, non seulement de règles, mais aussi de compétence, entre le Tribunal de commerce et le juge de l'expropriation, ayant chacun une compétence fondée sur des règles d'ordre public. Le conflit est réglé par la loi qui exclue l'exercice par la commune du droit de préemption du régime des procédures collectives. Pour autant, cette exclusion n'est pas absolue. En effet, certaines imprécisions du texte vont permettre aux communes d'exercer leur droit de préemption sur la cession d'un fonds de commerce, artisanal ou droit au bail, alors même qu'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation est ouverte.

⁴⁵ Article R. 642-1 V du Code de commerce.

⁴⁶ Article R. 214-6 du Code de l'urbanisme, voir *Supra* n°183 et s.

Section 2 : L'exclusion légale partielle : les incertitudes textuelles

359 – *L'imprécision du renvoi législatif* – L'exercice du droit de préemption des communes est écarté par le décret de 2008 à l'article R. 214-3 du Code de l'urbanisme. Un renvoi législatif organise l'exclusion du droit de préemption des communes. Une certaine imprécision se révèle mettant en exergue l'orientation publiciste de la loi sur le droit de préemption et l'absence de maîtrise par le législateur de la casuistique qu'impose la cession de l'actif en cas de procédure collective⁴⁷. La conséquence est l'émergence de plusieurs hypothèses faisant réapparaître dans un premier temps l'exercice du droit de préemption des communes et dans un deuxième temps l'échec involontairement à l'exercice de ce droit qui aurait dû s'appliquer.

360 – *Les cas de « retour » du droit de préemption en cours de procédure collective* – Trois cas seront envisagés, il s'agira d'une part de l'exercice du droit de préemption des communes lors de la cession d'un fonds ou du droit au bail hors plan de cession (Paragraphe 1), d'autre part, le doute peut légitimement s'installer quant à la résurgence du droit de préemption des communes en cas de liquidation simplifiée (Paragraphe 2), enfin il faudra envisager le cas de la résolution du plan de cession du fonds de commerce n'entraînant pas résiliation de l'acte de cession déjà acquis (Paragraphe 3).

PARAGRAPHE 1 : LA CESSION ISOLÉE DES BIENS DE L'ENTREPRISE SOUMIS AU DROIT DE PREEMPTION

361 – *La cession isolée des biens* – Le jugement arrêtant le plan de cession détermine les biens objet de la reprise. Tout offre soumise au Tribunal doit comporter la désignation précise des biens et des droits inclus dans l'offre. Le Tribunal statuera donc au vu de l'offre pour déterminer les biens cédés. *A contrario*, il est toujours possible de vendre les biens non compris dans le plan de cession. Du fait de la procédure collective en cours, ces biens ne pourront échapper aux règles issues du droit des entreprises en difficulté. Ainsi la cession de ces biens hors plan est soumise aux règles de la liquidation judiciaire. Mais il faut pour être plus précis distinguer selon que le débiteur obtiendra ou non parallèlement au plan de cession, un plan de redressement. Ainsi, si le plan est arrêté à l'issue de la période d'observation et sans obtention d'un plan de redressement, les biens seront vendus dans le

⁴⁷ VAUVILLE, F., "Les grandes options de la loi de sauvegarde, la cession d'actifs après la réforme du 26 juillet 2005," *Droit et Patrimoine*, n°146, mars 2006.

cadre de la liquidation judiciaire qui sera nécessairement prononcée contre lui. Par contre, si le plan de cession est arrêté à l'issue de la période d'observation et que le débiteur obtient un plan de redressement, alors les biens non intégrés au plan resteront dans le patrimoine à moins qu'il y ait vente de gré à gré⁴⁸.

362 – *L'application du droit de préemption à la cession isolée du bien* – La question qui se pose est de savoir dans quelle mesure le droit de préemption des communes viendrait à s'appliquer. En effet, l'exclusion légale opérée par le décret s'articule autour d'un jeu de renvoi textuel, de sorte que les textes visés ne traitent que de la cession des biens de l'entreprise inclus dans un plan. Or, les biens non compris dans le plan de cession sont cédés dans les conditions de la cession des actifs en liquidation judiciaire prévus par l'article L. 642-18 et suivant du Code de commerce⁴⁹. Le Code de l'urbanisme ne visant quant à lui que les articles L. 642-1 à L. 642-17 du Code de commerce sous la section « *de la cession d'entreprise* ». Il faut en déduire que la cession des biens hors plan n'est pas visée par les règles relatives au droit de préemption des communes, règles d'interprétation stricte, dès lors l'exclusion ne s'applique pas. L'exercice du droit de préemption des communes réapparaît dans l'hypothèse d'une cession des biens non compris dans le plan de cession. En effet, cette solution a été confirmée par le Conseil d'Etat pour le droit de préemption urbain. Il a été considéré que « *la vente de l'immeuble de la SCI Vêrane n'ayant pas été mise en oeuvre dans le cadre d'un plan de cession de cette société, la commune pouvait exercer son droit de préemption sur cet immeuble* »⁵⁰. Par conséquent, dans le cadre de la préemption commerciale et artisanale, cette hypothèse fera évidemment référence à la cession du droit au bail en dehors de la cession du fonds de commerce. Ainsi, le droit au bail appartient toujours au débiteur qui peut le céder. Malgré l'ouverture de la procédure collective, le droit de préemption aura vocation à s'appliquer⁵¹. Il est alors possible d'envisager deux hypothèses pratiques, la première concerne le cas d'une entreprise ayant deux fonds de commerce, soit un établissement principal et un secondaire. La seconde hypothèse mettrait en jeu le cas d'une entreprise dont le fonds aurait perdu toute sa valeur en raison d'une absence d'exploitation prolongée, mais ayant toujours un bail en cours.

⁴⁸ Voir *Supra* n°75.

⁴⁹ ROUSSEL GALLE, P., "Cession de l'entreprise," numéro spécial 302-1, *Dictionnaire permanent - Difficultés des entreprises*, p.4191.

⁵⁰ CE, 17 déc. 2008, n° 316411, M. Jean Z. : JurisData n° 2008-074684 ; Rec. CE 2008, tables : SOMMAIRE, "Préemption et liquidation judiciaire," *Droit Administratif*, n° 2, Février 2009, comm. 35.

⁵¹ CASTEL, R., "Le bail commercial à l'épreuve des procédures collectives," *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°48, avril 2010.

Dans le premier cas, lorsque l'entreprise est en redressement ou en liquidation et qu'il est décidé dans un plan de cession de céder le fonds de commerce, il peut très bien s'agir que du fonds de l'établissement secondaire ou du principal selon le cas et selon aussi les offres de reprises. Ainsi, un des deux fonds ne serait pas visé par le Tribunal dans le plan. S'il était décidé de vendre l'autre fonds ou le droit au bail postérieurement au plan et en dehors de celui-ci, le droit de préemption des communes trouverait à s'appliquer et la commune pourrait préempter malgré la procédure collective en cours⁵². Dans la seconde hypothèse, la perte de la clientèle du fonds rendrait impossible la vente du fonds de commerce, étant donné qu'un fonds est pour l'essentiel une clientèle. Si le bail n'est pas résilié, puisque l'absence d'exploitation est une cause de résiliation du bail commercial, il est toujours possible de céder le droit au bail alors même que le plan de redressement ou de cession de l'entreprise ne l'envisage pas du fait de l'absence d'offre. Il s'agira dans ce cas d'une cession du droit au bail hors plan et le droit de préemption des communes viendra à s'appliquer.

PARAGRAPHE 2 : L'HYPOTHESE DE LA LIQUIDATION SIMPLIFIEE FAISANT REAPPARAITRE LE DROIT DE PREEMPTION

363 – *La procédure de liquidation judiciaire simplifiée* – Le droit des entreprises en difficulté porte une attention toute particulière au rétablissement de l'activité. Il est donc prévu dans ce but trois procédures, au nom explicite quant à leur objectif : la conciliation, qui consiste à négocier avec les créanciers, les plans de continuation par la voie de la sauvegarde ou le redressement judiciaire, développés précédemment⁵³. Dans l'hypothèse où le débiteur ne peut rétablir sa situation, la liquidation judiciaire sera la seule issue envisageable. La loi a souvent cherché à simplifier la procédure de liquidation tout en tentant de remédier aux défauts des textes précédents. Il a donc été mis en place une procédure simplifiée de liquidation judiciaire⁵⁴ destinée aux entreprises les plus petites et aux débiteurs n'ayant pas d'actif immobilier. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, cette procédure simplifiée est même devenue obligatoire en l'absence de bien immobilier et si le chiffre d'affaire hors taxes est inférieur au seuil de 300 000€ et pour un nombre de salariés égal à un. La procédure est facultative en cas d'absence d'actif immobilier et si le

⁵² VAUVILLE, F., "Les grandes options de la loi de sauvegarde, la cession d'actifs après la réforme du 26 juillet 2005," *Droit et Patrimoine*, n°146, mars 2006.

⁵³ Voir *Supra* n°345 et s.

⁵⁴ LEVI, A., GARBIT, P., AZEMA, J., et VALLENS, J.-L., "Droit commercial," Lamy, 2015, n°4490 et s.

chiffre d'affaire hors taxe est inférieur à 750 000€ et si l'entreprise comprend cinq salariés maximum.

364 – *L'insuffisance du renvoi textuel* – La cession des biens du débiteur en liquidation judiciaire simplifiée est prévue aux articles L. 644-1 et suivants du Code de commerce. Mais le Code de l'urbanisme ne vise pas, dans les exclusions au droit de préemption des communes, les articles L. 626-1, L. 631-22 ou L. 642-1 à L. 642-17 du Code de commerce. Le droit de préemption étant d'interprétation stricte, force est de constater que la cession des biens du débiteur en liquidation judiciaire simplifiée n'est pas visée par le Code de l'urbanisme. Il y aura donc résurgence du droit de préemption des communes dans cette hypothèse.

365 – *Le régime de la liquidation simplifiée permettant d'exclure l'exercice du droit de préemption* – En réalité, le jeu de renvoi textuel va permettre d'écarter l'exercice du droit de préemption des communes en cas de cession en liquidation judiciaire simplifiée du fonds de commerce ou du bail commercial. En effet, l'article L. 644-1 du Code de commerce n'est certes pas visé par le Code de l'urbanisme, mais cet article dispose que « *la procédure de liquidation judiciaire simplifiée est soumise aux règles de la liquidation judiciaire, sous réserve des dispositions du présent chapitre* », dispositions sans incidences sur le droit de préemption. Ainsi, malgré l'omission législative apparente, le droit de préemption des communes sera effectivement exclu des cessions en liquidation judiciaire simplifiée. On constate alors que la liquidation judiciaire simplifiée ne facilite la procédure que sur certains aspects puisque les règles de la liquidation judiciaire concernant la cession des biens du débiteur s'appliqueront. Il s'agira, pour l'essentiel, d'une modification des délais de procédure ainsi écourtés. C'est le cas notamment de la cession de gré à gré des biens mobiliers du débiteur, qui doit s'effectuer dans les trois mois suivant le jugement de liquidation judiciaire⁵⁵ au lieu de six mois dans la procédure générale⁵⁶. Il faut rappeler que dans l'hypothèse d'une vente de gré à gré⁵⁷ pendant une liquidation judiciaire, le droit de préemption des communes réapparaît pour s'appliquer en raison du fait que l'aliénation est dans ce cas volontaire et non pas judiciaire.

⁵⁵ Article L. 644-2 du Code de commerce.

⁵⁶ Article L. 642-20-1 du Code de commerce.

⁵⁷ Voir *Supra* n°75.

PARAGRAPHE 3 : LA CESSION DU FONDS DE COMMERCE EN CAS DE RESOLUTION DU PLAN DE CESSION

366 – *La résolution du plan de cession* – Selon l'article L. 626-27 du Code de commerce, si le débiteur n'exécute pas ses engagements dans les délais fixés par le plan, le Tribunal peut prononcer la résolution du plan après avis du ministère public. Il appartient au Tribunal d'apprécier souverainement si les manquements du débiteur présentent une gravité suffisante pour justifier la résolution du plan⁵⁸. La question du sort des actes de cession se pose en cas de résolution du plan. La solution a tout d'abord été jurisprudentielle. La Cour d'appel de Toulouse⁵⁹ puis la Cour de cassation dans un arrêt du 22 juin 1993⁶⁰ ont considéré que « *le jugement ayant prononcé la résolution du plan de cession n'avait pas décidé la résolution de la vente du fonds de commerce, acte distinct du jugement arrêtant le plan* ». Ainsi, par principe, la résolution du plan est sans effet sur les actes de cession sauf décision explicite du Tribunal. La loi de sauvegarde a quant à elle envisagée expressément cette hypothèse, en prévoyant que « *le Tribunal peut prononcer la résolution ou la résiliation des actes passés en exécution du plan résolu* »⁶¹. Certains auteurs ont relevé le fait qu'il aurait été plus juste juridiquement de viser la caducité des actes⁶². En effet, la caducité frappe un acte juridique valable mais qui sera privé d'effet en raison d'un fait survenu postérieurement à sa création. La résiliation ou la résolution d'un acte juridique relève d'une toute autre logique. La résiliation est la suppression pour l'avenir d'un contrat à exécution successive en raison de l'inexécution par l'une des parties de ses obligations. La résolution est une sanction consistant dans l'effacement rétroactif des obligations nées d'un contrat synallagmatique lorsque l'une des parties n'exécute pas ses prestations. L'acte de cession est un contrat synallagmatique, la résolution serait la qualification la plus juste mais la caducité pourrait être considérée comme la qualification de l'anéantissement de l'acte de cession des biens du débiteur. En effet, la caducité n'étant pas rétroactive, contrairement à la résolution, cette qualification paraît plus juste puisque le prix de la cession ne sera pas rétrocedé. Nonobstant, il s'agit d'une sanction non automatique puisqu'une décision du Tribunal doit être prise dans le sens de la résolution des actes de cession.

⁵⁸ Com. 26 juin 2001, n° 96-15.123, inédit- Com. 5 mars 2002, n° 98-23.411 et n°98-23.412, inédits.

⁵⁹ CA Toulouse, 14 juin 1991, Rev. proc. Coll. 1991, 297, obs. B. Soinne.

⁶⁰ Com., 22 juin 1993, n° 91-13.307, Bull. civ., n°263 ; Rev. proc. coll. 1994, 240, obs. B. Soinne; JCP G 1993, I, 3721, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel ; Dr. Sociétés oct. 1993, p. 9, obs. Y. Chaput.

⁶¹ Article L. 642-11 du Code de commerce.

⁶² FROCHLICH, P., et SENECHAL, M., "De la réalisation de l'actif," *Les Petites Affiches*, n°29, 9 février 2006, p.21.

367 – *L'intervention de la commune aux fins de préemption dans la procédure collective* – La conséquence sur le droit de préemption des communes est inéluctable. En effet, s'il n'est pas prévue expressément par le Tribunal l'anéantissement de l'acte de cession du fonds de commerce ou de la cession du droit au bail. L'acte reste valable à la date antérieure à la résolution du plan qui a permis la mise à l'écart du droit de préemption des communes. Mais le droit de préemption des communes ne renaîtra pas pour autant, la cession du fonds ou du droit au bail ayant déjà été effectuée. À l'inverse, l'anéantissement des actes de cession concomitamment à la résolution du plan réintroduira les biens du débiteur dans son patrimoine.

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

368 – *La personne morale de droit public partiellement exclue de la procédure collective* – La mise à l'écart dans la procédure collective de la commune agissant en matière d'urbanisme commercial est une évidence. L'objectif d'ordre public attaché aux procédures collectives et l'approche foncièrement économique ne peuvent coïncider avec la logique du droit de l'urbanisme. Les enjeux sont alors trop distants : d'un côté la sauvegarde d'une activité, des emplois et le paiement des créanciers ; de l'autre la sauvegarde, le maintien et la protection de la diversité commerciale. La difficulté repose principalement sur le fait que la commune est une personne de droit public. Cette qualité est source de conflit juridique, notamment en ce qui concerne les contrats de travail et les garanties que la procédure collective impose notamment au regard des créanciers. Mais le champ d'application du droit de préemption des communes a été conçu par le biais de renvoi textuel qui ne vise qu'une partie des procédures applicables au redressement ou à la liquidation judiciaire. Mécaniquement, les textes qui n'ont pas été visés par le dispositif et qui envisagent une aliénation des biens commerciaux ou artisanaux sont susceptibles de préemption communale. Ainsi, la cession isolée de biens ou la cession du fonds de commerce après résolution du plan, seront soumis au droit de préemption, malgré la dichotomie entre les deux procédures.

CHAPITRE SECOND : LES LIMITES IMPLICITES ISSUES DE LA PRATIQUE DES
AFFAIRES

369 – *Les mécanismes d'évitement du droit de préemption* – Le droit de préemption est d'interprétation stricte. À partir de ce principe il est possible de tirer les conséquences des lacunes de la loi sur le droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux. La loi n'envisage, comme cause d'exclusion du droit de préemption, que le cas des cessions lors d'une procédure collective. La doctrine comme la pratique aura tout loisir d'envisager tous les cas qui, en filigrane, sont hors champ d'application du droit de préemption. La loi, à son origine, prévoyait l'application du droit de préemption au cas de « *cession* ». L'ensemble des réflexions alors émises mettait en avant que l'apport en société d'un fonds de commerce, fonds artisanal ou du droit au bail, n'étant pas qualifié de cession, et était exclu de l'application du droit de préemption. Ce mécanisme de « contournement » du droit de préemption est « classique ». Les autres droits de préemption urbains ont dès lors une application plus large comprenant cette opération. La réforme de 2012 a pris en compte cette hypothèse d'empêchement en modifiant le texte de loi. Ainsi, le droit de préemption s'applique au cas d'aliénation à titre onéreux, conception plus large que la cession. Elle fait entrer dans le champ d'application les apports en capital des biens soumis au droit de préemption. Pour autant, le droit des sociétés permet toujours de gérer librement son bien commercial ou artisanal par la mise en œuvre d'opérations de gestion du patrimoine de la personne morale. Plus récemment, la réception en droit français de la notion de patrimoine d'affectation permet même une gestion du patrimoine distincte de la notion de personne morale. Les contrats organisant la mise en gestion de l'outil de production permet aussi d'éviter l'application du droit de préemption. La mise en œuvre de ces contrats permet de transmettre la gestion sans aliénation du bien. Il apparaît nécessaire de préciser en outre que l'hypothèse de contournement envisagée par Madame Moreno¹ selon laquelle la résiliation du bail commercial suivie de la conclusion d'un nouveau contrat est tout à fait opérant. Cette solution prend en considération la crainte pour le bailleur de voir le local préempté, inexploité pendant la période intermédiaire. Mais les contournements envisagés dans les développements qui suivent, se placent du point de vue de l'exploitant, commerçant ou

¹ MORENO, D., *Commerce et urbanisme : entre liberté et régulation*, La documentation française, 2008, p. 119.

artisan, qui aurait le souhait de céder l'exploitation hors exercice du droit de préemption (Section 1).

370 – *Les réformes du droit de préemption : une réponse aux difficultés pratiques ?* – Les hypothèses d'évitement du droit de préemption ont pu faire craindre à une inefficence de cet outil de gestion du commerce dans la ville. La réponse du législateur est intervenue en 2012. Il s'agissait de parfaire la distinction qui s'était opérée entre la loi et le décret d'application, l'une visant « *les cessions* » et l'autre « *les aliénations à titre onéreux* ». La loi, depuis, envisage l'application du droit de préemption aux « *aliénations à titre onéreux* » des fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux. Le champ d'application est alors élargi et notamment au cas d'opération d'apport en capital. La réforme de 2012 avait aussi envisagé une autre difficulté d'application du droit de préemption, celle de l'exploitation par la commune pendant la période intermédiaire. Ainsi, le législateur a entendu l'appel de la pratique et de la doctrine en permettant la mise en location gérance du bien. Mais d'autres blocages dans la mise en œuvre de ce droit sont à appréhender. L'étude sur le droit de préemption des communes ayant bénéficié d'une allocation recherche par la Région Midi-Pyrénées, il est apparu intéressant d'apporter une vision pratique par le témoignage des acteurs du droit de préemption. Il apparait des rencontres effectuées que les contraintes pour les communes sont nombreuses, de telle sorte que le choix de mettre en œuvre ce droit de préemption révèle une vraie implication politique et un besoin réel. Ainsi, la dernière réforme de 2014 a tenté d'apporter des réponses. L'ensemble de la procédure est alors réformé. Pour autant certains aspects que l'étude a souligné restent encore en suspens et peuvent faire l'objet d'une nouvelle réforme (Section 2).

Section 1 : La persistance des moyens de contournement du droit de préemption sur les biens commerciaux et artisanaux

Section 2 : La réponse « partielle » du législateur aux difficultés pratiques de mise en œuvre du droit de préemption « commerciale et artisanale »

Section 1 : La persistance des moyens de contournement du droit de préemption sur les biens commerciaux et artisanaux

371 – *Les techniques sociétaires* – La mise en société de son activité est avant toute chose un moyen d'organisation. Malgré l'aspect réducteur d'une classification, il peut être distingué trois moyens d'organisation de l'activité. Il s'agit soit d'une technique d'organisation du partenariat, soit d'une technique d'organisation du patrimoine, soit d'organisation de l'entreprise¹. La vocation première de la société est d'offrir un cadre d'organisation à des partenaires qui œuvrent ensemble dans une même activité. Il y aura une place primordiale à la confiance réciproque qu'auront les partenaires entre eux, on parle d'*intuitus personae* et d'*affectio societatis*². Par principe, en droit français, le patrimoine est indivisible. Pourtant la mise en société d'une activité porteuse de bien permet de se soustraire à la notion d'unité patrimoniale. La constitution de société civile immobilière est l'exemple le plus parlant de cette volonté d'isoler un bien du patrimoine personnel de la personne. Mais ces sociétés patrimoniales ont un but exclusivement orienté autour de la gestion du patrimoine de la personne physique. Il s'agit communément des sociétés de gestion. La société prise sous cet angle constitue l'enveloppe juridique d'une nue-propriété³. Enfin, la société permet d'organiser l'entreprise autour de différents intérêts qui sont fiscaux, financiers et juridiques. L'aspect juridique est celui qui intéresse l'analyse. Ainsi, au-delà de la technique de gestion, il s'agit de s'intéresser à la séparation des patrimoines et à la technique de transmission de l'entreprise via la constitution de la société (Paragraphe 1).

372 – *Les contrats de « coopération »* – La liberté contractuelle permet aux cocontractants d'anticiper les effets des obligations. Ainsi, les contrats dits de « coopération » peuvent être un moyen utile pour laisser la gestion du fonds à un tiers sans opérer transfert de propriété et donc aliénation. Il ne s'agit pas des contrats de coopération interentreprise⁴, mais le terme de « coopération » doit plutôt s'envisager au sens économique comme étant un système par lequel des personnes associées dans un but commun ont des droits égaux à la gestion, et se répartissent le profit au prorata de leur activité. Ainsi la mise en gestion organisée par un contrat est une forme de coopération

¹ COZIAN, M., VIANDIER, A., et DEBOISSY, F., *Droit des sociétés*, LexisNexis, 28ème éd., 2015, n°19 et s.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ MERCADAL, B., "Droit commercial," Francis Lefebvre - Memento Pratique, 15 février 2015, n°18500 et s.

contractuelle et économique. Cette solution est un moyen de contourner le droit de préemption. En effet, il n'y a pas aliénation à titre onéreux des biens. La transmission ne s'effectue pas malgré le dessaisissement de la gestion et donc de l'outil de travail. La gestion par le tiers est alors quasiment en autonomie et peut s'effectuer sur n'importe quelle activité, ainsi que se développer librement. Pour autant, il ne s'agit pas d'une « menace » pour la commune car le changement d'activité est difficilement envisageable dans ce système contractuel. Dès lors, si un commerçant dit de « proximité » souhaite utiliser ce type de contrat pour éviter la procédure de préemption, le tiers conservera l'activité de « proximité » pour la gérer. Mais, la plus grande crainte serait qu'une franchise dans le secteur tertiaire utilise ce système pour maintenir cette activité déjà existante dans le périmètre, et que la mairie aurait peut être aimé voir « disparaître » en profitant de la « cession » pour préempter. Il faudra être vigilant dans l'utilisation de ces outils qui permettent d'éviter l'application d'une loi porteuse d'un intérêt général (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : L'EVICION DE L'APPLICATION DU DROIT DE PREEMPTION PAR LES TECHNIQUES D'ORGANISATION DU PATRIMOINE DU COMMERÇANT ET DE L'ARTISAN

373 – *Les biens commerciaux et artisanaux dans le patrimoine de la personne morale* – Le droit de préemption pose la question du transfert de propriété d'un bien susceptible d'appropriation par la personne publique. En effet, l'aliénation à titre onéreux va impliquer un transfert d'un patrimoine à un autre. Ainsi, l'analyse de la notion de patrimoine, en tant que tel, et sa gestion permettent de comprendre les limites du droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux. L'approche patrimoniale implique dès lors l'existence d'une personne juridique. Il s'agit alors d'envisager les biens commerciaux et artisanaux intégrés au patrimoine. Il peut alors être considéré deux sortes d'opérations : celles portant sur le capital social des sociétés (A) et celles sur le patrimoine sur le patrimoine (B).

A) LES OPERATIONS SUR LE CAPITAL SOCIAL DES SOCIETES

374 – *L'apport et les fusions, entre intégration et exclusion* – La constitution d'une société passe par la mise en capital, correspondant à la dette de la personne morale envers les associés, personnes physiques. L'apport en capital permet d'affecter un bien ou un droit, en contrepartie de la remise de titres sociaux. L'apport en capital du fonds ou du bail commercial ou artisanal est possible. La loi en faveur des petites et moyennes

entreprises du 2 août 2005⁵ ayant instauré le droit de préemption, envisageait la « cession » des biens commerciaux et artisanaux. Or, l'apport en capital n'est pas considéré comme une cession du fonds de commerce ou du bail commercial. Dès lors la constitution d'une société permettait d'échapper à l'application du droit de préemption. La volonté de rendre le processus efficient a imposé une modification législative intervenue en mars 2012⁶. Dès lors, l'apport en capital d'un fonds ou d'un bail commercial peut faire l'objet d'une préemption communale (1). Pour autant, la fusion ou la scission du patrimoine de la personne morale en dehors de l'apport partiel d'actif, reste une technique juridique exclue du champ d'application du droit de préemption. En effet, le transfert universel de patrimoine d'une société à une autre n'est pas qualifié d'aliénation et ne peut donc pas être susceptible de préemption (2). Enfin, la constitution d'une société permet d'établir un patrimoine propre à la personne morale. La cession des parts sociales et d'actions n'entre pas dans le champ d'application du droit de préemption, en effet, l'opération d'aliénation à titre onéreux ne porte pas sur le fonds de commerce, fonds artisanal ou sur le bail commercial (3).

1. LA REFORME DE 2012 : LE RECADRAGE TEXTUEL VISANT A EMPECHER L'APPORT EN SOCIETE

375 – *La « loi Warsmann » du 22 mars 2012* – Selon l'article L.214-1 du Code de l'urbanisme « [...] sont soumises au droit de préemption institué par le présent chapitre les aliénations à titre onéreux de fonds artisanaux, de fonds de commerce ou de baux commerciaux ». Cette rédaction fait suite à la réforme issue de la loi du 22 mars 2012 dite « loi Warsmann »⁷. Mais la rédaction originale issue de la loi de 2005 visait, non pas les aliénations à titre onéreux, mais les cessions⁸. Cette modification sémantique n'est pas simplement stylistique, mais totalement juridique. En effet, le champ d'application de la préemption sur les biens commerciaux et artisanaux en est modifié⁹.

376 – *Champ d'application et contournement de la préemption, les conséquences de la réforme de 2012* – Il est possible d'exercer une activité commerciale

⁵ Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

⁶ Loi n° 2012-387, 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives: Journal Officiel 23 Mars 2012.

⁷ Loi n° 2012-387, 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives: Journal Officiel 23 Mars 2012.

⁸ Voir *Supra* n°164.

⁹ Voir *Supra* n°168 et s. : VAUVILLE, F., "la simplification du droit de l'entreprise par la loi du 22 mars 2012 : clarification du droit, amélioration des procédures et "trompe-l'oeil!", *Defrénois*, n°8, 30 avril 2012, p.339.

ou artisanale sous forme sociétaire. Il s'agit alors de constituer une société par le biais de la mise en capital. Le capital correspond aux apports des associés à l'exclusion des apports en industrie c'est-à-dire le talent de l'associé, sa force de travail. Le capital social est une notion qui relève à la fois du droit des sociétés et du droit comptable. Ainsi le capital est la représentation de la dette de la société envers les associés dont l'exigibilité est reportée à la liquidation de la société¹⁰. « sans apport il n'est pas de société »¹¹. L'apport est le contrat par lequel l'associé affecte un bien ou un droit à la société en contrepartie de la remise de titres sociaux¹². Il faut distinguer trois types d'apport : l'apport en numéraire qui correspond à une somme d'argent ; l'apport en nature qui permet d'apporter au capital d'une société un bien corporel ou incorporel et enfin l'apport en industrie qui correspond au talent, au travail de l'associé. Faire un apport en nature d'un bien incorporel est donc possible. Ainsi, un fonds est un bien incorporel, et le droit au bail commercial est un droit de créance¹³. Il est donc possible pour le commerçant, artisan ou pour le bénéficiaire d'un droit au bail de les apporter au capital d'une société. Cet apport peut se faire en propriété ou en jouissance. L'apport en propriété d'un bien se rapproche de la notion de vente. Ainsi la société devient propriétaire du bien apporté, elle peut en user, en abuser et en supporter les risques. Le transfert de propriété implique que la société ait la personnalité juridique. Dès lors, il ne peut y avoir d'apport en nature de la propriété d'un fonds avant immatriculation. Ainsi, l'apport en société du fonds de commerce ou du droit au bail est un moyen de céder son fonds ou bail¹⁴, non à une personne physique, mais à une société, personne morale¹⁵. D'ailleurs les règles du Code de commerce concernant l'apport d'un fonds de commerce sont celles régissant la cession d'un fonds¹⁶. Mais il ne faut pas confondre ces deux mécanismes juridiques : la vente est une aliénation à titre onéreux emportant dessaisissement du bien, alors que l'apport est une mise à disposition du bien à une entité bénéficiant de la personnalité juridique, s'analysant comme des échanges de droits sociaux

¹⁰ COZIAN, M., VIANDIER, A., et DEBOISSY, F., *Droit des sociétés*, LexisNexis, 28ème éd., 2015, n°250 et 252.

¹¹ *Op. Cit.* n°120.

¹² Article 1843-3 du Code civil.

¹³ DENIZOT, C., "Cession du droit au bail et du fonds de commerce," Dossier 340, *Droit et pratique des baux commerciaux*, Dalloz Action, 2015, n°340-50 à 340-70.

¹⁴ QUEMENT, C., "Bail commercial - Cession," Fasc. 1450, *JurisClasseur Bail à Loyer*, LexisNexis, 29 octobre 2015, n°5.

¹⁵ DIVO, A., GAUCLERE, B., MAIGNE-GABORIT, F., RIGLET, P., et TIXIER, J.-L., "Baux commerciaux," Francis Lefebvre, 2015-2016, n°9050.

¹⁶ COZIAN, M., VIANDIER, A., et DEBOISSY, F., *Droit des sociétés*, LexisNexis, 28ème éd., 2015, n°130.

et ne porte pas directement sur les actifs transmis¹⁷. Dès lors, selon une certaine partie de la doctrine¹⁸, selon la rédaction de la loi avant 2012, le droit de préemption des communes ne s'applique pas en cas d'apport en société du fonds ou du droit au bail. Il est argué le fait que le droit de préemption des communes porte sur une cession à titre onéreux c'est-à-dire avec une contrepartie en argent. Les opérations entraînant transfert de propriété, mais ne se traduisant pas, à titre principal, par le versement d'un prix ne sont pas prévues par le dispositif législatif de préemption¹⁹. Selon Monsieur Reygrobelle et Madame Flaicher-Maneval, la justification relève du texte en lui-même. En effet, en matière de droit de préemption urbain l'article L. 213-1 alinéa. 1 du Code de l'urbanisme prévoit de façon plus détaillée le champ d'application du droit de préemption en visant toute aliénation « à titre onéreux, sous quelque forme que ce soit ». Or les dispositions concernant le droit de préemption des communes ne font pas apparaître une telle précision, il doit donc être interprété de façon plus restreinte. Monsieur Pérignon rappelle quant à lui que « le Code de commerce distingue nettement le régime de la cession du fonds de commerce et celui de l'apport ». Ces arguments ne font pourtant pas l'unanimité en doctrine. Ainsi, pour certains²⁰, l'apport en nature d'un fonds ou d'un bail à une société est assimilable à une cession et sera donc soumis au droit de préemption des communes. De plus, le droit de préemption commercial et artisanal étant un droit de préemption urbain, il ne doit pas être considéré différemment. Ainsi, le droit de préemption urbain dont le régime porte aussi sur des aliénations à titre onéreux s'applique aux cessions de gré à gré, apports en société²¹, adjudications²². Pour Madame Moreno, auteur du rapport d'étude de la Chambre de

¹⁷ CHARVERIAT, A., "Cessions de parts et actions," *Mémento Expert*, LexisNexis, 2015-2016, n°1010 à 1016. RAYNAUD, B., *Droit de l'ingénierie sociétaire*, Joly éditions, 2014, n°280 et 281. DISSAUX, N., "Fonds de commerce - Cession. Formation," Fasc. 202, *JurisClasseur Commercial*, LexisNexis, 1er octobre 2010.

¹⁸ DUTRIEUX, D., "Fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux : les mesures réglementaires relatives au droit de préemption des communes enfin publiées," *JCP N*, n° 2,129, 11 janvier 2008, p.3; FLAICHER-MANEVAL, E., et REYGROBELLET, A., "Droit de préemption urbain en matière de fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux : décret d'application," *BPIM*, 01/2008 et 02/2008, 2008, p. 7 et 4; PERIGNON, S., "Le droit de préemption communal sur les biens commerciaux," *AJDA*, 14 avril 2008, p. 743.

DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," *Dalloz Action*, septembre 2011, n°62-584

¹⁹ FLAICHER-MANEVAL, E., et REYGROBELLET, A., "Droit de préemption urbain en matière de fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux : décret d'application," *BPIM*, 01/2008 et 02/2008, 2008, p. 7 et 4.

²⁰ MORENO, D., *Commerce et urbanisme : entre liberté et régulation*, La documentation française, 2008; BILLET, P., "Le droit de préemption des communes en vue de garantir les activités commerciales et artisanales de proximité," *JCP A et CT*, n° 3,29, 14 janvier 2008, p.3.

²¹ MENG, J.-P., "urbanisme - note sous TA Cergy-Pontoise, 10 avris 2008, requête n°0708561," *Répertoire du notariat Defrénois*, n°20, 30 novembre 2008, p. 2314.

²² BILLET, P., "Le droit de préemption des communes en vue de garantir les activités commerciales et artisanales de proximité," *JCP A et CT*, n° 3,29, 14 janvier 2008, p.3.

commerce et d'industrie de Paris²³, le formulaire de déclaration préalable vise dans la rubrique sur les modalités de la cession « *les apports en société et les échanges* ». La réforme de 2012 a mis fin à l'interrogation. Le décret comme la loi visent désormais tous deux « *les aliénations à titre onéreux* », par conséquent les apports en société sont intégrés au champ d'application de la préemption.

377 – *Une extension critiquable* – Madame Moreno souligne, très justement, que la commune n'a pas vocation à être partie dans un processus d'apports en société²⁴. En effet, le droit de préemption est une substitution de cocontractant, les rapports entre cédé et cédant restent les mêmes puisqu'ils reposent sur un contrat inchangé. Or, en cas d'apport en société, la commune se substitue à la société dans le cadre de l'apport. La commune ne devient pas propriétaire d'un fonds, mais de titres de société, même si la commune a la possibilité de se constituer en société, cette situation semble très éloignée de l'esprit de la loi. Bien plus, l'inclusion de l'apport en société au champ d'application de la préemption commerciale et artisanale empêche dès lors tout commerçant ou artisan installé dans un périmètre de préemption de choisir de passer en société, à moins de prendre le risque d'être préempté alors même qu'il n'était pas envisagé, par ce choix, de transférer son fonds, mais de gérer son entreprise. La procédure est même alourdie par la nécessité de purger le droit de préemption en effectuant la DIA, impliquant un délai maximum de deux mois. Une telle situation est attentatoire aux droits de gestion libre du commerce²⁵.

2. LES OPERATIONS SOUMISES AU REGIME DES FUSIONS DE SOCIETE, LA PERSISTANCE DU CONTOURNEMENT DE LA PREEMPTION

378 – *Définition des opérations de fusions, scissions, et d'apports partiels d'actif* – « *La fusion est l'opération par laquelle une société en annexe une autre, l'annexante, ou absorbante, et l'annexée, ou absorbée, ne faisant plus qu'une seule et même société* »²⁶. Juridiquement, cette opération est définie par l'article L. 236-1 du Code de commerce selon lequel il s'agit d'une transmission universelle de patrimoine d'une société à une autre. Il s'agit bien là de tout l'intérêt d'une telle technique. Cette définition aborde l'aspect général de la fusion, mais il existe plusieurs formes de fusion. Ainsi faut-il

²³ MORENO, D., *Commerce et urbanisme : entre liberté et régulation*, La documentation française, 2008.p. 121.

²⁴ *Op. Cit.* p.119.

²⁵ Voir *Supra* n°306 et s.

distinguer la fusion-absorption de la fusion par création d'une société nouvelle. La fusion-absorption correspond à une disparition de la société absorbée et à un enrichissement de l'absorbante, il y a une transmission universelle du patrimoine de la première à la seconde. Quant à la fusion par création d'une société nouvelle, il s'agit de l'union de deux sociétés pour en faire naître une troisième. Par ailleurs, il existe des techniques voisines à la fusion-absorption, mais qui sont soumises au même régime. Ainsi deux opérations doivent être distinguées, la scission et l'apport partiel d'actif²⁷. La scission est le démembrement d'une société qui disparaît permettant soit de constituer des sociétés indépendantes, soit d'agréger ses éléments à une société existante, dans ce cas on parle de fusion-scission. La différence avec la fusion réside plus dans le mécanisme que dans le régime puisqu'il est identique. En effet, le mécanisme de la scission se fonde sur la division alors que la fusion se fonde sur une réunion. L'apport en nature d'une partie de l'actif à une autre société relève de l'opération de vente avec une contrepartie non en argent, mais en capital, en effet la société bénéficiaire de l'apport augmente son capital. L'apport partiel d'actif, dont l'objet est une branche complète d'activité dans ses éléments tant actifs que passifs, peut être soumis au régime des scissions²⁸. Même si le régime sera celui des scissions, l'apport partiel d'actif, s'il permet la transmission du fonds ou du droit au bail, sera soumis au droit de préemption en tant qu'aliénation à titre onéreux. Il en va différemment pour la cession isolée d'élément du fonds. Le critère de distinction est celui de la clientèle. Si la cession de l'élément ne transfère pas la clientèle, il n'y a pas de cession du fonds²⁹.

379 – *Les effets* – Les effets de la fusion doivent être envisagés différemment selon les parties en présence. Tout d'abord, à l'égard des dirigeants, ceux de la société absorbée perdent *ipso facto* leur qualité. Mais la perte de cette qualité n'entraîne pas un effacement de la responsabilité civile ou pénale des dirigeants qui demeure pour les faits antérieurs à la fusion. Ensuite, à l'égard des associés, conformément à l'article L. 236-3, I du Code de commerce, « *l'acquisition par les associés des sociétés qui disparaissent de la qualité d'associé des sociétés bénéficiaires dans les conditions déterminées par le contrat de fusion* ». Il s'agit dans ce cas d'appliquer les règles de parité d'échange. Quant aux actionnaires préexistants de la société absorbante, leur nombre croît ce qui modifie

²⁶ COZIAN, M., VIANDIER, A., et DEBOISSY, F., *Droit des sociétés*, LexisNexis, 28ème éd., 2015, n°1476.

²⁷ MATIAL, C., *Les fusions de sociétés - régimes juridique et fiscal*, Revue Fiduciaire - Collection pratiques d'experts, 7ème éd., 2012.

²⁸ Article L. 236-22 du Code de commerce.

²⁹ Exemples et distinction : *Transmission d'entreprise*, Revue Fiduciaire, 4ème éd., 2014. n°5270 à 5271.

l'équilibre des forces de la société. Mais cette modification se fait de façon « forcée » puisqu'elle résulte de la nature même de la fusion qui est une transmission universelle. Ainsi, la règle qui gouverne tout le système est celle de la transmission universelle du patrimoine³⁰. Le principe de la transmission universelle du patrimoine implique que la société absorbante vient activement et passivement en lieu et place de la société absorbée. La fusion porte sur l'universalité des biens et des droits de la société apporteuse même ceux qui ne figurent pas dans le traité d'apport. Cette règle régit principalement les relations des sociétés, absorbantes et absorbées, à l'égard des tiers. Dès lors, la transmission universelle se fait de façon automatique et n'implique pas l'information individuelle des créanciers ou des débiteurs. Cependant, la nature de certains biens – immeubles, marques – imposera des formalités de publicité.

380 – *Le particularisme du fonds de commerce et du droit au bail* – Des règles particulières existent pour la fusion du fonds de commerce et du droit au bail³¹. En effet, la fusion a vocation de transmettre à la société absorbante tous les éléments du fonds exploité par la société absorbée, même en l'absence de stipulation expresse. Or, le régime de la fusion exclut l'application des règles propres à la cession du fonds de commerce. La dispense des formalités de publicité de la transmission du fonds de commerce n'est pas absolue puisque la loi ne vise que les fusions, scissions ou apports partiels d'actif soumis aux articles L. 236-7 à L. 236-24 du Code de commerce ; de telle sorte que la dispense ne joue pas pour ces opérations intervenues entre sociétés en commandite simple ou société en nom collectif. Par contre, la signification au bailleur avait été considérée comme nécessaire par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 14 mars 1991³². Mais la Cour de cassation³³ a rendu un arrêt de cassation, considérant qu'il y avait seulement lieu de réserver le droit légal d'opposition des créanciers des sociétés qui participent à l'opération de fusion. Ainsi, la société absorbante est substituée de plein droit dans tous les droits et obligations du bail,

³⁰ Article L. 236-3 du Code de commerce.

³¹ DENIZOT, C., "Cession du droit au bail et du fonds de commerce," Dossier 340, *Droit et pratique des baux commerciaux*, Dalloz Action, 2015, n°340-60.

³² CA Paris, 16^e ch. B, 14 mars 1991, Bull. Joly 1991, p.500, note Jeantin, D.1991, I.R., p. 123.

³³ Cass. com. 1 juin 1993, n° 91-14.740, RJDA 1993, n° 622, p. 548, Defrénois 1993, art. 35631, n°5, note Le Cannu, BRDA 1993, n° 12, p.19, Bull. Joly, 1993, p. 892, note Daigre, Dr. Sociétés 1993, n° 171.

même en présence d'une clause contraire³⁴. Cependant, l'article L. 145-1, I. du Code de commerce prévoit que le bénéfice du statut des baux commerciaux n'est réservé qu'aux seuls locataires immatriculés au RCS, de telle sorte qu'en cas de délivrance du congé, la société absorbante non immatriculée au RCS ne peut invoquer l'immatriculation de la société absorbée. Nonobstant depuis l'arrêt du 28 janvier 2004³⁵, l'application de la règle est plus souple, ainsi, une immatriculation tardive de la société absorbante ne peut entraîner le refus du bénéfice du statut des baux commerciaux. Ce régime peut être appliqué à l'opération consistant à faire un apport partiel d'actif. En effet, l'article L. 236-22 du Code de commerce prévoit une option de régime et opère ainsi un renvoi aux dispositions concernant la scission. Ce choix doit être mesuré, car dans le cas contraire, les actionnaires de la société apporteuse ne seront pas consultés, et l'apport sera décidé par les dirigeants de la société apporteuse ; à l'inverse, si l'option est exercée il devra être effectué un vote par assemblée générale extraordinaire. Au-delà de la procédure, la transmission universelle s'opèrera de plein droit dès lors que les biens, droits et obligations, se rattachent à la branche d'activité apportée.

381 – *Le droit de préemption exclu* – L'étude du régime juridique de la fusion et de la scission met en exergue l'aspect principal de ces mécanismes à savoir la transmission universelle d'actif d'une société au bénéfice d'une autre. Dès lors, il pourrait s'agir d'une aliénation à titre onéreux d'actifs. Mais en réalité il en a été considéré autrement concernant le droit de préemption urbain, dont la solution est transposable au droit de préemption des communes. Ainsi, par réponse ministérielle publiée au JO Sénat du 3 août 1989³⁶, et reportée au Code de l'urbanisme sous l'article L. 213-2, il a été considéré que « *les opérations de fusion ou de scission [...] s'analysent comme des transmissions universelles de patrimoine dès lors que la ou les sociétés apporteuses sont dissoutes. Les actifs immobiliers ainsi transférés ne font pas l'objet d'une aliénation, mais d'une opération juridiquement différente. En conséquence, ils ne sont pas soumis aux dispositions [relatives*

³⁴ Article L. 145-16, al. 2 du Code de commerce : réforme loi du 18 juin 2014 : élargissement légal aux cas de scissions : "Le point sur : Baux commerciaux : la loi Pinel réforme tous azimuts," *BPMI*, 4/14, Juillet 2014, n°220, p.18; BRAULT, C.-É., et SAINTURAT, M.-L., "Les dispositions relatives au transfert de la propriété du bail et de l'immeuble," *Loyers et Copropriété*, n°9, Septembre 2014, dossier 5; LEGRIX DE LA SALLE, S., "Les incidences de la loi Pinel en matière de baux commerciaux," *JCP E*, n°27, Juillet 2014, 1371; MUTELET, C., PRIGEN, J., et RODRIGUEZ, M. L., "Réforme du régime des baux commerciaux," *Revue des Loyers*, n° 949, 2014; PUYGAUTHIER, J.-L., "Les conséquences de la loi Pinel sur la cession du bail commercial ou du fonds de commerce," *JCP N*, n°1-2, 9 janvier 2015, 1002.

³⁵ Cass. 3^e Civ., 28 janvier 2004, n° 02-18.893, Bull.civ., III, n° 14, Bull. Joly 2004, p. 831, note M.-L. Coquelet.

³⁶ Rép. Min. : JO Sénat 3 août 1989, p. 1186.

au droit de préemption urbain] ». La Cour de cassation est venue qualifier cette opération dans un arrêt du 12 février 2008³⁷, ainsi s'agit-il d'un échange de droits sociaux. Or, l'échange devrait être considéré comme une opération juridique incluse dans le champ d'application du droit de préemption. Mais la mention « *aliénation à titre onéreux* » sans la précision « *sous quelque forme que ce soit* » permet de considérer que seule les contreparties en argent entrent dans le champ d'application de la préemption commerciale et artisanale. Malgré ce débat, si le droit de préemption des communes sur les biens commerciaux et artisanaux n'a pas vocation à s'appliquer dans l'hypothèse d'une fusion ou d'une scission, c'est en raison de la nature du bien visé par l'aliénation. En effet, la fusion ou scission ne portent pas sur un fonds ou un droit au bail commercial, mais sur une société³⁸. La doctrine se joint dans sa grande majorité à cette analyse en considérant de façon globale que les cessions de « blocs de contrôle » de société exploitant un fonds sont exclues du champ d'application du droit de préemption des communes³⁹.

3. LA CESSION DE PARTS SOCIALES ET D' ACTIONS

382 – La cession de parts sociales et d'actions : définition, régime et nature –

La constitution d'une société est une technique d'organisation de « l'entreprise » dont l'intérêt juridique est celui de faciliter la transmission de l'actif. Lorsque le commerçant ou l'artisan exerce son activité en société, il transmettra « son affaire » selon les règles du droit des sociétés. Ainsi, cette transmission va s'effectuer par le biais d'une cession de parts sociales ou titres sociaux⁴⁰. La notion même de « cession » est considérée comme « *une transmission entre vifs, du cédant au cessionnaire, d'un droit réel ou personnel, à titre onéreux ou gratuit* »⁴¹. Dès lors, la cession de parts sociales et d'actions se distingue de la fusion et de l'apport. La fusion se distingue de la cession par la nature de la contrepartie dans l'opération de transmission. En effet, la contrepartie dans le cadre de la fusion

³⁷ Cass. 3^e civ., 12 février 2008, de même Rép. Min. : JO Sénat 1^{er} juillet 1993, p. 1055. Voir dans le même sens : TA Cergy-Pontoise 10 avril 2008, n°07-8561, 1^{ère} ch., Sté Aventis Pharma SA et Sté Biocitech SAS : RJDA 11/08, n°1126, p.1095.

³⁸ FLAICHER-MANEVAL, E., et REYGROBELLET, A., "Droit de préemption urbain en matière de fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux : décret d'application," *BPIM*, 01/2008 et 02/2008, 2008, p. 7 et 4.

³⁹ BLATTER, J.-P., "Le décret d'application du droit de préemption des communes sur les fonds et les baux," *AJDI*, Février 2008, p. 88; BOSGIRAUD, C., "Libres propos relatifs au droit de préemption sur les cessions de fonds de commerce, fonds artisanaux, de baux commerciaux - Préempter pour rétrocéder..." *JCP N*, n° 16,1179, 18 avril 2008, p. 27.

⁴⁰ QUEMENT, C., "Bail commercial - Cession," Fasc. 1450, *JurisClasseur Bail à Loyer*, LexisNexis, 29 octobre 2015, n°10.

⁴¹ CORNU, G., *Association Henri Capitant - Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., 2011. V° Cession.

correspond à des actions ou parts sociales. De plus, le régime se distingue de la cession, car la fusion ou la scission de société emporte dissolution de la société⁴². L'apport comme la fusion opèrent un transfert de propriété avec comme contrepartie des parts ou des actions de la société⁴³. De plus, l'apport n'est pas assimilé à l'acte de cession par la Cour de cassation⁴⁴. La cession de parts est en principe un acte civil, toutefois elle revêt un caractère commercial. La qualification de la nature civile ou commerciale de la cession a un intérêt sur l'application des règles de preuve et sur la solidarité entre acquéreurs et cédants⁴⁵. Le caractère commercial est alors conditionné. La cession de parts sociales et d'actions aura une nature commerciale si elle a pour objet et pour effet d'assurer aux acquéreurs le contrôle de la société⁴⁶, et ce même si le contrôle est réalisé indirectement⁴⁷. De même si l'achat des parts s'effectue en vue d'une revente, en application de l'article L. 110-1, 2° du Code de commerce. Enfin, la qualité des parties au contrat aura une influence sur la nature de l'acte. En effet, si le cédant et le cessionnaire sont tous deux commerçants, alors l'acte, même civil par nature, devient accessoirement commercial⁴⁸.

383 – *La cession de parts sociales et le droit de préemption* – La cession de parts est un contrat, elle est dès lors soumise aux règles communes à tout contrat concernant le consentement, la capacité, la cause et l'objet. La cession de droits sociaux entraîne le transfert de la propriété avec contrepartie, il s'agit dès lors d'un contrat de vente. Mais la Cour de cassation considère que la cession de la totalité des droits sociaux ne peut être considérée comme une cession de fonds de commerce dont il constitue l'actif social⁴⁹. En effet, la cession de parts sociales et d'actions met en jeu la personnalité morale de la société contrairement au fonds de commerce qui est sans personnalité morale⁵⁰. Ainsi, la cession de droits sociaux étant différente de la cession d'un fonds de commerce, le droit de préemption des communes n'aura pas à s'appliquer. En effet, s'il s'agit bien d'une vente, soit une aliénation à titre onéreux, soumis au droit de préemption des communes, l'objet de

⁴² CHARVERIAT, A., "Cessions de parts et actions," *Mémento Expert*, LexisNexis, 2015-2016. n°1020.

⁴³ *Op. Cit.* n° 1015.

⁴⁴ Cass. com. 15 décembre 2009, n° 08-21037, Le Boursicot c/ Parrain : RJDA 4/10 n°377.

⁴⁵ *Op. Cit.* n°3000 à 3076.

⁴⁶ *Op. Cit.* n° 3200 à 3260.

⁴⁷ Cass. com. 3 janvier 1985, Bull. IV n° 7 ; Cass.com. 11 juillet 1988, Bull IV n° 249 ; Cass.com. 24 novembre 1992, RJDA 2/93 n° 124.

⁴⁸ Cass. com. 18 mars 1974 : Gaz. Pal. 1974, I, som. p. 134, obs. Jauffret.

⁴⁹ Cass. com. 13 février 1990, Bul IV. N° 42 ; Cass. com. 12 juillet 1993, Bull. Joly 1993. 1146, note Boizard ; Cass. Civ. 6 décembre 1994, RJDA 2/95 n° 158, Cass. com. 12 décembre 2006, n°04-19083, Cass. com. 8 janvier 2008, n°06-17861.

⁵⁰ DISSAUX, N., "Fonds de commerce - Cession, Formation," Fasc. 202, *JurisClasseur Commercial*, 1er octobre 2010, n°4.

l'opération juridique n'est pas celui prévu par le dispositif légal. Ainsi, le droit de préemption des communes ne pourra s'appliquer, non en raison de la nature de la mutation, mais en raison de l'objet de l'opération. En effet, la cession est un transfert de la propriété des parts sociales et non du fonds ou du droit au bail, même si ces derniers constituent l'actif social. Bien plus, la cession d'un fonds ou du droit au bail emporte modification de la personne propriétaire de ce bien ou de ce droit. Or la cession de part ne modifie en rien le propriétaire du fonds ou du droit au bail commercial⁵¹. En effet, le propriétaire est la société, or la cession de parts ne modifie pas la personnalité morale de cette dernière, la société reste donc propriétaire du fonds ou du droit au bail, le changement d'associé de la société n'influe pas sur la personnalité morale⁵². La cession de parts sociales et d'actions n'est donc pas une cession du bail commercial, car les parties au contrat ne changent pas⁵³. Cette conclusion est rejointe par la doctrine⁵⁴ dont Madame Moreno⁵⁵ qui affirme que la vente de parts sociales d'une société intégrant le fonds est exclue de l'application du droit de préemption des communes. Mais elle nuance aussi par la même occasion ce contournement, en rappelant le pouvoir du juge de requalifier le contrat lorsqu'une fraude est constatée. Ainsi, selon elle, la fraude pourrait apparaître comme évidente lorsque la constitution de société intervient concomitamment à la parution du périmètre de préemption, s'en suivant dans un délai bref une cession de parts. La conséquence de telles manœuvres frauduleuses est la nullité de l'opération, qui ayant porté atteinte aux droits des tiers, soit la commune, implique une réparation. Il faut donc rester vigilant dans la mise en œuvre de montages juridiques. Nonobstant, la solution est non seulement envisageable, mais tout à fait réalisable dans la pratique, si bien que le droit de préemption des communes pourrait, à long terme, voir son efficacité mise en péril. En effet, si la preuve de la fraude ne peut résulter que de la concomitance entre la constitution de la société et la parution du périmètre, que dire d'un commerçant ou d'un artisan qui aura « mis en société » son activité depuis longtemps et qui cède cette société et donc ses parts, dont le fonds et même le droit au bail en constituent l'actif ?

⁵¹ Cass. 3^{ème} civ. 12 juin 1996, n°1076, Sté Le Majesty c/ Dorocant : RJDA 11/96, n°1305, p.926.

⁵² DIVO, A., GAUCLERE, B., MAIGNE-GABORIT, F., RIGLET, P., et TIXIER, J.-L., "Baux commerciaux," Francis Lefebvre, 2015-2016, n°9095.

⁵³ DENIZOT, C., "Cession du droit au bail et du fonds de commerce," Dossier 340, *Droit et pratique des baux commerciaux*, Dalloz Action, 2015, n°340-50.

⁵⁴ DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," Dalloz Action, septembre 2011, n°62.586.

⁵⁵ MORENO, D., *Commerce et urbanisme : entre liberté et régulation*, La documentation française, 2008, p. 119.

B) LES OPERATIONS SUR LE PATRIMOINE DU COMMERÇANT ET DE L'ARTISAN

384 – *La gestion des patrimoines* – Toute personne juridique détient un patrimoine. La gestion du patrimoine est un moyen d'attribuer les biens qui le composent à un tiers sans que le transfert de propriété amène à qualifier l'opération d'aliénation. Ainsi, l'administration des biens peut conduire à éluder l'application du droit de préemption commercial et artisanal. Ces techniques juridiques s'appuient sur la notion de patrimoine qui, classiquement, est une universalité. Le patrimoine est donc personnel, unitaire et indivisible ; mais il sera malgré tout scindable et même aujourd'hui affectable. Il s'agira alors d'envisager la propriété des biens comme dissociable par démembrement (1) ou affectable par contrat (2) ou par l'effet de la loi (3).

I. LE DEMEMBREMENT DE PROPRIETE

385 – *Le fonds de commerce ou artisanal géré en usufruit* – Selon l'article 578 du Code civil, «*L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance*». Il peut être «*établi par la loi, ou par la volonté de l'homme*»⁵⁶ et peut porter «*sur toute espèce de biens meubles ou immeubles*»⁵⁷. Dès lors, l'usufruit peut porter sur un fonds de commerce ou artisanal, bien meuble incorporel. Cette opération ne constitue pas un transfert de propriété du fonds, mais un démembrement de la propriété⁵⁸. Les formalités de publicité⁵⁹ liées à la cession du fonds de commerce, ne sont donc pas applicables. Par contre, l'usufruitier étant exploitant du fonds, son inscription au registre du commerce et des sociétés sera nécessaire⁶⁰. L'obligation est la même pour l'artisan qui doit être inscrit au répertoire des métiers. La répartition des droits et obligations entre nu-propiétaire et usufruitier doit être envisagée sous le prisme des règles propres au bien objet du démembrement. Le nu-propiétaire devra permettre l'exploitation paisible, l'article 599 du Code civil dispose que «*le propriétaire ne peut, par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier*». Les droits du nu-propiétaire sur le fonds seront ceux d'un propriétaire, ainsi, il peut disposer du fonds en consentant un nantissement, ou en l'aliénant sans que cela ne modifie les droits de l'usufruitier. L'aliénation se fera alors dans

⁵⁶ Article 579 du Code civil.

⁵⁷ Article 581 du Code civil.

⁵⁸ *Transmission d'entreprise*, Revue Fiduciaire, 4ème éd., 2014, n°3200.

⁵⁹ Article L. 141-12 et L. 141-13 du Code de commerce.

le respect des règles du Code de commerce. Les droits de l'usufruitier s'imposent donc aux créanciers du nu-propiétaire, notamment dans l'hypothèse d'une vente forcée du bien⁶¹. D'un point de vue fiscal, la plus-value professionnelle n'est pas imputable au nu-propiétaire qui n'est pas impliqué dans l'exploitation⁶². À l'inverse son implication, notamment en « société de fait », le rend imposable⁶³. Du côté de l'usufruitier, l'obligation principale est liée au droit né du démembrement. En effet, l'usufruit confère un droit de jouissance sur le bien, or si le bien est un fonds de commerce, son existence est conditionnée à son exploitation pour pérenniser la clientèle. Dès lors, l'obligation principale d'exploitation découle du droit de jouir du fonds de commerce⁶⁴. Concernant les éléments composant le fonds, ils seront entièrement compris dans l'obligation d'exploiter. Ainsi, l'usufruitier prend le fonds en l'état où il se trouve à son entrée en jouissance et conformément à l'inventaire des meubles sujets à usufruit⁶⁵. Dès lors, les marchandises, seront inventoriées, mais en tant que choses consommables, le régime du quasi-usufruit leur est applicable, leur vente par l'usufruitier est possible, l'usufruitier percevant alors les fruits⁶⁶. L'usufruitier n'a donc qu'une obligation de conservation de la substance du fonds, il s'agit pour lui de maintenir l'attractivité du fonds pour pérenniser la clientèle⁶⁷. Cette obligation lie alors l'usufruitier et le nu-propiétaire dans un intérêt commun. En effet, le nu-propiétaire à la propriété du fonds, donc de la clientèle qui est exploitée par l'usufruitier. Leurs intérêts sont communs et une collaboration est alors envisageable dans un but de gestion⁶⁸ ; c'est ainsi que la gestion de fait ou la société de fait sont à craindre dans le cadre d'une requalification de l'opération. Il s'agira alors d'être vigilant dans l'intervention au sein de la gestion usufruitière. La répartition des charges est classique : le nu-propiétaire à la charge des grosses réparations⁶⁹, sans pour autant pouvoir y être

⁶⁰ DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," Dalloz Action, septembre 2011, n°47.52 et 47.53.

⁶¹ *Op. Cit.* n°47.74.

⁶² *Op. Cit.* n°47.75.

⁶³ CE 28 avr. 2006, req. N°278857, Min. c/Cousin et Soulard, Dr. fisc. oct. 2006. Comm. 632, concl. Séners ; JCP N 2007. 1121, note Garçon.

⁶⁴ *Op. Cit.* n°47.61 et 47.62.

⁶⁵ Article 600 du Code civil : MERCADAL, B., "Droit commercial," Francis Lefebvre - Memento Pratique, 15 février 2015.n°30600.

⁶⁶ Article 582 du Code civil : MERCADAL, B., "Droit commercial," Francis Lefebvre - Memento Pratique, 15 février 2015.n°30575.

⁶⁷ *Op. Cit.* n°47.65.

⁶⁸ *Op. Cit.* n°47.61.

⁶⁹ Article 605 du Code civil.

contraint⁷⁰. L'usufruitier est tenu des charges annuelles et de l'entretien courant du fonds dans un but conservatoire⁷¹.

386 – *Le démembrement de propriété exclusif du droit de préemption* – Le droit de préemption s'appliquant au cas d'aliénation à titre onéreux, la question de la définition de « l'aliénation » est alors primordiale, elle déterminera les limites du champ d'application de la préemption⁷². L'aliénation correspond à un transfert de droit de n'importe quelle nature, il s'agit d'un terme générique ouvrant au titulaire du droit de préemption un droit élargi, de telle sorte que le transfert d'un usufruit peut être considéré comme une aliénation⁷³. L'intérêt du débat porte sur la question de l'application du droit de préemption au transfert de la pleine propriété. La Cour de cassation resta pragmatique et restreignit le champ d'application et donc l'approche de la notion « d'aliénation » en se focalisant sur le but de la préemption, à savoir l'acquisition de la propriété du bien. Selon la Cour, « *le droit de préemption tend à permettre au preneur l'accession à la propriété de la terre qu'il exploite, qu'il s'ensuit que, le cas de fraude excepté, la cession d'usufruit d'un fonds ne peut pas donner lieu à préemption au profit du preneur sauf lorsqu'il est déjà nu-propriétaire de ce fonds* »⁷⁴. La loi peut bien sûr prévoir d'inclure la cession des droits démembres dans l'application du droit de préemption⁷⁵. Dès lors, en l'absence de précision légale, le démembrement de propriété n'est pas une aliénation du bien, le droit de préemption n'a pas vocation à s'appliquer. La constitution du démembrement par la scission des attributs du droit de propriété n'emporte pas aliénation, mais le propriétaire d'un fonds de commerce souhaitera surtout céder l'usufruit. Ainsi, le démembrement de propriété peut intervenir avec la cession de l'usufruit à une personne morale ou physique. Il est aussi possible d'envisager le démembrement avec attribution à titre gratuit de l'usufruit à une personne morale qui cèdera le moment venu ses parts sociales. Bien plus, alors que l'apport en société du fonds de commerce est soumis au droit de préemption, puisque considéré comme une aliénation, l'apport en société de l'usufruit du fonds sera exclu de

⁷⁰ MERCADAL, B., "Droit commercial," Francis Lefebvre - Memento Pratique, 15 février 2015. n°30658.

⁷¹ *Op. Cit.* n°30615 et 30620.

⁷² Voir *Supra* n°165.

⁷³ SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit de préemption*, LGDJ, 1979, n°332.

⁷⁴ Cass. Soc. 22 mars 1962, JCP. 1962. II. 12685, note R.L. ; D. 1962. 701, Bull. n° 309 ; Rép. min. n° 113977 : JOAN Q 20 févr. 2007, p. 1773 ; Droit rural n° 352, Avril 2007, alerte 59 Cass. 3ème Civ., 6 nov. 1970, n° 69!12485 : Bull. civ. III, n° 594 ; Cass. 3ème Civ., 6 févr. 1974, n° 72!14595 : Bull. civ. III, n° 66, p. 50 ; Cass. 3ème Civ., 7 févr. 1996, n° 93-19591.

⁷⁵ Article L. 143-1, al. 5 du Code rural et de la pêche maritime : HYEST, E., *Livre blanc des Safer - Comment optimiser la contribution des Safer aux politiques publiques d'aménagement de l'espace rural et périurbain ?*, Juin 2013. Axe 2 – Fiche 3 : Les opérations d'acquisition de foncier en démembrement de propriété.

l'application de la préemption, car l'aliénation ne porte plus sur le fonds de commerce, mais sur son droit de jouissance. Ces hypothèses doivent être prises avec précaution au regard de la qualification de fraude, même si la preuve de l'acte frauduleux devra être rapportée par la commune qui risque, en pratique, de manquer de moyens⁷⁶. La problématique sera un peu plus complexe en ce qui concerne la cession de la nue-propriété. En effet, céder la nue-propriété du fonds de commerce implique de céder l'abusus sur la clientèle, élément principal du fonds. Cet aspect pourrait donner à croire que le droit de préemption peut retrouver application. Mais la préemption de la commune ne trouve application que si l'usufruit cesse au moment de la cession de la nue-propriété ; en effet, cela revient à rendre la pleine propriété à l'acquéreur, il s'agit donc d'une aliénation du fonds de commerce et non de ses droits démembrés. Par contre, la cession de la nue-propriété sans retour à la pleine propriété exclut l'application du droit de préemption en raison de l'absence d'aliénation sur le bien objet de la préemption commerciale et artisanale. De même, l'exclusion du droit de préemption se « poursuit » au moment de l'extinction de l'usufruit. En effet, la fin de l'usufruit n'emportant pas aliénation, la préemption ne peut s'appliquer si l'opération n'est pas celle visée par la loi. Il faut noter que le raisonnement s'applique pleinement au fonds artisanal.

2. L'AFFECTATION DU PATRIMOINE PAR LE CONTRAT DE FIDUCIE

387 – *La théorie de l'affectation du patrimoine* – Le droit français ne connaissait qu'une seule théorie du patrimoine, la théorie dite « classique » et développée par Messieurs Aubry et Rau. Dès 2003⁷⁷, un assouplissement est apparu, en permettant aux personnes physiques exerçant une activité commerciale, artisanale, agricole ou libérale, de déclarer leur résidence principale comme insaisissable, faisant « échapper » du patrimoine ce bien. L'introduction au Code civil du contrat de fiducie marque l'acceptation de la théorie du patrimoine d'affectation en droit français. En effet, le transfert temporaire du bien entre les mains d'un tiers ayant un patrimoine distinct n'est permis que par cette théorie.

388 – *La fiducie, définition* – En droit français le patrimoine est envisagé de façon unitaire et indivisible. Cette conception classique du patrimoine a été dégagée par

⁷⁶ Cass. 3ème civ., 19 nov. 2008, n° 07-16476.

⁷⁷ Loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique, JORF n°179 du 5 août 2003 page 13449.

Messieurs Aubry et Rau⁷⁸ selon lesquels « *le patrimoine est un ensemble de biens d'une personne, envisagé comme formant une universalité de droit* ». Le patrimoine se définit donc comme une masse dans laquelle l'actif et le passif ne peuvent être dissociés. Mais à l'inverse, la conception allemande du patrimoine permet pour une même personne, physique ou morale, de faire coexister plusieurs patrimoines distincts. Il s'agit du patrimoine d'affectation. La fiducie est une opération juridique qui permet l'affectation d'un bien ou d'un droit dans un patrimoine distinct⁷⁹. Selon l'article 2011 du Code civil « *la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ». L'opération consiste en un transfert temporaire de propriété entre les mains d'un tiers qui constitue un patrimoine aux intérêts distincts. Trois éléments composent le contrat de fiducie, un transfert de propriété, la détermination de la finalité de l'opération par le contrat et la création d'un patrimoine d'affectation⁸⁰. La fiducie se distingue du trust, non seulement par son mécanisme, mais aussi en raison de la non-intégration à notre système juridique du trust. Le trust consiste en une dissociation du droit de propriété. La société est aussi une notion distincte de la fiducie, si dans les deux cas il s'agit fondamentalement de contrats permettant d'organiser un patrimoine, la société est dotée de la personnalité morale, la fiducie est un contrat, sans existence juridique autonome⁸¹. La finalité du contrat peut concerner soit une opération de gestion, soit de garantie, soit d'une aliénation à titre onéreux⁸².

389 – *La fiducie sur les fonds et le droit au bail* – L'objet de la fiducie peut être de nature très différente. Il peut s'agir d'un droit, d'une sûreté ou d'un bien. La fiducie sur des droits implique qu'ils soient réels, mais ils peuvent être accessoires tels qu'une sûreté ou principaux comme la propriété ou l'usufruit. La fiducie sur les sûretés permet d'effectuer des opérations sur des sûretés réelles ou personnelles. Enfin, les biens objet de la fiducie peuvent être immeuble ou meuble, corporels ou incorporels de telle sorte que la fiducie sur le fonds de commerce, bien meuble incorporel, ou le droit au bail, droit de créance, est possible. La fiducie sur le fonds de commerce se distingue de la cession du

⁷⁸ AUBRY, C., et RAU, C., *Cours de droit civil français*, Marchal et Billard (Paris), 5ème éd., 1917.

⁷⁹ HINFRAY, A., "La fiducie et le bail commercial en droit français," *AJDI*, 2012, p.85.

⁸⁰ GOUTHIERE, B., PRICEWATERHOUSECOOPERS, LOPATER, C., et BLANDIN, A.-L., *La fiducie - mode d'emploi*, Francis Lefebvre - dossiers pratiques, 2ème éd., 2009, n°100.

⁸¹ *Op. Cit.* n°140 et 145.

⁸² *Op. Cit.* n° 300 à 430.

fonds de telle sorte que les dispositions du Code de commerce sur la cession ne sont pas applicables⁸³. Il n'y aura donc pas l'obligation de préciser la composition du fonds dans le contrat de fiducie⁸⁴. Ce contrat peut avoir un certain intérêt par rapport à la mise en location-gérance du fonds. En effet, le loueur doit avoir exploité son fonds pendant au moins 2 ans avant de le mettre en location-gérance. La fiducie, à l'inverse, n'impose aucun délai. Le contrat de fiducie est, de plus, librement défini par les parties permettant d'organiser la gestion du fonds par le fiduciaire avec soit des pouvoirs étendus, soit même, des pouvoirs plus restreints⁸⁵. La fiducie sur le bail commercial est possible. Mais le mécanisme devient sur ce sujet plus complexe. En effet, le constituant peut-être le bailleur comme le preneur modifiant la finalité de l'opération. Si le constituant est le preneur et que la fiducie porte sur le droit au bail commercial, en raison de la qualité non commerçante du fiduciaire défini par la loi⁸⁶, le statut des baux commerciaux sera perdu⁸⁷. Le fiduciaire pourra aussi être bailleur ou preneur, et le bénéficiaire peut être le constituant, le fiduciaire ou un tiers. Mais le bail lui-même peut par des dispositions spéciales écarter une telle opération, car étant légalement exclues de la qualification de cession, les stipulations contractuelles particulières ne sont pas impactées par la sanction⁸⁸ de l'article L.145-16 du Code de commerce⁸⁹.

390 – *L'impact du régime de la préemption sur l'opération fiduciaire* –

L'opération fiduciaire est donc un transfert temporaire de patrimoine. L'application du droit de préemption interroge donc. Pour qu'il y ait préemption, il faut une aliénation à titre onéreux, soit un transfert de patrimoine avec contrepartie de n'importe quelle nature que ce soit, et que le bien visé par l'aliénation soit un fonds de commerce, fonds artisanal ou le droit au bail commercial. La fiducie sûreté, gestion ou transmission implique une aliénation

⁸³ Article 2018-1 du Code civil.

⁸⁴ DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," Dalloz Action, septembre 2011, n°62.588 ; GOUTHIERE, B., PRICEWATERHOUSECOOPERS, LOPATER, C., et BLANDIN, A.-L., *La fiducie - mode d'emploi*, Francis Lefebvre - dossiers pratiques, 2ème éd., 2009, n°160.

⁸⁵ GOUTHIERE, B., PRICEWATERHOUSECOOPERS, LOPATER, C., et BLANDIN, A.-L., *La fiducie - mode d'emploi*, Francis Lefebvre - dossiers pratiques, 2ème éd., 2009, n°4702 ; REYGROBELLET, A., "Location-gérance du fonds de commerce," Dossier 792, *Droit et pratique des baux commerciaux*, Dalloz, 2010, n°792.425.

⁸⁶ Article 2015 du Code civil : « Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés au I de l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même Code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même Code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du Code des assurances. Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire. »

⁸⁷ HINFRAY, A., "La fiducie et le bail commercial en droit français," *AJDI*, 2012, p.85.

⁸⁸ Réforme de l'article L.145-16 du Code de commerce : les clauses sont réputées non écrites depuis la loi du 18 juin 2014.

⁸⁹ *Ibid.*

à titre onéreux. Le mécanisme fiduciaire ne devrait pas empêcher le jeu de la préemption commerciale et artisanale, mais il le reporte dans le temps. En effet, le transfert de propriété n'intervient qu'à la fin du contrat de fiducie entre les mains du bénéficiaire. Pendant un certain temps, le fiduciaire a la propriété temporaire du bien qu'il gère ou qu'il garde au titre d'une sûreté. Mais la difficulté de la fiducie repose sur l'incertitude quant à l'issu du transfert de propriété. En effet, le constituant peut être le bénéficiaire de la fiducie ; de même dans le cadre d'une fiducie sûreté, le constituant recouvre la propriété du bien s'il s'affranchit de ses dettes, de telle sorte que l'aliénation n'intervient pas, excluant dès lors l'application du droit de préemption⁹⁰. Mais si l'aliénation à titre onéreux intervient, la DIA devra être complétée et transmise à ce moment-là, la purge du droit de préemption retardant l'effet de la fiducie⁹¹. Il est vrai qu'une telle hypothèse ramène à considérer la fiducie dans une logique plus traditionnelle et éloigne du raisonnement l'intérêt présenté par ce contrat, à savoir la gestion d'un patrimoine. Ainsi, d'aucuns rappellent que le but de la fiducie et l'objectif de la préemption commerciale et artisanale sont trop distants, empêchant l'application du droit de préemption⁹². Mais la procédure de préemption est d'application stricte, si le bien et l'opération sur le bien rentrent dans le champ d'intervention de la commune, elle aura vocation à s'appliquer, même si la commune sera libre dans son choix d'acquisition. Pour autant, une hypothèse de contournement subsiste. En effet, si la fiducie procède bien à une aliénation à titre onéreux il faut que l'opération porte sur les biens commerciaux ou artisanaux. Ainsi, s'il s'avérait que la fiducie ne porte pas sur le fonds, meuble incorporel, mais sur le droit, sur le fonds, tel que l'usufruit du fonds de commerce, alors le droit de préemption n'aura pas vocation à s'appliquer.

3. L'AFFECTATION DU PATRIMOINE PAR LA LOI : L'ENTREPRISE INDIVIDUELLE A RESPONSABILITE LIMITEE

391 – *L'exploitation en entreprise individuelle, l'affectation du patrimoine sans transfert de patrimoine* – L'entreprise individuelle à responsabilité limitée n'est pas une structure d'entreprise dotée de la personnalité morale⁹³. Il s'agit de la scission du

⁹⁰ DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," Dalloz Action, septembre 2011.n°62.588.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² HINFRAY, A., "La fiducie et le bail commercial en droit français," *AJDI*, 2012, p.85.

⁹³ THOMAT-RAYNAUD, A.-L., "L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : naissance d'une nouvelle catégorie de personne physique ? - (Entrée en vigueur de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010, décret 2010-1706 du 29 décembre 2010, arrêté du 29 décembre 2010)," *Droit de la famille*, n°5, Mai 2011, Étude 15, n°11.

patrimoine d'un entrepreneur individuel⁹⁴. Instaurée par la loi du 15 juin 2010⁹⁵, l'EIRL permet à une personne physique ayant une activité individuelle d'affecter des biens déterminés, servant à l'activité, à un patrimoine propre à l'entreprise et distinct du sien⁹⁶. Plusieurs aspects composent donc l'EIRL : une personne physique, une activité professionnelle indépendante, et un patrimoine déterminés⁹⁷. Seule une personne physique peut constituer un patrimoine d'affectation par le biais de l'EIRL. Ainsi, les personnes morales sont exclues du mécanisme. En effet, l'article L. 526-6 du Code de commerce réserve le statut d'EIRL à « *tout entrepreneur individuel* »⁹⁸. L'activité professionnelle est une condition qui résulte de la loi. Mais le terme « *d'indépendant* » n'est pas précisé, peut-être en raison du pléonasme qu'il y aurait entre « *entrepreneur individuel* » et « *indépendant* ». Pour autant, la notion d'activité professionnelle indépendante est autonome notamment au regard de la jurisprudence du droit des entreprises en difficulté⁹⁹. Il s'agit donc de toutes activités professionnelles, commerciales, artisanales ou libérales¹⁰⁰. Le patrimoine doit enfin être affecté. La loi procède par énumération afin de déterminer la composition du patrimoine affecté. Ainsi, le patrimoine sera composé de « *l'ensemble des biens, droits et obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle* »¹⁰¹. Le critère est donc celui de la

⁹⁴ POULET, O., LESAGE, G., et ROUSSEL GALLE, P., "Le nouveau statut de l'EIRL," n° 324-1, *Dictionnaire permanent - Difficultés des entreprises*, Éditions Législatives, Mars 2011.

⁹⁵ Loi n°2010-658, 15 juin 2010 : JO, 16 juin.

⁹⁶ MERCADAL, B., "Droit commercial," Francis Lefebvre - Memento Pratique, 15 février 2015, n°2130. MOUSSERON, P., et CHATAIN-AUTAJON, L., *Droit des sociétés*, Lextenso, 2013, n°43.

⁹⁷ LABEL, C., "Entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)," Fasc. 80, *JurisClasseur Commercial*, LexisNexis, 16 mars 2015, n°13 à 16.

⁹⁸ THOMAT-RAYNAUD, A.-L., "L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : naissance d'une nouvelle catégorie de personne physique ? - (Entrée en vigueur de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010, décret 2010-1706 du 29 décembre 2010, arrêté du 29 décembre 2010)," *Droit de la famille*, n°5, Mai 2011, Étude 15, n°5 à 9.

⁹⁹ Cass. com., 12 nov. 2008 : JurisData n° 2008-045801 ; Bull. civ. 2008, IV, n° 191 ; Act. proc. coll. 2008, comm. 310, obs. C. Regnault-Moutier ; JCP E 2009, 1023, note Ch. Lebel et avis R. Bonhomme ; Dr. sociétés 2009, comm. 15, note J.P. Legros ; Rev. sociétés 2009, p. 607, note Ph. Roussel Galle ; Bull. Joly 2009, p. 278, note P.M. Le Corre ; Defrénois 2009, p. 1397, note D. Gibirila ; Dr. et patrimoine sept. 2009, p. 106, obs. M.H. Monsérié-Bon ; Rev. Lamy dr. aff. 2009, n° 34, p. 19, obs. J.-L. Vallens. – Cass. 2e civ, 21 janv. 2010 : JurisData n° 2010-051170 ; JCP E 2010, 1296, n° 2, obs. Ph. Pétel et 1357, note Ch. Lebel ; Rev. proc. coll. 2010, comm. 38, note Gjidara-Decaix, CA Paris, 6 juill. 2010 : JurisData n° 2010-014283 ; D. 2010, p. 2222, obs. A. Lienhard ; Rev. sociétés 2010, p. 534, note Ph. Roussel Galle

¹⁰⁰ SAINTOURENS, B., "L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée," *Revue des Sociétés*, Septembre 2010, Étude, p. 351.

¹⁰¹ Article L. 526-6 al.2 du Code de commerce.

nécessité pour l'exercice de l'activité professionnelle¹⁰². Dès lors, l'affectation d'un fonds artisanal ou commercial ou du droit au bail commercial est possible¹⁰³.

392 – *L'impact de l'EIRL sur le régime du bail et du fonds affecté* –

L'affectation des biens nécessaires à l'activité de l'entrepreneur individuel procède à une scission du patrimoine sans transfert de propriété. En effet, le propriétaire du bien, droit ou obligation reste le même, seul le rapport au passif du patrimoine est modifié¹⁰⁴. Dès lors, en ce qui concerne le bail commercial, aucune difficulté ne semble se révéler, le preneur et le bailleur restant parties au contrat, le statut reste applicable¹⁰⁵. Pour autant, le caractère contractuel du bail, ainsi que le rapport d'obligations qui s'induit, peuvent mettre en évidence des contrariétés dans l'application des régimes¹⁰⁶. L'affectation du droit au bail peut rencontrer une difficulté en fonction de la date à laquelle l'affectation intervient. En effet, si le bail est affecté en cours d'exploitation, après la première affectation, il faudra « actualiser » la composition du patrimoine de l'EIRL. Deux procédures sont prévues par la loi : soit le bien est un actif d'une valeur déclarée supérieure au seuil fixé par le décret du 29 décembre 2010 de 30 000 euros et le bien fera alors l'objet d'une déclaration complémentaire¹⁰⁷ ; soit le bien a une valeur inférieure et la date de l'affectation du bien sera établie au moment de l'actualisation de la composition de la valeur du patrimoine lors du dépôt des comptes annuels¹⁰⁸. Si le bail a une valeur inférieure à 30 000 euros, l'entrée dans le patrimoine de l'EIRL est retardée, le rapport d'obligation est alors modifié. Monsieur Planckeel relève cette difficulté en mettant en relief l'impact de l'application des règles de gestion de l'EIRL. Ainsi, selon lui, « si l'on combine ce texte [article L. 526-12] avec les articles L. 526-6 et L. 526-14, il en résulte que le bailleur n'a aucun droit de gage général jusqu'au dépôt des comptes ! En réalité, on voit poindre ici une contradiction

¹⁰² DUBUISSON, É., "Entreprise - entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)," Fasc. 952-1, *Notarial Formulaire*, LexisNexis, 1er mars 2011, n°27 à 31 ; THOMAT-RAYNAUD, A.-L., "L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : naissance d'une nouvelle catégorie de personne physique ? - (Entrée en vigueur de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010, décret 2010-1706 du 29 décembre 2010, arrêté du 29 décembre 2010)," *Droit de la famille*, n°5, Mai 2011, Étude 15, n°15 et 16.

¹⁰³ POULET, O., LESAGE, G., et ROUSSEL GALLE, P., "Le nouveau statut de l'EIRL," n° 324-1, *Dictionnaire permanent - Difficultés des entreprises*, Éditions Législatives, Mars 2011.

¹⁰⁴ THOMAT-RAYNAUD, A.-L., "L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : naissance d'une nouvelle catégorie de personne physique ? - (Entrée en vigueur de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010, décret 2010-1706 du 29 décembre 2010, arrêté du 29 décembre 2010)," *Droit de la famille*, n°5, Mai 2011, Étude 15, n°13, 23 et 26.

¹⁰⁵ PLANCKEEL, F., "COLLOQUE L'entreprise individuelle, commerciale et artisanale, dans tous ses états Vendredi 3 décembre 2010 Faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy - Quelles conséquences pour le bail commercial ?," *Lamy droit des affaires*, n°57, Février 2011.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Article L. 526-10 du Code de commerce.

fondamentale entre l'article L. 526-6, qui lie le sort du passif à son affectation, et l'article L. 526-12, qui énonce le critère purement objectif de la naissance des droits du créancier à l'occasion de l'activité professionnelle. Ce second critère mériterait d'être seul retenu, car le débiteur ne devrait pas pouvoir paralyser l'effectivité des droits de son bailleur ». De même, l'entrée dans le patrimoine de l'EIRL a un impact sur l'ensemble des droits du preneur (droit de propriété commercial, droit au renouvellement, droit au maintien dans les lieux) et sur son actif lié au bail (indemnité d'éviction, prix de cession). Ainsi, la naissance du patrimoine d'affectation doit être datée, car elle conditionne les droits des créanciers. Il y a donc une publicité de la déclaration de l'affectation soit au registre de publicité légal auquel est déjà immatriculé le déclarant, soit au registre propre à l'EIRL rattaché au greffe du Tribunal de commerce¹⁰⁹. Or, l'affectation doit intervenir dans le cadre d'une activité professionnelle existante, de telle sorte que le fonds de commerce ou le fonds artisanal, composés de la clientèle, préexistera à l'EIRL. La question des créances nées antérieurement à l'affectation du patrimoine et liées au fonds affecté se pose. L'article L. 526-12 prévoit une opposabilité de l'affectation de plein droit des créances nées postérieurement à la déclaration publiée, et une opposabilité conditionnée pour les créances antérieures¹¹⁰. Ainsi, les créances antérieures doivent être identifiées précisément dans la déclaration et les créanciers « personnellement »¹¹¹ informés de l'affectation par lettre recommandée avec accusé de réception¹¹². Les créanciers antérieurs ont alors la possibilité de faire opposition¹¹³ à l'affectation dans un délai d'un mois « à compter de la date de première présentation de l'information individuelle prévue à l'article R. 526-8 »¹¹⁴.

393 – La transmission à titre onéreux du patrimoine affecté – La difficulté qui résulte de la transmission du patrimoine affecté est le maintien de l'affectation¹¹⁵. Il y a désaffectation du patrimoine lors d'une cession si le cessionnaire est une personne

¹⁰⁸ Article L. 526-14 du Code de commerce.

¹⁰⁹ Article L. 562-7 du Code de commerce.

¹¹⁰ REYGROBELLET, A., "Le sort du fonds de commerce et du fonds artisanal dans le contexte juridique modifié - COLLOQUE L'entreprise individuelle, commerciale et artisanale, dans tous ses états Vendredi 3 décembre 2010 Faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy," *Lamy droit des affaires*, n°57, 2011.

¹¹¹ Cons. const., déc. N° 2010-607 DC, 10 juin 2010, JO 16 juin.

¹¹² Article D. 526-9 du Code de commerce.

¹¹³ Article L. 526-12 du Code de commerce.

¹¹⁴ Article R. 526-10 du Code de commerce.

¹¹⁵ DUBUISSON, É., "Entreprise - entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)," Fasc. 952-1, *Notarial Formulaire*, LexisNexis, 1er mars 2011.n°62 et s ; LEBEL, C., "Entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)," Fasc. 80, *JurisClasseur Commercial*, LexisNexis, 16 mars 2015.n°54 et s.

morale¹¹⁶. Mais la loi prévoit le principe du maintien de l'affectation en cas de cession à une personne physique¹¹⁷. La transmission à titre onéreux du patrimoine affecté est très formaliste dans un souci de préservation des droits des créanciers¹¹⁸. Le cédant devra procéder à une déclaration du transfert au registre avec un état descriptif des biens, droits et obligations ou sûretés du patrimoine affecté¹¹⁹. Si le patrimoine affecté est transmis à une personne morale, et que le fonds de commerce est ainsi transmis, les articles L.141-1 à L.141-22 du Code de commerce ne sont pas applicables. La personne morale devient débiteur des créances mentionnées à la déclaration d'affectation sans novation¹²⁰.

394 – *Le rapport entre l'exercice du droit de préemption et EIRL* – L'affectation du patrimoine composé d'un fonds ou d'un bail commercial n'est pas une aliénation. En effet, le propriétaire du bien reste le même, il n'y a donc pas de transfert de propriété. De même, l'aspect onéreux n'existe alors pas au moment de la constitution d'une EIRL puisque l'affectation de patrimoine est sans contrepartie. L'absence d'opération déclencheur de la préemption permet alors au commerçant ou à l'artisan de gérer son patrimoine en évitant la préemption¹²¹. Mais il ne s'agit pas d'une transmission, or l'artisan ou le commerçant pourraient vouloir céder son patrimoine d'affectation composé notamment du fonds et/ou du bail, la question de l'application du droit de préemption se pose alors donc. La difficulté est importante en terme d'analyse. En effet, si la cession du patrimoine de l'EIRL est bien une aliénation à titre onéreux, entrant dans le champ d'application de la préemption communale, le bien objet de l'opération d'aliénation n'est pas uniquement celui que le droit de préemption vise. Le patrimoine affecté et pouvant être cédé est composé d'une pluralité de « biens », des droits, des obligations et des sûretés, de telle sorte que l'opération visant à céder le patrimoine d'affectation n'est pas une aliénation uniquement d'un fonds de commerce ou artisanal ou d'un droit au bail commercial, mais il s'agit de la cession d'une « entreprise » avec son passif et son actif. Ainsi, le droit de préemption n'aura pas vocation à s'appliquer si l'artisan ou le commerçant cède un patrimoine constitué d'un actif et d'un passif, car il ne s'agit pas d'un bien préemptable¹²². Pour autant, si le patrimoine affecté n'est composé que d'un fonds de commerce ou d'un

¹¹⁶ DUBUISSON, É., "EIRL et particularités de transmission - COLLOQUE Le patrimoine de l'entrepreneur individuel : un régime juridique en mutation," *Lamy droit des affaires*, n°50, 2010.

¹¹⁷ Article L. 526-17, II du Code de commerce.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Article L. 526-17 du Code de commerce.

¹²⁰ Article L. 526-17 du Code de commerce.

¹²¹ DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," *Dalloz Action*, septembre 2011, n°62.589.

¹²² Contraire : *Ibid.*

bail commercial, sa cession devra faire l'objet d'une DIA, la commune pouvant alors devenir propriétaire. Mais les règles spécifiques de déclaration de transfert de patrimoine et d'information des créanciers propres à l'EIRL devront alors s'appliquer en plus des règles du droit de l'urbanisme. La situation ne manquera pas d'être « administrativement » compliquée, car même si l'aliénation à titre onéreux de l'EIRL composée uniquement d'un fonds ou d'un bail entre dans le champ d'application du droit de préemption, l'opération porte sur un patrimoine composé de biens, mais non sur le bien en lui-même. Aussi, la rigueur de l'analyse juridique devrait amener à considérer que la préemption ne peut s'appliquer quel que soit le contenu du patrimoine puisque la cession n'est pas celle du bien visé par la préemption. Il faut malgré tout rappeler que « *fraus omnia corrumpit* », la fraude corrompt tout, de telle sorte que la preuve par la commune de la fraude à l'application du droit de préemption, par la technique de l'EIRL, entachera de nullité la cession du patrimoine d'affectation.

PARAGRAPHE 2 : LE CONTOURNEMENT DE L'APPLICATION DU DROIT DE PREEMPTION PAR LE RECOURS AUX CONTRATS DE « COOPERATION »

395 – *Le contrat au service de l'exploitation de l'entreprise* – La mise en valeur des biens commerciaux et artisanaux par leur exploitation est rendue possible par la technique contractuelle, qui comme le souligne Monsieur Ferrier, « *peut constituer un instrument de libération également dans les relations avec les pouvoirs publics* »¹²³. Ainsi, l'archétype de ces contrats d'exploitation est le bail, on envisage bien souvent à ce propos la location-gérance (A). Mais ce contrat présente certains inconvénients. En effet, l'exploitation implique d'en assumer les risques. Dès lors, les acteurs de l'économie ont tenté d'adapter à leurs objectifs la technique juridique. Se fondant sur le principe de liberté contractuelle, et en raison des nouveaux modes de distribution, il a été possible de créer des conventions de « gestion » ou de « gérance ». Deux contrats sont apparus, le premier, le contrat de gestion d'entreprise permet d'exploiter une entreprise ou une unité économique (B), le second, le contrat de gérance-mandat, récemment introduit dans notre corps législatif, permet d'assurer sans risque la gérance d'un fonds de commerce ou artisanal (C).

A) LA LOCATION-GERANCE

¹²³ FERRIER, D., "Rapport de synthèse," *Entreprise et liberté : Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales de Montpellier*, Dalloz, 2008.

396 – *La gestion du fonds en gérance libre* – La location-gérance est le contrat par lequel le propriétaire d'un fonds de commerce ou artisanal loue ce dernier à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls¹²⁴. Ce contrat ne va pas permettre, le transfert du fonds, c'est donc un contrat de gestion de l'activité commerciale ou artisanale par la mise en gérance¹²⁵. Ainsi, la location-gérance joue un rôle important dans la pratique des affaires, et notamment dans le circuit de la distribution. De même, ce contrat sert de préalable à la cession d'un fonds de commerce ou à l'apport en société du fonds de commerce, car il s'agit d'une dissociation temporaire entre le propriétaire du fonds et l'exploitation du fonds. La définition de cette notion appelle plusieurs remarques. Tout d'abord, ce contrat constitue une location¹²⁶, il y aura donc versement d'un loyer ou dans ce cas « redevance ». Cette nature contractuelle a fait débat en doctrine. Certains auteurs¹²⁷ ont longtemps affirmé qu'en l'absence de dispositions spécifiques, les règles du contrat de louage des articles 1719 à 1751 du Code civil devaient s'appliquer à la location-gérance. Cette affirmation est ainsi fondée sur une jurisprudence selon laquelle les règles générales applicables au louage de biens immeubles le sont également au louage de biens meubles autant qu'elles sont compatibles avec la nature des choses¹²⁸. Cependant la jurisprudence ayant évolué, il a été considéré qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer l'article 1731 du Code civil à la location-gérance¹²⁹, de même pour les articles 1722 et 1733 du Code civil relatifs aux baux des maisons et ruraux¹³⁰. Dès lors, la location-gérance sera régie par les dispositions d'ordre public des articles L. 144-1 s. du Code de commerce. Ensuite, l'objet du contrat est un fonds, compris dans sa conception classique, c'est-à-dire correspondant au support d'une clientèle. Ainsi s'opère une distinction entre la location-gérance et le bail commercial, le bail porte sur le local dans sa conception d'immeuble, la location-gérance correspond à l'exploitation du fonds et donc au maintien de l'activité soit de la clientèle. La location-gérance peut aussi porter sur un établissement artisanal. Dès lors, les règles seront les mêmes que pour un fonds de commerce et l'objet du contrat sera l'exploitation du fonds

¹²⁴ Article L. 144-1 du Code de commerce : MERCADAL, B., "Droit commercial," Francis Lefevre - Memento Pratique, 15 février 2015.

¹²⁵ BLATTER, J.-P., *Traité des baux commerciaux*, Le Moniteur, 5ème éd., p.52.

¹²⁶ LEBEL, C., "Location-gérance - Généralités, conclusion du contrat," Fasc. 1440, *JurisClasseur Contrats - Distribution*, LexisNexis, 31 juillet 2008, n° 9 à 16.

¹²⁷ COHEN, A., *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, Sirey, 2ème éd., 1948, n°1007 et s, CENDRIER, G.; *Le fonds de commerce, Traité général théorique et pratique avec formulaires*, Dalloz, 6ème éd., 1934, n°630 ; ROBINAUT, M., *La location-gérance de fonds de commerce*, Dalloz, 1953, p. 167 et s ; PLANIOL, M., et RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français - Vol. 10 par Hamel J. , Givrod F., Tunc A. : Contrats civils*, LGDJ 1952, n°722 et s.

¹²⁸ Cass. civ., 16 août 1882 : DP 1883, 1, p. 213, ; Cass. civ., 22 juillet 1968 : D. 1968, jurispr. p. 622.

¹²⁹ Cass. com., 11 juin 1979 : Bull. civ. 1979, IV, n° 192.

¹³⁰ Cass. com., 16 juillet 1980 : Bull. civ. 1980, IV, n° 294.

artisanal, seule la nature commerciale de l'acte pourra être modifiée. En effet, la location-gérance d'un fonds artisanal non immatriculé au RCS sera de nature civile et donc de la compétence du Tribunal de grande instance¹³¹. Enfin, concernant la notion de risque visée par l'article L.144-1 du Code de commerce, il s'agira d'un critère central de distinction avec d'autres régimes juridiques. En effet, la location-gérance n'est pas un mandat, n'y même un contrat de travail. Le bénéficiaire de la location-gérance devient gérant du fonds et devra en supporter les risques, en contrepartie de quoi il sera libre dans la gestion, le propriétaire du fonds mis en location-gérance s'interdisant toute immixtion dans la gestion, d'où le fait que la location-gérance soit souvent qualifiée de « gérance libre »¹³².

397 – Les effets du contrat de location-gérance et le droit de préemption –

L'effet de la location-gérance sur le bail commercial est spécifique. En effet, le statut des baux commerciaux n'aura pas vocation à s'appliquer entre le propriétaire du fonds mis en location-gérance et le gérant. Le statut ne s'appliquera qu'entre le propriétaire du fonds loué et le bailleur. Cela se justifie par le principe fondamental selon lequel la loi sur la propriété commerciale est destinée à la protection de la propriété du fonds de commerce et suppose donc la qualité de propriétaire du fonds, ce que n'est pas le locataire-gérant, simple détenteur précaire¹³³. Ainsi, le locataire-gérant n'a pas qualité pour demander le renouvellement du bail des locaux servant à l'exploitation du fonds¹³⁴. Or, le droit de préemption des communes a pour champ d'application les baux commerciaux qui n'interviennent pas dans le cadre de la location-gérance. Mais fonder un raisonnement sur cet aspect serait lacunaire, car le contrat de location-gérance touche bien évidemment à l'objet du droit de préemption des communes puisqu'il porte sur un fonds de commerce ou artisanal. L'exclusion de l'application du droit de préemption des communes en cas de location-gérance se fonde sur l'opération même. En effet, le droit de préemption des communes concerne les aliénations à titre onéreux impliquant un transfert de propriété. Or, l'opération contractuelle de location-gérance n'entraîne pas transmission du fonds de telle sorte qu'il n'y aura pas application du droit de préemption des communes en l'absence d'aliénation.

¹³¹ LEBEL, C., "Location-gérance - Généralités, conclusion du contrat," Fasc. 1440, *JurisClasseur Contrats - Distribution*, LexisNexis, 31 juillet 2008, n°29.

¹³² DIVO, A., GAUCLERE, B., MAIGNE-GABORIT, F., RIGLET, P., et TIXIER, J.-L., "Baux commerciaux," Francis Lefebvre, 2015-2016, n°240.

¹³³ LEBEL, C., "Location-gérance - Effets, Cession du contrat," Fasc. 1445, *JurisClasseur Contrats, Distribution*, LexisNexis, 1er mars 2013, n°71 et 72.

¹³⁴ Jurisprudence constante depuis 1931 : Cass. Req. 22 juillet 1931 : DH 1931, p. 507.

B) LE CONTRAT DE GESTION D'ENTREPRISE

398 – *Le contrat de gestion d'entreprise* – Le contrat de gestion d'entreprise est né de la pratique des affaires il y a une trentaine d'années. Ce contrat n'est pas défini par la loi. Dès lors, pour la doctrine, il s'agit d'un contrat par lequel « *une société propriétaire d'un ensemble économique en confie la gestion à une société spécialisée tout en continuant à assumer les risques attachés à l'exploitation* »¹³⁵. Le contrat de gestion d'entreprise est fréquemment utilisé dans le domaine de l'hôtellerie, mais le mécanisme se développe aussi dans le secteur de la restauration, ainsi que dans le domaine de l'industrie de pointe. Il s'agit aussi d'un atout pour le secteur de la grande distribution, car ce contrat peut tout aussi bien être combiné avec un contrat de franchise¹³⁶. De façon générale, le contrat s'envisage de la façon suivante : « *le gestionnaire prend en charge l'exploitation d'une entreprise ou d'une unité économique que lui confie son propriétaire ; il va en assurer totalement l'exploitation pour le compte de celui-ci, en accomplissant de façon indépendante un ensemble d'actes matériels et juridiques. Totalement dessaisie de la charge de l'exploitation, la société propriétaire conserve néanmoins les risques de l'exploitation* »¹³⁷. Le contrat de gestion d'entreprise peut donc être qualifié de contrat d'entreprise¹³⁸. En effet, le Code civil présente le contrat d'entreprise comme étant le contrat par lequel une personne s'engage, moyennant rémunération, à accomplir pour une autre un travail de façon indépendante¹³⁹. Or la finalité du contrat de gestion d'entreprise est bien l'accomplissement d'un travail de manière indépendante, caractérisé par la gestion de l'entreprise qui correspond à un service d'exploitation ou de valorisation. Le gestionnaire met en œuvre ce service pour le compte du géré. Mais l'exploitation ou la valorisation nécessitent que le gestionnaire ait l'initiative des décisions¹⁴⁰.

399 – *La distinction avec d'autres contrats* – Il faut envisager alors la comparaison entre le contrat de gestion d'entreprise et le contrat de location-gérance¹⁴¹. Ces

¹³⁵ COZIAN, M., VIANDIER, A., et DEBOISSY, F., *Droit des sociétés*, LexisNexis, 28ème éd., 2015, n°1598 ; CUIF, P.-F., "Contrat de gestion d'entreprise et contrat de gérance-mandat," Fasc. 1425, *JurisClasseur Contrats, distribution*, LexisNexis, 1er Mars 2006, n°2 ; TORBEY, K., *Les contrats de franchises et de management à l'épreuve du droit des sociétés : étude de droit français et de droit libanais*, préf. Ph. Merle, LGDJ, coll. Bibl. droit privé, janvier 2003, n°31.

¹³⁶ CUIF, P.-F., "Contrat de gestion d'entreprise et contrat de gérance-mandat," Fasc. 1425, *JurisClasseur Contrats, distribution*, LexisNexis, 1er Mars 2006, n°3.

¹³⁷ *Op. Cit.* n°4.

¹³⁸ *Op. Cit.* n°13.

¹³⁹ Article 1792 et s. du Code civil.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *Op. Cit.* n°7 et 8.

deux contrats sont différenciables, mais lorsque le contrat de gestion d'entreprise porte sur un fonds de commerce qui préexistait, les différences s'atténuent. Ainsi, la distinction se rattache aux stipulations contractuelles de ces contrats. Si le contrat porte sur le service de gestion, il s'agira d'un contrat de gestion d'entreprise et s'il porte sur un droit d'exploitation exercé pour son propre compte, il s'agira de la location-gérance. Le contrat de gestion d'entreprise se distingue aussi du contrat de franchise¹⁴². Bien souvent, dans la pratique, le contrat de gestion d'entreprise contient des stipulations qui relèvent de la franchise, voire que les deux contrats peuvent être combinés. Le contrat de franchise peut être défini comme étant « le contrat en vertu duquel une personne nommée franchiseur s'engage à communiquer un savoir-faire à une autre personne nommée le franchisé, et à le faire jouir de sa marque et éventuellement à le fournir en marchandises, le franchisé s'engageant, en retour, à exploiter le savoir-faire, à utiliser la marque et, éventuellement, à s'approvisionner auprès du fournisseur »¹⁴³. Il s'agira de la réunion de trois éléments : la transmission des signes distinctifs, la communication d'un savoir-faire, et l'assistance technique ou commerciale¹⁴⁴. La franchise et le contrat de gestion d'entreprise ont en commun l'utilisation d'un savoir-faire mis en œuvre de façon totalement indépendante, afin de valoriser le fonds. Mais en réalité, ces contrats s'opposent. Le gestionnaire exploite pour le compte du propriétaire du fonds, une fois sa mission achevée il se dessaisira du fonds. Le franchisé, quant à lui, exploite pour son propre compte le fonds dont il a vocation à devenir propriétaire¹⁴⁵. Par ailleurs, le contrat de franchise opère fondamentalement le transfert d'un savoir-faire du franchiseur au profit du franchisé qui exploite le fonds ; à l'inverse, le gestionnaire, dans le cadre d'un contrat de gestion d'entreprise, conserve le savoir-faire pour lui-même, étant précisément chargé de l'exercer lors de la gestion.

400 – Le droit de préemption – Le droit de préemption des communes n'aura pas vocation à s'appliquer dans cette hypothèse de transfert d'exploitation. En effet, le contrat de gestion d'entreprise n'opère pas de transfert de la propriété du bien. Il s'agit d'une mise en gestion de l'entreprise sans transfert de propriété. Il n'y a donc pas d'aliénation, permettant de déclencher la procédure de préemption. L'exclusion du champ d'application

¹⁴² *Op. Cit.* n°10.

¹⁴³ DELEBECQUE, P., et COLLART-DUTILLEUL, F., *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz - Précis Dalloz, 9ème éd., 01 Juin 2011, n° 951 ; LE TOURNEAU, P., *Les contrats de franchisage*, Litec, 2ème éd., 12 juillet 2007, n°10.

¹⁴⁴ KENFACK, H., Toulouse 1 Capitole, *La franchise internationale sous la dir. Jean-Pierre Marty*, 1996.

¹⁴⁵ Cass. 3^e civ., 27 mars 2002 : JCP G. 2002, II, 10112, note F. Auque.

du droit de préemption est évidente. Mais ce contrat ne permet pas au commerçant ou à l'artisan de transmettre son exploitation à titre onéreux, le contournement de la préemption restreint dès lors les possibilités pour le commerçant ou artisan de céder son bien. Le contrat de gestion d'entreprise permet de placer la société propriétaire sous le contrôle de la société gérante qui exerce sur elle une influence dominante. Même si le contrat n'emporte pas transfert de propriété il permet de laisser la gestion à un tiers avec contrepartie.

C) LE CONTRAT DE GERANCE-MANDAT

401 – *Définition et distinction* – La gérance-mandat est une technique contractuelle issue de la pratique permettant de confier à un gérant, mandataire indépendant, la gestion du fonds de commerce appartenant à un tiers, sans assumer les risques de l'exploitation. Ainsi, le contrat de gérance-mandat a été consacré par la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises¹⁴⁶ et introduit au Code de commerce. Sa définition prévue à l'article L. 146-1 du Code de commerce envisage le contrat sous l'angle des acteurs au contrat. Le gérant-mandataire est une « *personne physique ou morale qui gère un fonds de commerce ou un fonds artisanal, moyennant le versement d'une commission proportionnelle au chiffre d'affaires [...], lorsque le contrat conclu avec le mandant, pour le compte duquel, le cas échéant dans le cadre d'un réseau, elles gèrent ce fonds, qui en reste propriétaire et supporte les risques liés à son exploitation, leur fixe une mission, en leur laissant toute latitude, dans le cadre ainsi tracé, de déterminer leurs conditions de travail, d'embaucher du personnel et de se substituer des remplaçants dans leur activité à leurs frais et sous leur entière responsabilité* ». Le contrat de gérance-mandat peut donc porter tant sur un fonds de commerce que sur un fonds artisanal. Il s'agit, comme pour le contrat de gestion d'entreprise, d'une dissociation entre la propriété du fonds, conservée par le mandant et sa gestion, qui est confiée au gérant-mandataire. Pour autant, la gérance-mandat diffère du contrat de gestion d'entreprise sur plusieurs points. Tout d'abord, le contrat de gestion d'entreprise ne porte pas obligatoirement sur un fonds de commerce. À l'inverse, le contrat de gérance-mandat ne peut exister que s'il porte sur un fonds de commerce ou artisanal, dont la préexistence est requise. Toutefois, la préexistence d'un fonds dans le cadre d'un contrat de gestion d'entreprise est possible, auquel cas la distinction entre les deux mécanismes est plus difficile. Un autre trait distinctif doit donc être mis en relief, celui de la notion de savoir-

¹⁴⁶ Loi n°2005-882, 2 août 2005, art. 19 : JO 3 août 2005, en faveur des petites et moyennes entreprises.

faire, composante du contrat de gestion d'entreprise, mais absent dans le contrat de gérance-mandat. En effet, dans le cadre du contrat de gestion d'entreprise, le gestionnaire agit de façon autonome avec son savoir-faire afin d'exploiter le fonds. Le contrat de gérance-mandat implique que le gérant-mandataire agit selon la mission imposée par le contrat. Ainsi, le gérant-mandataire devra se conformer aux exigences de gestion du mandant, contrairement à la gestion d'entreprise d'un fonds dont la gestion est entièrement à la charge du gestionnaire de l'exploitation¹⁴⁷. De même la distinction avec la location-gérance va se porter sur l'autonomie dans la gestion et bien plus dans le fait de supporter les risques d'exploitation¹⁴⁸. La distinction la plus difficile et même subtile est celle entre le contrat de gérance-mandat et le contrat de travail. En effet, le critère de subordination juridique est difficile à mettre en œuvre dans la pratique d'autant plus que le contrat de gérance-mandat peut être conclu avec un salarié. Il s'agit alors d'un contrat de gérance-salariée. Ainsi, comme le précise Monsieur Ferrier, « en pratique, les juges doivent apprécier l'ampleur des instructions, de la reddition des comptes, du contrôle et des sanctions supportés par le gérant [...] L'autonomie du gérant s'apprécie de manière relative, au regard de l'économie générale de l'opération »¹⁴⁹.

402 – L'intérêt pratique du contrat de gérance-mandat à l'aune du droit de préemption – La gérance-mandat permet d'imposer une ligne directrice de gestion et de maintenir une cohérence « d'entreprise » si le contrat est utilisé dans un secteur en réseau. Cet intérêt met en concurrence cette forme d'exploitation avec le contrat de franchise. Mais ces deux contrats sont distincts, la franchise est la transmission d'un savoir-faire et la mise à disposition d'une enseigne que le franchisé exploite en tant que commerçant de façon autonome, la clientèle créée lui est propre ; la gérance-mandat porte sur un fonds de commerce ou fonds artisanal ayant une clientèle déjà existante qui reste attachée au fonds et donc à son propriétaire : le mandant¹⁵⁰. L'intérêt du contrat de gérance-mandat réside aussi dans le propos de l'analyse sur le droit de préemption. En effet, la franchise porte sur un réseau s'éloignant de la problématique du commerce de proximité. La gérance-mandat est plus souple, elle peut répondre au besoin de « petites structures » s'inscrivant aussi dans une logique sociétariale puisque le gérant-mandataire peut aussi être une personne morale.

¹⁴⁷ FERRIER, N., "Contrat de gérance-mandat," Fasc. 1420, *JurisClasseur Contrats-Distribution*, LexisNexis, 15 mai 2008.n°2 et 7.

¹⁴⁸ *Op. Cit.* n°5.

¹⁴⁹ *Op. Cit.* n°9.

Ainsi, l'artisan ou le commerçant qui mettrait son fonds en gérance-mandat ne transfère pas la propriété du fonds, mais il laisse la gestion au gérant-mandataire qui sera rémunéré de façon proportionnelle au chiffre d'affaires¹⁵¹. Ce contrat n'implique donc pas une aliénation du fonds, puisque le propriétaire de la clientèle ne change pas. Il ne peut donc y avoir de droit de préemption sur cette opération faite d'aliénation. Mais il ne s'agira pas d'un contournement ou d'une réelle fraude au droit de préemption. En effet, la propriété du fonds restant inchangée, le commerçant ou artisan ne pourra utiliser cette technique contractuelle comme alternative à la cession de son bien commercial ou artisanal. Mais il n'est pas impossible d'imaginer une opération plus complexe qui puiserait tous les avantages du droit des sociétés et du droit des contrats de gestion.

¹⁵⁰ AUBRY, H., "L'entrée dans la franchise - La franchise et les modèles concurrents " *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°73 - Supplément : Colloque "La franchise : questions sensibles", 2012, n°7.

¹⁵¹ FERRIER, N., "Contrat de gérance-mandat," Fasc. 1420, *JurisClasseur Contrats-Distribution*, LexisNexis, 15 mai 2008, n°95.

Section 2 : La réponse « partielle » du législateur aux difficultés pratiques de mise en œuvre du droit de préemption « commerciale et artisanale »

403 – *Le dialogue juridique entre la doctrine, la pratique et le législateur* – La loi du 2 août 2005 n'avait pas envisagé toutes les incidences qu'engendrerait l'application concrète du droit de préemption. Même si le décret d'application a, deux ans après, organisé la procédure de mise en œuvre du droit de préemption commercial et artisanal, le dispositif n'était pas satisfaisant dans la pratique. Une enquête de terrain a été réalisée dans le cadre des travaux de thèse financés par l'APR PRES/Région Midi-Pyrénées. Les entretiens effectués auprès de tous les acteurs de la procédure se sont déroulés entre le mois de mai 2014 et août 2014. La procédure d'enquête s'est basée sur une première constatation selon laquelle il était impossible sur tout le territoire de la région de consulter toutes les délibérations des conseils municipaux afin d'identifier quelles communes avaient instauré un périmètre de préemption. Par contre, les Chambres consulaires étant consultées obligatoirement en amont de la procédure de zonage, l'enquête devait s'orienter en priorité auprès de ces acteurs afin de connaître la liste des communes ayant un périmètre. L'avis des Chambres consulaires était aussi primordial car leur approche et leur expertise pouvait ouvrir le point de vue des travaux déjà menés sur le sujet. Le travail a ensuite consisté à consulter les mairies ayant un périmètre, afin de connaître leur souhait de répondre à un questionnaire visant à connaître l'expérience concrète dans l'exercice du droit de préemption (Paragraphe 1). L'étude ainsi menée a révélé les difficultés qui étaient par ailleurs soulevées par la doctrine. La réforme engagée par la loi du 18 juin 2014 devait donc répondre aux attentes, même si l'effort de correction du dispositif de préemption aurait pu être plus poussé (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : L'EXPERIENCE DES ACTEURS DU DROIT DE PREEMPTION, ENTRE DIFFICULTES ET VOLONTE

404 – *L'approche in vivo* – Le droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux, est une procédure, qui malgré sa simplicité apparente, montre nombre d'empêchements pratiques dans sa mise en œuvre. Les acteurs du droit de préemption attestent des difficultés que l'analyse juridique met en exergue. L'étude de terrain effectuée dans le cadre de l'APR PRES/Région Midi-Pyrénées, a été effectuée entre mai 2014 et août 2014. Il s'agissait alors de la même période de

promulgation que la loi du 18 juin 2014. La plupart des expériences relatées ont donc été faites sous l'égide de l'ancienne loi. L'éclairage ainsi apporté est utile à la compréhension des difficultés juridiques et pratiques rencontrées et de la nécessité d'y répondre. Plusieurs aspects ont donc été révélés par les entretiens et diffèrent selon l'acteur de la procédure interrogé. La méthode employée dans l'élaboration des entretiens a eu pour postulat l'absence d'information centralisée des actions des communes en la matière. Il est apparu impossible de contacter chaque commune de la région Midi-Pyrénées¹⁵². Or, même si les communes publient la décision du conseil municipal instaurant une zone de préemption, il reste techniquement complexe, voire impossible, d'interroger chaque registre de délibération de toutes les communes de la région. Dès lors, étant donné que l'élaboration de la zone géographique de préemption implique une consultation obligatoire et préalable des CCI et CMA, le préalable à l'enquête auprès des mairies ayant préempté passait par les Chambres consulaires. Ainsi, les CCI et CMA ayant la liste des communes les ayant consulté dans le cadre du zonage il devenait possible de contacter ces dernières afin de connaître leur expérience. La rencontre avec les CCI et CMA était un moyen d'approche du sujet de la préemption plus technique que politique. En effet, les Chambres consulaires ont un rôle d'accompagnement des professions qu'elles représentent, elles soutiennent l'intérêt général des commerçants ou artisans¹⁵³. La préemption est pour les communes un outil d'urbanisme mais aussi un outil politique. Il s'agit pour les mairies de répondre aux besoins de leurs administrés par l'amélioration de leur environnement. Il y a indéniablement un aspect politique dans la mise en œuvre du droit de préemption sur les biens commerciaux et artisanaux.

405 – Le travail des CCI et CMA – Les entretiens avec les Chambres consulaires ont permis de comprendre la mise en œuvre du droit de préemption dès son origine. Les représentants des Chambres rencontrés ont exposé leur avis selon leur expérience. Les contacts ont été effectués avec les CCI de Montauban pour le Tarn-et-Garonne, Toulouse pour la Haute-Garonne, Albi pour le Tarn et Foix pour l'Ariège ; ainsi qu'avec les CMA d'Albi et de Toulouse. D'une manière générale leur rôle mineur dans la procédure est une situation insatisfaisante. En effet, les représentants se sont accordés pour dire que l'avis des Chambres, relativement au périmètre de préemption et au choix des mairies d'instaurer une politique d'urbanisme commercial et artisanal, ne devrait pas être un avis simple mais un

¹⁵² 3020 communes : *Source* : INSEE, *L'essentiel sur Midi-Pyrénées*, juin 2015.

¹⁵³ CHANAUD G., Directeur Service développement économique, Chambres des métiers et de l'artisanat – Haute Garonne.

avis conforme¹⁵⁴. Leurs études de terrain leur confèrent une compétence d'analyse pouvant être un soutien pour les communes notamment en vue d'objectiviser la motivation au soutien de la mise en œuvre du périmètre¹⁵⁵. L'expérience de Monsieur Albert de la CCI de Montauban est notamment intéressante. En effet, une ville du Tarn-et-Garonne avait transmis à la CCI le projet de périmètre afin d'obtenir l'avis des Chambres consulaires. Or, comme le rapporte Monsieur Albert, *« l'exposé des motifs ne semblait pas être suffisamment argumenté, et surtout dans l'exposé des motifs les termes comme « mettre un frein à l'invasion des banques et autres services tertiaires » était employé or en tant que Chambre on ne peut pas laisser passer »*. Le travail de coopération en amont de la décision des communes de mettre en place un périmètre est donc fondamental comme le précise Monsieur Albert *« toutes [les communes] sauf une ont fait appel à nous en amont de la procédure, c'est intéressant dans la mesure où on a guidé la collectivité pour les aider à déterminer le périmètre et surtout à voir ce qu'ils peuvent mettre dans le rapport, surtout que la loi ne dit rien sur ce qu'il faut mettre dans un rapport »*. Madame Bellondrade rejoint cette conception du travail des CCI et CMA dans le processus de préemption¹⁵⁶. Ainsi deux raisons peuvent être avancées dans ce sens, la première dans un souci d'efficacité, tous les acteurs de la préemption ont un intérêt à ce que la procédure se déroule avec fluidité et dans un délai raisonnable. La seconde raison renvoie à la question des recours éventuels à l'encontre de la décision du conseil municipal, le juge prendra en compte le travail et l'avis des Chambres consulaires. L'avis des Chambres est alors rédigé de façon objective. Selon Madame Bellondrade il s'agit *« d'émettre un avis sur un travail, sur des données, car la commune doit nous fournir un rapport circonstancié expliquant « le comment du pourquoi » de son choix de périmètre et nous on peut dire, par rapport à la connaissance du terrain, par rapport à un certain nombre d'informations qu'on peut récupérer (INSEE, fichiers des Chambres de commerce, enquêtes de flux de consommation qu'on réalise tous les 4 ans) « oui », si ce périmètre se justifie ou au contraire s'il est trop grand, ne l'est pas assez, et pourquoi l'exclure ou le morceler. [...] Après instruction on peut permettre la mise en place de la zone de préemption. Avant, on réunit un comité d'élus et on argumente en mettant en parallèle et en comparant les deux rapports et notre*

¹⁵⁵ ALBERT M., Responsable de service Economie Territoires et Attractivité, CCI Montauban et Tarn-et-Garonne, BELLONDRADE F., Chargée de Développement Commerce, CCI Toulouse et Haute-Garonne.

¹⁵⁶ *« cela peut être aussi comme on l'a fait à Toulouse, des moments d'échange de discussions et de voir avec les élus »*.

connaissance du terrain, ainsi que les solutions possibles ; c'est un avis circonstancié, on instruit de façon technique et les élus émettent un avis circonstancié ».

Les représentants des Chambres ont ainsi pu donner leur avis sur la notion de commerce de proximité. Ainsi, notamment selon Monsieur Decomps de la CMA du Tarn, il s'agit « *d'un tout mais ce n'est pas une consommation quotidienne car c'est un tout dans le sens où cela crée une animation , c'est le lien social qui prédomine dans la notion, tout est intimement lié, si on maintient le marchand de chaussures le pâtissier vendra lui aussi ses gâteaux, l'offre est importante, pour les gens du centre-ville ; pour l'animation du centre-ville il est important d'avoir tous ces commerces pour une attractivité commerciale. La diversité et le lien social doivent prédominer par rapport à la notion de proximité qui devrait évoluer vers la notion de création de l'économie locale* ». Pour Madame Bellondrade de la CCI de Toulouse, « *la notion de commerce de proximité se rapproche plus de l'idée de commerce pouvant créer un lien social. C'est un tout parce qu'un boulanger seul ne pourra pas vivre s'il n'a pas une épicerie à côté, s'il n'a pas un tabac presse, ou un bar tabac presse, l'importance est qu'il y ait une attractivité commerciale ; c'est donc un tout, on ne peut pas dissocier l'activité artisanale, qui sont des activités de vitrine différentes, d'autant qu'il existe des activités qui ont une double immatriculation. [...] les gens ont besoin d'une diversité de production* » Les entretiens ainsi mis en parallèle démontrent une idée commune entre les CCI et les CMA, ancrées toutes deux dans une réalité économique.

L'intégration des Chambres consulaires à la procédure de préemption pourrait être plus marquée. Lorsque cette idée est évoquée avec les représentants rencontrés, leur sentiment sur leur rôle et sur l'évolution éventuelle de ce rôle dans la procédure de préemption, ils apportent une réponse qui renvoie notamment à la question de leur possible intervention au moment de la rétrocession. La commune se retrouve en effet seule, sans soutien, au moment de choisir et surtout de trouver un repreneur. Les CCI et CMA pourraient être consultées car leur travail et leur mission sont en lien direct avec l'installation et la création d'activités artisanales ou commerciales ; elles ont donc la capacité d'étude et de proposition dans la recherche d'une reprise d'activité au moment de la rétrocession¹⁵⁷. Pour autant, Monsieur Teychenné de la CCI de Foix, soulève l'aspect pratique d'une telle évolution, notamment à l'aune des moyens techniques et humains, parfois disparates entre les différentes Chambres. La rétrocession est un aspect délicat de la

¹⁵⁷ ABRANTES K., Responsable documentation, études et urbanisme, CCI d'Albi, Tarn.

procédure de préemption et les représentants des Chambres consulaires n'ont pas manqué de relever la difficulté matérielle et financière que ce droit de préemption suscite pour des communes. Ainsi, Monsieur Albert préconise *« de le mettre en place mais de ne pas forcément l'utiliser, parce que ce sont des moyens financiers pour préempter les fonds de commerces et des petites communes, mais cela peut servir d'observatoire et permettre notamment dans de petites communes rurales de savoir que le coiffeur va partir et que ce sera autre chose qui va venir ou bien qu'un local s'est libéré [...] et pouvoir agir pour ordonner les activités sur le territoire, au moins ils peuvent entamer un dialogue avec l'acquéreur »*. Pour Madame Bellondrade *« j'ai discuté avec nombre de personnes des communes, j'ai travaillé sur le fait que c'est un outil, cela va aider à mettre en place un observatoire et connaître exactement ce qui va se passer en termes de mutations de fonds sur la commune ; à travailler sur des aspects de transmission ou d'accompagnement de cédant mais même si on connaît bien la commune, il faut voir exactement ce qu'ils veulent en faire et quels sont les devenirs par rapport à de futures implantations de logements, de zones commerciales ou autre et que cela s'articule dans la progression et dans la dynamique qu'ils souhaitent mettre en place au niveau de la commune ; c'est-à-dire, comment accompagner les mutations et les changements qui sont à venir. Nous avons une vision en amont des futurs commerces dans les villes. On a des contacts et on reçoit tous les jours des gens qui recherchent des lieux pour s'implanter, on pourra donc mettre en contact la commune avec ces gens. À Toulouse, la politique (en tous cas de l'ancienne municipalité) était de préempter avec déjà un repreneur. Pour toutes les collectivités il est plus confortable de préempter avec déjà un repreneur »*.

La question de l'importance de la publicité de la zone de préemption et des actes de préemption a suscité de la part des représentants rencontrés des réactions plus diverses et même opposées. Ainsi, certains ont considéré qu'une meilleure communication de la zone de préemption, ainsi que la mise en place d'un système de centralisation sur le territoire de l'utilisation de cet outil d'urbanisme était nécessaire. La référence au SCOT semble possible notamment du fait que les petites communes en sont dotées. Pour autant il a été précisé qu'il était nécessaire de laisser les communes libres de choisir de communiquer sur la préemption et d'inscrire aux documents d'urbanisme la zone¹⁵⁸. Pour d'autres, la

¹⁵⁸ BELLONDRADE F., Chargée de Développement Commerce, CCI Toulouse et Haute-Garonne : *« je pense que là c'est utile qu'une communication soit faite le plus largement et pas simplement sous forme d'affichage. L'inscription au SCOT est envisageable, en laissant les communes libres d'utiliser cet outil ou pas »*.

publicité prévue par la loi est suffisante¹⁵⁹. L'argument énoncé est celui de la simplicité du dispositif qui permet aux communes de mettre en place une zone par le biais d'un système peu lourd en terme de contrainte administrative¹⁶⁰.

406 – *L'expérience des mairies ayant préempté* – La rencontre avec les CCI et CMA de la Région Midi-Pyrénées a permis de connaître les villes, qui les ayant consultées pour avis, ont une zone de préemption en vue de maintenir le commerce de proximité et de sauvegarder la diversité commerciale par la préemption des fonds commerciaux, artisanaux et baux commerciaux. Ainsi, certaines communes ayant la volonté de s'impliquer dans le processus ont accepté un entretien afin de mettre en lumière leur expérience, leur difficulté et l'intérêt qu'elles tirent de la préemption. Les villes de Castres, Moissac, Montauban et Toulouse ont partagé leur point de vue et expérience. Il appert des entretiens que le droit de préemption commercial et artisanal est un véritable choix politique de la part de la commune. Il s'agit d'une vraie volonté de se saisir de cet outil d'urbanisme car l'ensemble des communes interrogées se rejoignent pour dire que ce droit n'est pas, dans la pratique, simple à mettre en œuvre, tant les difficultés peuvent être nombreuses¹⁶¹. Les projets d'urbanisme ont été bien accueillis dans les communes par les commerçants et artisans. Chaque commune a ainsi pris attache avec les CCI et CMA de leur secteur. Certaines ont eu des échanges en amont en collaboration afin de monter un projet de périmètre cohérent et efficace. Ce fut notamment le cas de la mairie de Moissac : *« j'ai donc appelé la CCI, j'ai rencontré monsieur Mathieu Albert qui s'est rendu disponible tout de suite. Grâce à nos échanges j'ai fait une proposition de rapport. Je suis partie de l'occupation actuelle, j'ai pris la moyenne d'âge des chefs d'entreprise pour voir si on n'était pas sur un périmètre qui n'arrive pas à se renouveler et dans quels délais, je suis allée chercher des éléments objectifs pour que ce ne soit pas discutable, j'ai une formation juridique, ce sont donc des données factuelles »*¹⁶². Pour autant les mairies se sont avérées plus réticentes à une

¹⁵⁹ ALBERT M., Responsable de service Economie Territoires et Attractivité, CCI Montauban et Tarn-et-Garonne ; TEYCHENNÉ G., Conseiller Commerce et Services, Service Appui aux Entreprises et aux Territoires.

¹⁶⁰ ALBERT M., Responsable de service Economie Territoires et Attractivité, CCI Montauban et Tarn-et-Garonne.

¹⁶¹ GAUTREAU M., Mairie de Moissac, Responsable du service urbanisme : *« j'ai attiré l'attention du maire sur ce dispositif innovant mais incomplet mais il faut savoir oser ! »* ; AGUERO D., Mairie de Montauban, Manager centre ville : *« la loi a un temps de retard par rapport à ce que l'on fait. Seuls les maires des villes sont en phase avec la problématique immédiate. On est sur le fil du rasoir, mais on y va ! »* ; LABORDE C., Mairie de Castres, Directeur Général des Services : *« Le maire a souhaité s'emparer de la loi, on fait du socialisme municipal même si on est divers droite, il y a une volonté d'un aboutissement dans le droit de l'urbanisme »*.

¹⁶² GAUTREAU M., Mairie de Moissac, Responsable du service urbanisme.

intégration plus importante des CCI et CMA dans la procédure¹⁶³. Leur sentiment est justifié par le problème des délais de réponse¹⁶⁴. Les communes restent malgré tout en contact avec ces organismes et concèdent de l'importance de leur rôle notamment au moment de la rétrocession. Par conséquent, l'étude de terrain révèle que la coopération avec les CCI et CMA se fait de façon « officieuse », c'est-à-dire sans que la loi n'impose une forme de procédure¹⁶⁵.

Les difficultés rencontrées par les communes ou même leurs craintes sont nombreuses. Tout d'abord, le projet est couteux¹⁶⁶. En effet, même si la commune préempte un fonds et non le droit au bail, il existera malgré tout un bail attaché au fonds et donc des loyers. Ainsi, afin de rendre le projet viable à long terme, les communes intègrent le projet de préemption commercial et artisanal dans un plan d'urbanisme plus global. Il s'agit selon les communes interrogées d'avoir une vision globale de l'aménagement du territoire¹⁶⁷. Dès lors, un éclairage différent apparaît, le droit de préemption est réellement envisagé comme un outil d'urbanisme et donc d'aménagement du territoire. L'analyse proposée s'organise autour de l'aspect commercialiste du droit de préemption mais elle s'éloigne alors de la perception concrète que les acteurs de la préemption ont. Qu'il s'agisse des communes ou des Chambres consulaires, le point de vue est, soit celui de géographes, soit celui d'urbanistes. Pour autant, l'aspect commercialiste ne peut être négligé. En effet, il s'agit

¹⁶³ AGUERO D., Mairie de Montauban, Manager centre ville : « on est dans une époque où il faut être efficace et rapide et les CCI ne le sont plus ! ».

¹⁶⁴ GAUTREAU M., Mairie de Moissac, Responsable du service urbanisme : « il faut prévoir des délais de réponse car la difficulté avec les consulaires serait que sans délais légal de réponse il existe un risque de blocage ».

¹⁶⁵ AGUERO D., Mairie de Montauban, Manager centre ville : « au moment de la rétrocession on cherche à rédiger un cahier des charges qui nous semble le plus favorable. La recherche d'un repreneur met en général 18 mois. On est spécialiste de l'appel à projet mais on sollicite aussi la Chambre de commerce CCI, puis on cible ».

¹⁶⁶ BOITUZAT, A., "Le droit de préemption des communes sur les cessions de fonds de commerce et artisanaux et de baux commerciaux," *Revue de droit immobilier*, 2008, p. 313; BON-JULIEN, E., "Le droit de préemption "commercial" : un droit inapplicable?," *Petites affiches*, n° 75, 15 avril 2009, p. 8; ÉTAIN, P., "Financement des fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux préemptés par les communes," *Loyers et Copropriété*, Mars 2009, n°3, alerte 15; KENFACK, H., "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*, n° 25,1508, Mars 2008, p.17; VAISSIE, M.-O., "Le droit de préemption des communes sur les cessions de fonds et de baux," *Revue des Loyers*, n°886, 2008.

¹⁶⁷ AGUERO D., Mairie de Montauban, Manager centre-ville : « si vous voulez aider un quartier il faut remettre du commerce de proximité, refaire les voiries, prévoir les parkings, il faut actionner tous les leviers. [...] On ne souhaite pas que ces commerces, dans un quartier donné, disparaissent. Le soucis de ces locaux c'est le matériel quand on préempte. Le matériel il faut le changer et on le prend en charge. On est dans l'aménagement du territoire : on refait la façade, on est dans un quartier historique, on prend en charge la mise aux normes électricité, plomberie... le pire c'est la boucherie avec les Chambres froides, pour un jeune qui reprend un commerce cela fait 60 000 euros + 60 000 euros pour tout refaire, cela fait donc 120 000 euros ! Aucune banque ne va suivre, ce qui implique que la boucherie va fermer. C'est un emploi, un commerce de proximité qui fait vivre toute une branche du commerce de proximité qui s'écroule. Donc il n'y a pas le choix ».

pour les communes de prendre en charge un commerce. La difficulté principale énoncée par les représentants des communes concerne le bail commercial. Au delà de l'aspect financier déjà évoqué, au moment des entretiens la loi « Pinel » venait d'être publiée, de telle sorte que les expériences de préemption avaient été réalisées selon l'ancien régime légal. Ainsi, l'ancienne législation excluait l'application du régime du statut des baux commerciaux pendant la période intermédiaire au cours de laquelle la commune est « propriétaire » du fonds et « preneur » au bail, rendant sa situation précaire notamment en ce qui concerne le droit au renouvellement. Le contentieux est alors un risque¹⁶⁸. Par ailleurs, un autre aspect de la préemption commerciale et artisanale peut entraîner un blocage, il s'agit des contrats de travail et des stocks. Comme le souligne Monsieur Laborde, « *il ne faut pas que le fonds soit cédé avec des contrats de travail. Le juge administratif a considéré pour une association que le contrat de travail devenait un contrat de droit public et qu'il fallait garder les clauses. S'il y avait des modifications cela serait assimilé à un licenciement !* ». En effet, le statut juridique des salariés éventuels n'est pas défini par la loi, provoquant une instabilité juridique et donc une réticence justifiée pour les communes dans le choix de préempter un commerce qui aurait des salariés. La difficulté est la même en ce qui concerne l'existence de stocks, l'exploitation pendant la période intermédiaire n'étant pas toujours possible, la présence de stocks non écoulables pose alors problème. Enfin, la question du formulaire *Cerfa* a été abordée. Son manque de complétude et son inadaptation face aux besoins des communes a fait l'unanimité auprès des communes interrogées. L'absence de mention quant à l'identité de l'acquéreur éventuel et surtout de la nature de l'activité susceptible de s'implanter est le point d'accroche principalement noté. Mais les représentants des communes ont aussi précisé que le travail de coopération, notamment avec les notaires, les amène malgré tout à être informés. Pour autant il est déplorable qu'une voie officieuse soit nécessaire et les représentants appellent à une réforme du formulaire. Dès lors la réforme intervenue avec la loi du 18 juin 2014 était attendue.

¹⁶⁸ GAUTREAU M., Mairie de Moissac, Responsable du service urbanisme : « *il a été préempté un bar emblématique de Moissac. La propriétaire du fonds partait à la retraite et voulait vendre le bail commercial à une société d'assurances. C'était le drame pour la commune car le bar est dans l'axe principal qui mène à l'abbatiale. Le maire a donc décidé de préempter. Mais le bail prenait fin le 31.03.2011, il a donc été décidé de préempter le bail avant cette date. La commune a maintenu l'ouverture de cet établissement mais sans bail commercial dans le sens où le statut n'est pas applicable, et le bail prenant fin le droit au renouvellement propre au statut ne s'appliquait pas! La difficulté supplémentaire est que le bien qui était loué était vétuste, le locataire demandait au propriétaire de mettre aux normes le bâtiment ! La commune voulait la jouissance du bien loué dans sa totalité mais la propriétaire des murs ne souhaitait pas vendre. Il s'agissait d'éteindre le contentieux et de proposer un projet d'aménagement plus général sur l'axe qui mène à l'abbatiale. Cela fait 3 ans que nous payons le bail mais nous avons rétrocédé notre droit au bail pour autant, on a le contentieux qui dure toujours* ».

**PARAGRAPHE 2 : LA REPOSE LEGISLATIVE : DE « PINEL I » A « PINEL II » EN
MATIERE DE PREEMPTION COMMERCIALE ET ARTISANALE**

407 – La réforme de 2014 sur le droit de préemption commercial et artisanal –

La loi du 2 août 2005, complétée par un décret d'application du 26 décembre 2007, et réformée par la loi du 22 mars 2012, a fourni aux communes un outil de protection du « commerce de proximité », dont l'ambition affirmée est de protéger et de maintenir le commerce dans sa diversité. Mais cet objectif soulève des interrogations, de par la difficile articulation des règles de droit en présence. Les problèmes rencontrés dans la pratique sont multiples. *In vivo*, la rencontre des différents acteurs du droit de préemption des communes met en lumière l'inefficience juridique du dispositif de préemption commercial et artisanal, contraignant les communes dans le cadre de la mise en œuvre de ce droit à s'adapter, souvent au détriment des règles de droit. Les expériences des acteurs de la préemption permettent de mieux appréhender l'intérêt de la réforme. Les CCI, CMA ou représentant des communes, notent l'imprécision de la déclaration préalable. Cet état de fait est concrètement et juridiquement préjudiciable. En effet, des pratiques visant à pallier l'insuffisance des informations transmises à la commune ont été mises en œuvre par celles-ci. Des formulaires facultatifs ont ainsi vu le jour, or la légalité du procédé est contestable. Mais surtout, des pratiques informelles et disparates existent. La plupart du temps elles consistent en la prise de contact téléphonique avec le rédacteur d'acte qui de façon officieuse éclaire la mairie sur la réalité de la cession du bien commercial. Il ne peut être reproché aux communes de tenter concrètement de s'organiser mais il n'est pas possible de s'en satisfaire. Par ailleurs, le manque de moyens financiers et logistiques est aussi un frein à la mise en œuvre effective du droit de préemption des communes. Ce problème touche autant les Chambres consulaires que les mairies. Concernant les Chambres consulaires, leur silence valant avis favorable, ces dernières, n'ayant pas toujours les moyens d'instruire les dossiers transmis par les mairies, préfèrent garder le silence et laisser la procédure se dérouler sans y prendre réellement partie. Pour les mairies, la situation est inégale sur le territoire entre les mairies des grandes agglomérations disposant de services d'urbanisme structurés et les mairies des communes rurales. Dans les faits, ce droit de préemption est souvent rattaché aux services de l'urbanisme tant dans le cadre de l'organisation des Chambres consulaires que dans les mairies, par conséquent, les intervenants seront rompus aux procédures et aux règles du droit de l'urbanisme mais pas à celle du droit commercial. Aussi, la délégation de l'exercice du droit de préemption, et donc de la gestion de ce droit,

apparaît nécessaire afin de suppléer la carence de moyens. Enfin, l'exercice du droit de préemption sur le bail commercial, dont la présence est quasi systématique en la matière, a pu mettre les communes dans des situations juridiques à risque. Les contentieux qui sont nés de l'application du bail ont été inéluctablement coûteux pour les communes notamment en raison de la mise en œuvre des clauses de garantie, mais aussi des coûts des travaux souvent nécessaires avant rétrocession. La mise en location-gérance est une vraie solution, mais elle doit être maniée avec beaucoup de prudence, car les relations contractuelles sont soumises aux règles du droit commercial notamment en termes de garantie. Pour autant, à la rétrocession, le locataire-gérant n'aura pas de préférence sur le fonds, car les règles applicables, pour le choix de l'acquéreur final, sont celles du droit de l'urbanisme.

La réforme opérée par la loi du 18 juin 2014, complétée par le décret du 24 juillet 2015¹⁶⁹, porte sur quatre aspects de la procédure de préemption : le contenu de la déclaration préalable, la délégation de l'exercice du droit de préemption à des entreprises publiques locales (A), l'application du statut des baux commerciaux pendant la période intermédiaire et l'allongement de la durée d'exploitation en location-gérance avant rétrocession (B). L'étude de ces mesures s'attachera à rappeler le processus existant antérieurement à la loi du 18 juin 2014, afin de dégager la portée de la réforme. Mais le caractère non miscible des règles de droit fondant ce dispositif pérennise les critiques tant le mariage juridique entre commerce et urbanisme s'avère être une équation quadratique. Pour autant, la procédure de préemption est toujours perfectible (C).

A) L'AUTORISATION LEGALE DE DELEGUER L'EXERCICE DU DROIT DE PREEMPTION MISE EN ŒUVRE A PARTIR D'UN CHOIX ECLAIRE

408 – *L'exercice du droit de préemption* – Le complément apporté par la réforme de juin 2014 sur le contenu des informations transmises à la commune était nécessaire. La loi apporte une réponse corrélée aux demandes de la pratique. Mais le manque de précision juridique met une fois de plus l'accent sur la distorsion évidente entre les règles du droit commercial et celle du droit de l'urbanisme (1). Il s'agit alors pour les communes d'exercer de façon effective ce droit. Aussi la réforme envisage des délégations de pouvoirs élargies (2).

¹⁶⁹ Décret n° 2015-914 du 24 juillet 2015 modifiant certaines dispositions du code de l'urbanisme relatives au droit de préemption des communes sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce, les baux commerciaux et les terrains faisant l'objet de projets d'aménagement commercial : JORF n°0171 du 26 juillet 2015 page 12791 texte n° 19.

I. UN RENFORCEMENT MALGRE TOUT VACILLANT DE L'INFORMATION DU TITULAIRE DU DROIT DE PREEMPTION

409 – *Les carences du dispositif quant à l'information de la commune sur le bien préempté par le biais de la DIA* – La forme de la déclaration préalable est soumise au formalisme prévu à l'article A. 214-1 du Code de l'urbanisme (issu de l'arrêté du 29 avril 2008). Les informations contenues dans la déclaration, ainsi que, le cas échéant, les pièces éventuellement jointes au dossier, seront opposables à la commune. Or, l'insuffisance des mentions visées par le formulaire *Cerfa* a été critiquée tant par la doctrine¹⁷⁰ que par la pratique. Ces lacunes concernent notamment le caractère facultatif de la mention du chiffre d'affaires des trois dernières années, or un tel renseignement, de par son importance, devrait être obligatoirement transmis à la commune¹⁷¹. En effet, le chiffre d'affaires ainsi que le bénéfice des trois dernières années sont la base d'évaluation du prix de vente d'un fonds¹⁷². Par ailleurs, le manque de pragmatisme du formulaire se révèle aussi concernant le bail commercial. En effet, rien n'est indiqué quant au contrat et à la possibilité de joindre à la déclaration tant le bail commercial, que les renouvellements et les avenants éventuels, outre les procédures pendantes. Or, la commune en préemptant se substituera au titulaire du droit au bail et sera ainsi soumise aux droits et obligations y figurant. Il était donc nécessaire de prévoir la transmission au préalable du bail commercial, ainsi que de tout document lié au bail, afin que la commune préempte en toute connaissance de cause¹⁷³.

¹⁷⁰ BON-JULIEN, E., "Le droit de préemption "commercial" : un droit inapplicable?," *Petites affiches*, n° 75, 15 avril 2009, p. 8; CERATI-GAUTHIER, A., "Précisions sur le droit de préemption des communes en cas de cession de fonds artisanaux, de fonds de commerce ou de baux commerciaux," *Annales des loyers*, n°7, Juillet 2007, p. 1608; CERATI-GAUTHIER, A., "Précisions sur le droit de préemption des communes en cas de cession de fonds artisanaux, de fonds de commerce ou de baux commerciaux," *Annales des loyers*, n°7, Juillet 2007, p. 1608; DUTRIEUX, D., "Droit de préemption communal sur les fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux, publication du formulaire de déclaration préalable," *JCP N*, n° 15,370, 11 avril 2008, p. 3; RAPP, L., "Le fonds de commerce, une notion pragmatique et pleine de vitalité : L'appréhension du fonds de commerce par les politiques publiques : activités commerciales, prérogatives publiques et développement local," *Gazette du Palais*, n° 155, 4 juin 2009, p. 22.

¹⁷¹ BON-JULIEN, E., "Le droit de préemption "commercial" : un droit inapplicable?," *Petites affiches*, n° 75, 15 avril 2009, p. 8; DUTRIEUX, D., "Droit de préemption communal sur les fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux, publication du formulaire de déclaration préalable," *JCP N*, n° 15,370, 11 avril 2008, p. 3; REZEK, S., *Achat et vente de fonds de commerce*, Litec, 6ème éd., 2014, n°370 ; RAPP, L., "Le fonds de commerce, une notion pragmatique et pleine de vitalité : L'appréhension du fonds de commerce par les politiques publiques : activités commerciales, prérogatives publiques et développement local," *Gazette du Palais*, n° 155, 4 juin 2009, p. 22.

¹⁷² MARCHAND, D., et SCHÜTZ, R.-N., "La purge du droit de préemption commercial," *Defrénois*, n°11, 15 juin 2009, p.1109.

¹⁷³ DUTRIEUX, D., "Droit de préemption communal sur les fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux, publication du formulaire de déclaration préalable," *JCP N*, n° 15,370, 11 avril 2008, p. 3; MARCHAND, D., et SCHÜTZ, R.-N., "La purge du droit de préemption commercial," *Defrénois*, n°11, 15 juin 2009, p.1109.

Bien plus, le formulaire ne fait pas mention de la nécessité d'informer la commune sur l'identité de l'éventuel acquéreur. Ce renseignement est déterminant afin que la commune motive sa décision de préempter conformément à l'objectif d'intérêt général de la loi¹⁷⁴. Le droit de préemption des communes sur les aliénations à titre onéreux de fonds artisanaux ou commerciaux et baux commerciaux a pour but de maintenir le commerce de proximité. Or, la commune n'aurait aucun besoin de préempter si l'acquéreur remplit déjà ce critère ; à l'inverse, si l'acquéreur ne correspond pas à l'exigence de la loi, la commune remplirait son rôle en préemptant. Dans un arrêt du 8 octobre 2008, la Cour de cassation a, au visa des articles L. 213-2, R. 213-5 et A. 211-1 du Code de l'urbanisme (droit de préemption urbain), confirmé le caractère facultatif de cette mention¹⁷⁵. Le contenu lacunaire du formulaire a fait l'objet d'une question parlementaire¹⁷⁶, mais la réponse apportée est loin d'être satisfaisante et renvoie à l'existence d'une rubrique « *observations éventuelles* » qui remplirait le rôle de palliatif.

410 – *Le correctif légal initié par la doctrine et devancé par la pratique* – Les éléments non visés à la déclaration préalable sont essentiels dans l'économie du contrat dont l'objet est la cession de biens commerciaux. Ces informations permettent à la commune de choisir de préempter en toute connaissance de cause. Dans la pratique, les rédacteurs d'actes transmettaient aux communes les renseignements complémentaires et utiles à la décision. Mais l'absence d'obligation légale rendait incertaine, et même anarchique l'accession à ces informations. Il s'agissait alors de régulariser et d'encadrer la déclaration préalable afin de répondre aux attentes légitimes des communes qui n'étaient pas mises en réelle position d'interlocuteur à la cession commerciale. Dans cette optique, la loi du 18 juin 2014 précise les informations nécessairement transmises à la commune lors de la déclaration d'intention d'aliéner. La loi modifie ainsi l'alinéa 3 de l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme. Le nouveau texte prévoit que « *chaque aliénation à titre onéreux est subordonnée, à peine de nullité, à une déclaration préalable faite par le cédant à la commune. Cette déclaration précise le prix, l'activité de l'acquéreur pressenti, le nombre de salariés du cédant, la nature de leur contrat de travail et les conditions de la cession. Elle*

¹⁷⁴ DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," Dalloz Action, septembre 2011; MARCHAND, D., et SCHÜTZ, R.-N., "La purge du droit de préemption commercial," *Defrénois*, n°11, 15 juin 2009, p.1109. n° 62-604.

¹⁷⁵ Cass., 3^e civ., 8 octobre 2008, n° 07-15.935 : JurisData n° 2008-045293 ; JCP N 2008, n°50, 1355, note D. Dutrieux ; BRDA 21/08, note n°13.

¹⁷⁶ Question écrite n° 04864, JO Sénat du 19.06.2008, p. 1186 – réponse publiée au JO Sénat du 28.08.2008, p. 1727.

comporte également le bail commercial, le cas échéant, et précise le chiffre d'affaires lorsque la cession porte sur un bail commercial ou un fonds artisanal ou commercial »

411 – *L'omission réglementaire et ses conséquences* – La volonté du législateur de mieux encadrer la déclaration préalable faite aux communes était motivée par un souci d'harmonisation des procédures de préemption. Mais le dispositif antérieur avait mis en place une procédure organisée en strates textuelles. Ainsi, la loi, à l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme visait de façon générique « *le prix et les conditions de la cession* », renvoyant pour plus de précisions à la partie réglementaire. Mais l'article R. 214-4 du Code de l'urbanisme renvoie lui-même à un arrêté ministériel inséré au Code à l'article A. 214-1, selon lequel « *la déclaration préalable prévue par les articles L. 214-1 et R. 214-4 doit être établie conformément au formulaire enregistré par la direction générale de la modernisation de l'État sous le numéro Cerfa 13644*01* ». Depuis la loi du 18 juin 2014, l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme prévoit précisément le contenu de la déclaration préalable. Mais le formulaire *Cerfa* n'a pas été modifié. Dans la pratique coexistent donc le formulaire *Cerfa* imprécis et incomplet et les obligations législatives, dont le formalisme de transmission n'est pas précisé. De façon concrète, il apparaît nécessaire de remplir le formulaire *cerfa* complété des informations que la loi impose. Mais d'un point de vue juridique, il faut s'interroger sur la pérennité du texte réglementaire. En application de l'article 1^{er} du Code civil, et selon le principe de la permanence des lois et règlements, l'abrogation doit être expresse. Ainsi, les arrêtés et règlements survivent aux lois dont ils procèdent, sauf s'ils sont devenus inconciliables avec les règles fixées par la nouvelle législation. Il serait alors possible de considérer l'arrêté comme abrogé, car même s'il semble « conciliable » de par la possibilité de transmettre les informations légales en plus du formulaire, l'absence dans le formulaire des mentions légales le rend incompatible avec la loi. Bien plus, le maintien en vigueur du formulaire expose tout professionnel à l'engagement de sa responsabilité dans l'hypothèse où il se contenterait du formulaire, qui est incomplet, ou s'il ne le complétait que partiellement au regard des informations devenues obligatoires par l'effet de la loi.

2. L'EXTENSION DES TITULAIRES AYANT LE POUVOIR DE PREEMPTER

412 – *L'exercice binaire du pouvoir de préempter : le conseil municipal ou le maire par délégation* – À l'origine, la loi avait prévu à l'article L. 214-1 du Code de

l'urbanisme que le droit de préemption était exercé par principe par la commune prise en son instance décisionnelle, soit le conseil municipal, et par délégation, par le maire. De façon générique on dira que le titulaire de ce droit est la commune, mais de façon juridique l'attribution du pouvoir décisionnaire est réservée au conseil municipal. Le Code général des collectivités territoriales¹⁷⁷ organise le régime des délégations. Ces règles précisent le rôle du titulaire de la délégation et son étendue. Ainsi, dans le régime antérieur à la loi du 18 juin 2014, la délégation n'était possible qu'à l'égard du maire. Dès lors, aucune délégation à des entreprises publiques locales n'était possible.

413 – L'accroissement des titulaires du droit de préemption commercial et artisanal – Une première modification de régime avait été opérée par la loi du 28 mai 2010, introduisant l'article L. 327-1 au Code de l'urbanisme. Ce texte permet une délégation aux sociétés publiques locales d'aménagement. Ces sociétés sont des sociétés anonymes compétentes en matière d'opérations d'aménagement sans mise en concurrence préalable. Elles sont créées par les collectivités et leurs groupements qui détiennent la totalité du capital¹⁷⁸. L'article 17 de la loi du 18 juin 2014 vient compléter plus efficacement la délégation de pouvoir dont l'intérêt majeur est de répondre aux problèmes de gestion du bien commercial préempté pendant la période intermédiaire. Ces difficultés dans la pratique concernent la compétence et les moyens financiers mis à la disposition des communes. La délégation aux établissements publics de coopération intercommunale, aux établissements publics « y ayant vocation », aux sociétés d'économie mixte, au concessionnaire d'une opération d'aménagement ou au titulaire d'un contrat de revitalisation artisanale et commerciale est en ce sens une mesure porteuse de promesses. Il est même possible de dire de cette mesure qu'elle est l'acte de naissance du droit de préemption commercial et artisanal. Ces structures ont en effet des moyens, des outils et l'expérience, nécessaires à une mise en œuvre opérationnelle du droit de préemption dans une vision logique et globale du droit de l'urbanisme. Les objectifs poursuivis par ces structures sont tous en lien avec l'objectif du droit de préemption commercial et artisanal¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Article L. 2122-22, 15° du CGCT pour le droit de préemption urbain et Article L. 2122-22, 21° du CGCT pour le droit de préemption des communes en matière commerciale.

¹⁷⁸ MORENO, D., *Droit de préemption sur les fonds de commerce, artisanaux, les baux commerciaux et les terrains faisant l'objet de projets d'aménagement commercial - Décret du 26 décembre 2007 pour la mise en oeuvre de la loi du 2 août 2005, loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 et ses textes d'application, loi de simplification du droit du 22 mars 2012*, Janvier 2013, CCIP, p.4.

¹⁷⁹ COUTON, X., "L'urbanisme opérationnel dans la loi Pinel," *Construction et Urbanisme*, n°9, Septembre 2014, Comm. 110.

B) L'APPLICATION DU STATUT DES BAUX COMMERCIAUX PENDANT LA PERIODE INTERMEDIAIRE

414 – *La cohérence de la procédure par l'application continue du statut* – Le statut protecteur des baux commerciaux n'était pas applicable pendant la période qui précède la rétrocession durant laquelle la commune est propriétaire du fonds ou du bail. Cette situation rendait instable l'opération juridique au soutien du projet d'urbanisme commercial. La loi du 18 juin 2014 corrige simplement ce point en ouvrant l'application du statut aux communes dans le cadre de l'exercice de leur droit de préemption, tout en encartant la résolution du bail pour défaut d'exploitation (1). L'exploitation du fonds pendant la période intermédiaire est une des problématiques majeures du droit de préemption. La loi du 22 mars 2012 dite de simplification du droit avait permis la mise en location-gérance du fonds. La réforme de juin 2014 complète cette solution en allongeant la durée d'exploitation avant rétrocession à trois ans au lieu de deux ans (2).

I. LA PERMANENCE DU STATUT DES BAUX COMMERCIAUX ETENDUE A L'INTEGRALITE DE LA PROCEDURE DE PREEMPTION

415 – *L'absence de protection statutaire et l'incohérence du mécanisme au moment de la rétrocession* – Par exception, l'article L. 145-2 II *in fine* du Code de commerce avait exclu l'application du statut des baux commerciaux pendant la période intermédiaire. Il est possible de justifier cette disposition par l'obstacle qui résulte du conflit entre les obligations découlant du statut et la nature juridique de la commune, personne morale de droit public. En effet, il est évident que la commune ne pourra pas être immatriculée. Cette condition étant nécessaire à l'application du statut des baux commerciaux, il était possible d'y voir la raison de l'exclusion de l'application du statut. Mais la doctrine avait soulevé l'incohérence de la situation. En effet, l'interrogation principale portait sur le droit au renouvellement. Si le statut n'est pas applicable pendant la période intermédiaire alors la commune ne peut se prévaloir du droit au renouvellement, le projet d'urbanisme fondé sur le bail ainsi préempté était mis en péril si le bail venait à expirer. De plus, l'application du droit commun des baux rendait instable la question du loyer. Et pour finir quant à la rétrocession portant sur le droit au bail, la situation était juridiquement insoutenable, car la commune rétrocédait un droit qu'elle n'avait finalement pas.

416 – L'application du statut des baux commerciaux à l'ensemble de la procédure de préemption – La loi du 18 juin 2014 est venue harmoniser la situation en modifiant l'article L. 145-2 du Code de commerce selon lequel désormais, « *en cas d'exercice du droit de préemption sur un bail commercial, un fonds artisanal ou un fonds de commerce en application du premier alinéa de l'article L. 214-2 du Code de l'urbanisme, le bail du local ou de l'immeuble demeure soumis au présent chapitre* » La réforme précise que « *le défaut d'exploitation ne peut être invoqué par le bailleur pour mettre fin au bail commercial dans le délai prévu au même article L. 214-2 pour sa rétrocession à un nouvel exploitant* » Il s'agit du point sensible du droit de préemption commercial et artisanal, l'exploitation pendant la période intermédiaire est une difficulté notoire à bien des égards. Tout d'abord, en raison de la nature du fonds de commerce fondé sur la permanence de la clientèle. Ensuite en raison de la possible existence de contrats de travail cédés avec l'exploitation. Enfin, pour une raison économique, la commune préemptant au prix du marché, il n'est pas dans son intérêt de rétrocéder le bien « dévalué » par l'absence d'exploitation. Le texte ainsi modifié s'applique à toutes les situations d'existence d'un bail commercial et pas seulement à la préemption de ce droit. En effet, le bail commercial est bien souvent présent quel que soit la préemption réalisée dans ce domaine, la commune préemptant un fonds de commerce ou un fonds artisanal se substituera au bail commercial attaché au fonds, et le statut sera applicable à la commune.

417 – L'inextricable paralogisme législatif – L'application du statut des baux commerciaux à la commune, personne morale de droit public, harmonise le processus et sécurise les relations contractuelles, mais elle ne rend pas pour autant le dispositif cohérent. Le droit de préemption en question postule l'union contre nature de deux systèmes juridiques incompatibles : d'un côté le droit de l'urbanisme et de l'autre le droit commercial. La vision de ces systèmes s'oppose, aussi il s'agira toujours de règles d'exception. Ainsi, l'application du statut aux communes est une véritable exception aux règles générales et classiques des baux commerciaux. La tentative de cohérence de la nouvelle loi doit tout de même être actée vis-à-vis des dispositions relatives au droit de préemption. Mais il faut garder à l'esprit que si le statut s'applique à la période intermédiaire, alors l'ensemble de la réforme sur le bail porté par la nouvelle loi sera opposable à la commune. Dès lors s'appliqueront les nouvelles dispositions sur l'absence de résiliation anticipée aux périodes triennales, l'état des lieux d'entrée et de sortie, toutes les nouvelles exigences concernant le loyer et les charges, sans oublier les mesures relatives

aux clauses de solidarité. Or le bail commercial est sur ce point un véritable « risque » économique pour la commune. La curiosité du juriste sera sans nul doute piquée par la question de l'articulation entre les droits de préemption urbains sur les murs et le droit de préférence créé par la loi du 18 juin 2014 au profit du preneur.

2. L'EXPLOITATION EN LOCATION-GERANCE PENDANT LA PERIODE INTERMEDIAIRE

418 – *La persistance d'un doute quant à la possible exploitation du fonds de commerce après préemption par la commune* – Le fonds de commerce est composé d'éléments corporels (le matériel et les marchandises) et d'éléments incorporels, tels que la clientèle et bien entendu le droit au bail. L'importance de l'exploitation du fonds de commerce après préemption touche à l'existence même du fonds. Cette nécessité n'avait pas été prise en compte par le législateur lors de la loi du 2 août 2005, ni lors de l'élaboration du décret d'application. Une réforme était nécessaire, elle est intervenue le 22 mars 2012, par la loi de simplification du droit qui prévoit que « *pendant le délai indiqué au premier alinéa du présent article [2 ans], la commune peut mettre le fonds en location-gérance dans les conditions prévues aux articles L. 144-1 à L. 144-13 du Code de commerce* ». Malgré cet effort, cette solution ne résout pas toutes les difficultés. En effet, si la location-gérance du fonds apparaît comme une vraie opportunité pour la commune, qui n'étant pas commerçant « contourne » la difficulté en laissant cette qualité au locataire-gérant, qui assumera le maintien des contrats de travail¹⁸⁰. Elle peut à l'inverse, devenir une opération risquée pour la commune qui sera solidaire de toutes les dettes contractées par le locataire-gérant dans le cadre de l'exploitation du fonds pendant la période précédant la publication au journal d'annonces légales et pendant six mois après publication du contrat. Cette solidarité résulte des dispositions du Code de commerce¹⁸¹, outre la solidarité fiscale sur les impôts directs, toutes deux d'ordre public. De plus, il faudra prendre garde à l'existence d'une clause interdisant la location-gérance ou la sous-location. Cela dit, il faudra surtout que la commune trouve un locataire-gérant qui exploitera à ses risques et périls le fonds pour une période, qui reste finalement d'un point de vue commercial, courte : 2 ans dans l'ancien texte¹⁸². De surcroît, s'il s'agit d'un fonds artisanal, il faudra

¹⁸⁰ SCHÜTZ, R.-N., "Les suites de la préemption commerciale - Usage et revente du fonds ou du bail préempté," *Deffrénois*, n°17, 15 octobre 2009, p. 1787.

¹⁸¹ Article L. 144-7 du Code de commerce.

¹⁸² BOUJEKA, A., "Transformation et disparition du fonds de commerce," Fasc. 1120, *JurisClasseur Entreprise individuelle*, LexisNexis, 18 avril 2012, n°164.

trouver un artisan qui acceptera de mettre son savoir-faire à disposition et cela sans garantie d'acquisition au moment de la rétrocession puisque la location-gérance ne garantit aucun droit de préférence¹⁸³.

419 – L'allongement du délai de rétrocession dans le cadre d'une exploitation en location-gérance – La nouvelle loi modifie le délai de rétrocession dans l'hypothèse d'une mise en location-gérance. En effet, le délai précédemment applicable de deux ans était trop court. Ainsi l'article L. 214-2 du Code de l'urbanisme prévoit désormais que « *le titulaire du droit de préemption doit, dans le délai de deux ans à compter de la prise d'effet de l'aliénation à titre onéreux, rétrocéder le fonds artisanal, le fonds de commerce, le bail commercial ou le terrain à une entreprise immatriculée au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, 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. Ce délai peut être porté à trois ans en cas de mise en location-gérance du fonds de commerce ou du fonds artisanal. L'acte de rétrocession prévoit les conditions dans lesquelles il peut être résilié en cas d'inexécution par le cessionnaire du cahier des charges* » Il est intéressant de noter que le titulaire du bail en tant que propriétaire du fonds de commerce bénéficie du statut protecteur des baux commerciaux, étendu aujourd'hui aux communes pendant la délicate période intermédiaire. Ainsi, aucun critère n'est retenu quant aux modes d'exploitation du fonds qui peut être confié à un tiers. Mais ce droit au bail commercial est réservé au propriétaire du fonds, le locataire-gérant n'en bénéficie pas¹⁸⁴. Dès lors, la situation devient concrètement ubuesque, puisqu'une commune, par nature non commerçant ou artisan, et donc non inscrite au registre, se verra appliquer le statut des baux. Mais en parallèle, le commerçant ou l'artisan exploitant le fonds en location-gérance pendant la période intermédiaire se verra refuser la protection du statut. Pour autant, le locataire-gérant peut revendiquer le bénéfice du statut. Tel est le cas lorsqu'il a créé dans des conditions régulières un fonds distinct de celui qui lui est loué et qu'il en rapporte la preuve¹⁸⁵. De même si le locataire-gérant a développé une clientèle d'une manière telle qu'une part « notable » de celle-ci peut être regardée comme lui étant attachée¹⁸⁶. Or, il semble évident que cela sera le cas dans la pratique si une commune met en location-gérance le bien préempté.

¹⁸³ Avis contraire : *Ibid.*

¹⁸⁴ Cass. 3^e civ., 26 septembre 2001, n°1260 FS-PB, Rivière/Moulinier : RJDA 12/01 n°1186.

¹⁸⁵ Cass ; 3^e civ., 22 mai 1968, Bull. civ., III, n°230 ; Cass. 3^e civ., 25 janvier 1983, Bull. Civ. III, n°22.

¹⁸⁶ Cass. com. 21 mars 1995 : RJDA 8-9/95 n°975.

C) DES PROPOSITIONS DE REFORME RESTANT A ENVISAGER

« Le droit français a perdu, en même temps que sa jeunesse, la force qu'il tirait de sa simplicité et de sa sobriété [...] Une ardente nécessité devrait, avant toute autre chose, simplifier et alléger l'immense désordre législatif [...] Les récentes lois dites de simplification du droit, n'y sont pas parvenues ; c'est le moins que l'on puisse dire. »¹⁸⁷

420 – *Les corrections textuelles* – Le décret d'application est entré en vigueur plus de deux ans après la loi. Mais sa rédaction visant à éclairer la mise en œuvre de la procédure de préemption comporte quelques légères incohérences. Il est possible d'y voir des erreurs de plume sans gravité. Pour autant, à l'aune des regrets de Monsieur Malaurie, il est nécessaire de noter ces oublis et de souhaiter leurs corrections. Ainsi, faut-il se reporter aux articles R. 214-7 alinéa 2 et R. 214-8 du Code de l'urbanisme. L'article R. 214-7 envisage la procédure de préemption au cours d'une adjudication. À l'alinéa 1^{er} il est fait référence aux différents acteurs pouvant intervenir dans la cession par adjudication, et à qui incombent l'obligation d'opérer la déclaration préalable transmise à la mairie du lieu de situation du fonds. Il s'agit dans le cadre de cette procédure du commissaire priseur judiciaire, du greffier de la juridiction ou du notaire chargé de procéder à la vente. Mais la notification de la décision de préemption, envisagée à l'alinéa 2 du même article, ne prévoit plus l'information du commissaire-priseur judiciaire et ne vise alors que le notaire rédacteur de l'acte ou le greffier de la juridiction. Or, la procédure par adjudication lorsqu'elle est initiée par un commissaire-priseur judiciaire, ce dernier est celui qui effectue les formalités de la vente aux enchères. Il apparaît nécessaire qu'il soit alors visé par le texte afin qu'il soit informé de la substitution d'acquéreur à la vente et alors de procéder à l'information de l'acquéreur évincé tel que prévu à l'alinéa 4 de l'article R.214-7, cet alinéa devant lui aussi être modifié afin d'y ajouter la mention « commissaire-priseur judiciaire » .

Par ailleurs, l'article R.214-8 opère un renvoi au titre des formalités de déclaration préalable de la commune et de notification de la décision de préemption. L'article R.214-8 du Code de commerce vise la procédure de vente de gré à gré autorisée par le juge-

¹⁸⁷ MALAURIE, P., "La réforme de la prescription civile (suite)," *Petites affiches*, n°39, 22 février 2008, p. 3.

commissaire. Le renvoi aux formalités de l'article R.214-7 nécessite d'opérer un travail intellectuel de transposition des acteurs de ces procédures alors différentes. En effet, seul le liquidateur judiciaire est habilité à réaliser la vente du bien commercial ou artisanal dans le cadre de cette procédure. Ainsi l'alinéa 5 de l'article R.214-7 devrait y voir rajouter la mention « *ou le liquidateur judiciaire en cas de cession de gré à gré autorisé par le juge-commissaire* » .

Il faut noter que le Code de commerce concernant la procédure d'adjudication emploie le terme « *d'officier public vendeur* », ce terme générique permet de viser à la fois les commissaires-priseurs, les notaires et le greffier du Tribunal de Commerce. L'emploi de termes communs et génériques peut aussi être envisagé. De telle sorte que l'article R.214-7 alinéa 1 et 2 peut être rédigés de la façon suivante :

« En cas de cession, par voie d'adjudication, d'un fonds artisanal, d'un fonds de commerce, d'un bail commercial ou d'un terrain portant ou destiné à porter des commerces d'une surface de vente comprise entre 300 et 1 000 mètres carrés, l'officier public chargé de procéder à la vente, selon la nature de l'adjudication, ou le liquidateur judiciaire en cas de cession de gré à gré, procède à la déclaration préalable prévue à l'article L. 214-1. Cette déclaration est établie dans les formes prescrites à l'article R. 214-4 et indique la date et les modalités de la vente. Elle est adressée au maire trente jours au moins avant la date fixée pour la vente par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par voie électronique dans les conditions prévues par le I de l'article 5 de l'ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005.

Le titulaire du droit de préemption dispose d'un délai de trente jours à compter de l'adjudication pour notifier, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par voie électronique dans les conditions prévues par le I de l'article 5 de l'ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005, à l'officier public sa décision de se substituer à l'adjudicataire. Copie de cette décision est annexée au jugement ou à l'acte de l'adjudication et publiée au bureau des hypothèques en même temps que celui-ci. »

Enfin, la réforme initiée en 2014 a modifié les mentions obligatoires devant figurer à la DIA, mais le formulaire *Cerfa* issu de l'arrêté du 29 février 2008 n'a pas été modifié et donc complété selon les nouvelles dispositions législatives. Il serait opportun qu'un nouvel arrêté soit pris dans ce sens afin de supprimer l'ancien formulaire et de créer un nouveau formulaire complet.

421 – *La nécessité de procéder à un travail de définition législative* – Le droit de préemption est un droit d'interprétation stricte. Ce principe est une garantie. Or, le droit de préemption commercial et artisanal prévu aux article L. 214-1 et suivants ne définit pas la notion de « commerce et d'artisanat de proximité ». L'absence de définition concerne aussi l'objectif de la loi fondant l'intérêt général, et correspondant à la sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité et au maintien de la diversité commerciale et artisanale. La difficulté qui se révèle dans le travail de définition de la notion « de commerce et d'artisanat de proximité » est de définir « la proximité ». En effet, la notion de « proximité » peut être entendue comme relevant d'une analyse géographique. Ainsi se pose le problème de l'élément de référence permettant de considérer la relation proximale géographiquement. Le commerce sera qualifié de proximité en fonction du domicile du consommateur ou de son lieu de travail ou même en fonction du trajet domicile/travail et donc en fonction d'un axe de circulation. De même la notion de « proximité » peut être envisagée sur la base d'une analyse économique en référence à la consommation et aux besoins. Le commerce est alors dit de proximité s'il répond aux besoins de consommation courante et immédiate. Cette vision impose de définir aussi les besoins courants de consommation qui peuvent varier sur le territoire et selon la population. Ainsi, l'exemple qui peut être donné est celui des librairies, la « consommation » de livre est-il un besoin courant de consommation ? Il apparaît donc difficile de prendre part à une analyse car elle provoquera forcément un effet d'exclusion de certains commerces. Mais la trop grande ouverture de la loi peut s'avérer être un risque de « dérapage ». Le droit de préemption commercial et artisanal étant un outil éminemment politique, il peut être orienté selon des objectifs s'éloignant de l'esprit premier de la loi. Il est possible d'imaginer par exemple une application du droit de préemption au vu d'empêcher totalement l'accès de certains commerces pour des raisons ethniques ou idéologiques. Dans une telle optique, il apparaît nécessaire de définir légalement afin de poser un cadre d'action plus précis. Pour autant, la difficulté est grande car la définition de la notion de proximité ne sera jamais tout à fait satisfaisante face à une réalité trop diverse. Il apparaît alors envisageable de supprimer la référence à la notion de « proximité ». La loi n'aura alors que pour référence la notion de sauvegarde et de maintien de la diversité commerciale et artisanale. Il peut donc être recommandé de prendre comme assise la notion de diversité. Ainsi, selon le Ministère des petites et moyennes entreprises, du commerce, de l'artisanat et des professions libérales « *la diversité commerciale constitue une nécessité permettant à chaque citoyen de contenter ses*

besoins notamment en matière de consommation, sans avoir à effectuer des démarches trop importantes ou des déplacements trop longs ». Mais une telle définition porte à confusion entre la notion de « diversité » et celle de « proximité ». La diversité selon le Littré est « *un état de ce qui est divers* », est alors divers « *ce qui présente plusieurs faces, plusieurs côtés, plusieurs apparences* ». Il s'agit donc de maintenir ou de sauvegarder dans la zone de préemption l'existence de commerces et d'artisanats de nature différente. Cette analyse permet de se focaliser sur le problème que la loi souhaitait corriger, à savoir la multiplication dans les centres-ville de monoactivités. La notion de diversité n'a pas forcément besoin d'être précisée dans une définition, il suffit donc de modifier l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme en supprimant la référence au commerce de proximité. L'article sera rédigé de la façon suivante :

« Le conseil municipal peut, par délibération motivée, délimiter un périmètre de sauvegarde et de maintien de la diversité commerciale et artisanale, à l'intérieur duquel sont soumises au droit de préemption, institué par le présent chapitre, les aliénations à titre onéreux de fonds artisanaux, de fonds de commerce ou de baux commerciaux. »

Par ailleurs, la motivation de la décision de la commune n'est pas expressément prévue par le dispositif. La jurisprudence¹⁸⁸ a malgré tout considéré que l'article L. 210-1 du Code de l'urbanisme était applicable au droit de préemption sur les fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux. Ainsi, selon cet article « *les droits de préemption institués par le présent titre 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, à l'exception de ceux visant à sauvegarder ou à mettre en valeur les espaces naturels, ou pour constituer des réserves foncières en vue de permettre la réalisation desdites actions ou opérations d'aménagement [...] Toute décision de préemption doit mentionner l'objet pour lequel ce droit est exercé. Toutefois, lorsque le droit de préemption est exercé à des fins de réserves foncières dans la cadre d'une zone d'aménagement différé, la décision peut se référer aux motivations générales mentionnées dans l'acte créant la zone* ». La difficulté est alors double : d'une part, l'application de cet article n'est pas explicite mais résulte d'une formulation générale « *les droits de préemption institués par le présent titre* », d'autre part, les références à l'intérêt général correspondent à une logique urbanistique fondé sur une application immobilière du droit de préemption. Or, le droit de préemption commercial et

artisanal n'a pas le même fondement. Il s'agirait alors d'envisager l'obligation de motivation de façon explicite et de définir les critères de motivation. L'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme pourrait avoir un alinéa supplémentaire rédigé comme il suit :

« La décision de préemption doit mentionner l'objet pour lequel ce droit est exercé en conformité avec l'intérêt général correspondant à un objectif de sauvegarde, de maintien et de protection de la diversité commerciale et artisanale. La décision devra faire mention des menaces qui pèsent sur la diversité commerciale et artisanale en conformité avec le rapport ayant institué le périmètre et avec l'avis des Chambres consulaires si celui-ci a été émis. »

422 – La délimitation de la zone géographique d'intervention communale sur le commerce et l'artisanat – Le périmètre de préemption est déterminé sans obligation de cohérence avec les documents d'urbanisme. Cette simplicité permet aux communes de choisir un périmètre de sauvegarde de façon rapide avec plus de liberté. Mais les garanties attachées aux documents d'urbanisme ne seront pas assurées. Si le plan local d'urbanisme peut être instauré par le conseil municipal sans seuil démographique, il reste lourd à élaborer en raison de son contenu, du support matériel et des documents annexes. Pour autant, il y a un intérêt réel d'instaurer un PLU, en raison de la publicité qui s'infère et donc de l'opposabilité des règles. Or, le droit de préemption des communes sur les biens commerciaux et artisanaux manque de clarté, en effet, la zone de préemption fait l'objet pour seule publicité de l'affichage en mairie de la délibération du conseil municipal. Il y a donc un manque de visibilité sur un ensemble territorial, et sur un laps de temps plus grand. Dès lors plusieurs solutions peuvent être envisagées de façon alternative ou cumulative. Trois solutions peuvent être proposées, la première serait d'imposer d'inclure en annexe au PLU la délimitation du périmètre de préemption, cette solution doit être sous condition de l'existence d'un PLU dans la commune et ne doit pas être une condition d'empêchement de l'instauration du droit de préemption commercial et artisanal. Ainsi, une deuxième solution peut être envisagée en complément de la première, consistant à élargir l'implication des Chambres consulaires. Cette proposition part du postulat selon lequel les CCI et CMA étant obligatoirement consultées, elles ont la liste des communes ayant instauré un périmètre. Il serait alors envisageable de créer un registre tenu par les CCI et CMA. Enfin, la diffusion de l'information de la zone de préemption intéresse principalement les acteurs de la vente

¹⁸⁸ CE, 1^{ère} ss.sect., 26 avril 2013, n° 362949 : Dictionnaire Permanent Droit des affaires, Juillet 2013, p.13, S. Danna.

des biens artisanaux ou commerciaux, notaires, avocats, agents immobiliers. Il serait utile de prévoir un renvoi aux dispositions de l'article R. 211-3 du Code de l'urbanisme selon lequel « le maire ou, le cas échéant, le président de l'établissement public de coopération intercommunale compétent adresse sans délai au directeur départemental ou, le cas échéant, régional des finances publiques, au Conseil supérieur du notariat, à la Chambre départementale des notaires, aux barreaux constitués près des Tribunaux de grande instance dans le ressort desquels est institué le droit de préemption urbain et au greffe des mêmes tribunaux copie des actes ayant pour effet d'instituer ou de supprimer le droit de préemption urbain ou d'en modifier le champ d'application. Cette copie est accompagnée, s'il y a lieu, d'un plan précisant le champ d'application du droit de préemption urbain ». Il faut enfin, préciser l'hypothèse de modification du périmètre de préemption. Il s'agirait simplement de rajouter un article au décret d'application précisant que la procédure applicable doit être la même que celle prévue au moment de l'instauration du périmètre. L'article peut être rédigé comme il suit :

« La modification du périmètre de sauvegarde ou l'instauration d'un périmètre de sauvegarde supplémentaire par le conseil municipal respectera la procédure prévue aux articles R. 214-1 et R. 214-2 du Code de l'urbanisme. »

Ce nouvel article pourra être complété d'un renvoi aux dispositions relatives à de nouvelles mesures de publicité telle que proposées précédemment si ces mesures faisaient l'objet d'un article supplémentaire au décret.

423 – *L'exploitation et la rétrocession des biens préemptés* – La période intermédiaire est source de débat depuis l'origine de la loi instaurant le droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux. En effet, la commune n'a pas vocation à être artisan ou commerçant, or l'inactivité prolongée d'un commerce lui fait perdre sa valeur. La loi n° 2012-387, du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives¹⁸⁹ a permis la mise en location-gérance pendant la période intermédiaire. La réforme de 2014¹⁹⁰ a étendu le délai de rétrocession dans cette hypothèse à trois ans. Mais en pratique cette exploitation temporaire peut fausser le jeu de mise en concurrence des candidats à la rétrocession. Aussi serait-il plus réaliste d'envisager un droit de préférence au moment de la rétrocession pour

¹⁸⁹ Journal Officiel 23 Mars 2012.

¹⁹⁰ Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 - art. 17.

le locataire-gérant. Il peut être prévu alors que la commune, avant de publier par affichage la vente, informe le locataire-gérant de la procédure en lui joignant le cahier des charges. Celui-ci aurait un délai de réponse afin de faire connaître son souhait de racheter le fonds ou le droit au bail, avec l'accord du bailleur. Seul son refus déclencherait la procédure d'appel à candidature. Mais surtout, d'autres solutions auraient pu être envisagées, notamment la fiducie, de même pour le contrat de gestion d'entreprise ou de gérance-mandat. La difficulté dans ces solutions est la répartition des risques qui restent à la charge de la commune, contrairement à la location-gérance. Mais l'avantage est que ces contrats sont structurellement à durée déterminée, la question d'un « droit de préférence » de l'exploitant temporaire au moment de la rétrocession devient alors moins prégnante.

La rétrocession est la procédure la plus délicate pour la commune. En effet, comme il a été démontré, le choix de l'acquéreur peut s'avérer complexe pour plusieurs raisons. Il s'agit non seulement de trouver un commerçant ou, plus délicat peut-être, un artisan susceptible d'acquérir le fonds ou le droit au bail, mais aussi d'évaluer le bien, car même si le droit de préemption est un outil d'aménagement du territoire utilisé à des fins politiques, il reste que l'opération est foncièrement économique. Par ailleurs, l'acte de vente entre la commune et un commerçant ou artisan impose des droits et obligations, et notamment des garanties qui peuvent lier la commune au sort du devenir du commerce ainsi rétrocédé. Il ressort de ces constatations qu'une amélioration du dispositif sur ce point doit être envisagée. Il est vrai que la loi, ne peut, et même ne doit pas chercher à répondre à toutes les situations individuellement, le caractère général de la loi lui confère bien souvent une plus grande force et une meilleure efficacité. Mais il peut être soutenu l'inverse, en effet, un meilleur encadrement légal est un support et un soutien utile dans la mise en œuvre d'outils juridiques parfois complexes. Aussi, peut-il être envisagé de prévoir un certain nombre de mesures afin d'aider les communes dans le processus de recherche d'un acquéreur à la rétrocession. Le travail des Chambres consulaires dans le domaine de la transmission et la création « d'entreprise » peut être un appui utile. Il serait opportun donc d'élargir le rôle de ces organismes à la procédure de rétrocession. Il peut être prévu par la loi une consultation des CCI et CMA par la commune à tout moment avant la fin du délai de rétrocession. Cette consultation doit par ailleurs être accompagnée d'une obligation de réponse de la part des Chambres consulaires. Il peut être prévu que cette réponse doit intervenir au plus tard un mois avant la fin du délai de rétrocession. La consultation devra être accompagnée d'un descriptif du bien, d'un projet de cahier des charges, et d'une

éventuelle explication quant au projet commercial ou artisanal souhaité par la commune. Les Chambres consulaires joueront le rôle d'intermédiaire entre les mairies et les commerçants ou artisans. Elles pourront aussi transmettre des avis et des recommandations quant au projet éventuellement souhaité par la commune, notamment au titre des études et audits effectués pouvant être utiles à la connaissance de l'évolution du commerce et de sa viabilité. De plus, un accompagnement éventuel sur l'expertise du bien peut être apporté par les CCI et CMA. La question du caractère contraignant du délai de rétrocession peut alors être soulevée. Il est vrai que la commune a deux ans pour rétrocéder le bien ou trois ans en cas de mise en location-gérance pendant la période intermédiaire. Mais si le bien n'est pas rétrocédé pendant cette période, aucune contrainte, ni mesure n'est envisagée. Les difficultés sont trop importantes pour les mairies dans ce processus, il ne peut être opéré de proposer un délai contraignant. Mais il peut être utile que la loi impose une information de l'éventuel acquéreur évincé en début de procédure. Cette mesure ne sera pas d'une grande innovation, car au bout de deux ou trois ans l'acquéreur aura très certainement trouvé un autre fonds ou droit au bail. Bien plus, si cet acquéreur avait une activité qui va à l'encontre de l'objectif de sauvegarde de la diversité commerciale et artisanale, alors il ne peut être prévu un retour en arrière. Aussi, la rétrocession est prescrite dans un délai qui se doit d'être respecté par les communes dans leur propre intérêt mais la loi ne doit pas envisager plus de formalités ou de contraintes. Par contre, le contenu du cahier des charges doit être précisé par la loi afin d'éviter tout contentieux en raison de l'imprécision législative faisant peser sur la procédure un risque d'atteinte à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété. Ce contenu peut être envisagé de façon négative en visant les aspects qui ne doivent pas être prescrits par la commune. Par exemple, en ce qui concerne le bail commercial, ses clauses ne peuvent être modifiées notamment en ce qui concerne l'activité visée au bail. De même, le cahier des charges ne devrait pas imposer de fournisseurs, ou interdire l'exercice d'une activité, ou imposer une forme de gestion. Par exemple un boulanger qui a acquis en rétrocession un fonds ou un bail ne peut se voir imposer de ne pas vendre des sandwichs à la viande hallal. De plus, la sanction du non respect du cahier des charges doit être précisée pour éviter tout arbitraire et toute instabilité contractuelle. Par ailleurs, le caractère personnel de ce document contractuel doit aussi être précisé. Ainsi il peut être émis comme hypothèse de rédaction :

« Le cahier des charges ne peut modifier les clauses du bail, imposer une gestion particulière ou une activité. Il doit être rédigé en respect avec le droit de propriété, la

liberté du commerce et de l'industrie et la libre concurrence. Le cahier des charges ne s'impose qu'à l'acquéreur à la rétrocession et ne peut être considéré comme un élément du fonds de commerce ou du fonds artisanal ; ou comme un document contractuel attaché au bail commercial. L'inexécution du cahier des charges ne peut être sanctionnée par la résiliation de l'acte de rétrocession qu'après mise en demeure restée sans effet. La mise en œuvre de la sanction ne peut résulter que d'une inexécution suffisamment grave au regard de l'objectif d'intérêt général de la loi. »

424 – *La mise en conformité de la loi avec les droits et libertés* – Il a été démontré que nombres d'aspects du dispositif instaurant le droit de préemption n'étaient pas en conformités avec le droit de propriété et la liberté d'entreprendre. Certains points peuvent donc faire l'objet d'une réforme. Le délai de rétrocession pourrait être contraignant ou à tout le moins être garantie par un recours ouvert notamment à l'acquéreur évincé afin de préserver le droit de propriété. Sur le terrain des recours, le bailleur devrait, en plus de la notification, avoir droit à un recours légalement prévu afin de garantir ses droits. Ce recours pourrait être devant le juge des loyers commerciaux, mais si l'intention du bailleur est de s'opposer à l'exercice du droit de préemption il sera nécessaire d'envisager un recours administratif.

CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

425 – *À la recherche d'une réelle efficience* – Les moyens de contournement de l'application du droit de préemption sont nombreux, tant par le biais de la gestion du patrimoine que par la conclusion de contrat de gestion. Si la loi a été modifiée afin d'élargir son champ d'application et permettre l'exercice du droit de préemption à l'apport en capital d'un fonds ou du droit au bail, d'autres moyens d'évitement restent envisageables. Ainsi, partant du postulat que le « commerce » dans la zone de préemption est déjà géré en société, la fusion ou la scission échappera à la préemption par la commune. En effet, même si la fusion peut être qualifiée d'échanges de droits sociaux et donc d'aliénation, l'exclusion de l'application du droit de préemption résulte de l'absence d'action sur les biens soumis au droit de préemption. La fusion ou la scission porte sur la société, le bien visé par l'aliénation est la société. La cession de parts sociales rentrera dans la même logique. Ainsi, les parts de société cédées (aliénées) correspondent à une opération juridique d'aliénation à titre onéreux différente de celle sur les biens commerciaux et artisanaux puisque l'aliénation ne porte pas sur les fonds ou le droit au bail. Par ailleurs, les opérations sur le patrimoine peuvent aussi permettre la transmission des biens sans application du droit de préemption. Le démembrement de propriété permettant de céder non les biens soumis à la préemption, mais l'usufruit sur ces biens. Les opérations d'affectation du patrimoine comme la fiducie ou l'EIRL permettent aussi d'éviter l'application du droit de préemption. Pourtant, la fiducie reste un mécanisme qui entre dans le champ d'application du droit de préemption. En effet, il s'agit d'une aliénation à titre onéreux pouvant porter sur les fonds de commerce ou artisanaux ou le bail commercial. Mais les buts et objectifs entre la fiducie et la préemption commerciale et artisanale sont trop distants et peuvent laisser croire à l'empêchement de l'application du droit de préemption¹. Il s'agit alors de ne considérer qu'une seule hypothèse de contournement, correspondant à une fiducie non sur le fonds, meuble incorporel, mais sur les droits sur le fonds tel que l'usufruit du fonds de commerce. L'EIRL, correspond à une réelle affectation du patrimoine d'une personne physique. Il n'y aura donc pas de constitution de société avec une personnalité morale, la même personne physique a deux patrimoines. Cette nouveauté en droit français permet alors d'éviter la difficulté que pourrait rencontrer un commerçant ou artisan qui souhaiterait se constituer en

¹ HINFRAY, A., "La fiducie et le bail commercial en droit français," *AJDI*, 2012, p.85.

société et dont l'activité se trouve déjà dans une zone de préemption. En effet, si l'activité qui est apportée au capital est portée par le fonds ou le droit au bail, alors le droit de préemption s'applique. Or, l'affectation du patrimoine en EIRL permet d'éviter cette hypothèse tout en accordant le bénéfice d'une organisation légale et patrimoniale de l'activité. De plus, la cession du patrimoine affecté à l'EIRL ne sera pas juridiquement soumise au droit de préemption, car il ne s'agit plus d'une cession « pure et simple » du fonds de commerce, fonds artisanal ou du droit au bail, mais d'un ensemble de biens et de droits attachés à une activité. Les contrats permettent aussi d'organiser la gestion d'une activité commerciale ou artisanale. Ainsi, la mise en location-gérance, le contrat de gestion d'entreprise et le contrat de gérance-mandat permettront de laisser l'activité à la gestion d'un tiers et d'en tirer bénéfice. Ces contournements contractuels de la préemption commerciale et artisanale restent malgré tout des solutions imparfaites puisque la transmission du bien n'est pas opérée. Le commerçant ou l'artisan restent en effet propriétaire de son bien, il ne fait qu'en déléguer la gestion.

Les évitements du droit de préemption fragilisent ce droit dans son efficience. Le risque est alors pour les communes, ayant une zone de sauvegarde, de ne pas pouvoir exercer leur droit et ainsi agir selon l'objectif souhaité afin de maintenir et préserver le commerce et l'artisanat. Il s'agit alors d'éviter que ce droit devienne une « coquille vide ». Les réformes successives ont donc tenté de corriger les insuffisances du dispositif originaire. Ce processus législatif était attendu dans la pratique, car nombre de difficultés freinaient l'application du droit de préemption. Les enquêtes de terrain ont permis de prendre en compte l'aspect concret de la préemption commerciale et artisanale et de mesurer l'importance de la réforme intervenue en juin 2014. Plusieurs points ont donc été réformés : le contenu de la DIA a été complété, la délégation d'exercice du droit de préemption a été élargie, le statut des baux commerciaux est aujourd'hui applicable à la période intermédiaire tout en échappant à la possible résolution du bail en cas d'absence d'exploitation, et enfin, la location-gérance permet de prolonger l'obligation de rétrocession. Mais d'autres améliorations restent possibles. En effet, l'étude menée sur le dispositif englobant les différentes matières juridiques en cause permet de mettre en exergue des empêchements autres pouvant être corrigés. Ainsi, est-il proposé de procéder à une réforme qui corrigerait certaines imprécisions textuelles, qui définirait le « commerce de proximité » et les critères de motivation de la commune dans son choix de préempter, et prévoirait un meilleur encadrement de la phase de rétrocession.

CONCLUSION DU TITRE SECOND

426 – *Les risques d'inefficience motivant le perfectionnement du droit de préemption* – L'ensemble des limites au droit de préemption des communes sur les biens artisanaux et commerciaux sont autant d'empêchements à l'exercice de ce droit. La limite légale est justifiée par l'objectif propre aux procédures collectives qui rentrerait en conflit avec celui de la préemption. Pour autant, le dispositif procédant par renvoi textuel, certaines hypothèses relevant des procédures collectives ne seront pas exclusives de l'exercice du droit de préemption. Ainsi, la cession isolée du fonds ou du droit au bail, la liquidation simplifiée ou la résolution du plan de cession sont des cas d'aliénation des biens commerciaux ou artisanaux, au cours d'une procédure collective, permettant pourtant l'intervention de la commune dans l'exercice de son droit de préemption. Ces hypothèses relèvent de l'analyse et de l'interprétation du texte régissant le droit de préemption, elles s'infèrent donc en filigrane des règles relatives à la préemption. Il s'agit alors d'un aspect obscur du dispositif. Ces procédures n'étant pas expressément visées par la loi, les acteurs de la procédure collective devant céder les biens commerciaux ou artisanaux, peuvent passer à côté de la nécessité de procéder à la purge du droit de préemption. Au delà des procédures collectives, la commune n'aura pas la possibilité d'agir si le bien aliéné n'est pas un fonds de commerce, un fonds artisanal ou le droit au bail commercial, ou si l'opération n'est pas une aliénation à titre onéreux. La pratique des affaires a ainsi été très créative afin de proposer de multiples solutions de cession des outils commerciaux ou de transmission de leur gestion. Les techniques juridiques alors employées sont diverses. Il est alors possible de faire appel aux techniques sociétaires, contractuelles ou patrimoniales. Ces contournements fragilisent le droit de préemption dans son application, faisant craindre à une inefficience. En effet, dès l'origine du dispositif la doctrine avait soulevé l'incohérence terminologique entre la loi et le décret, l'une visant les « cessions » et l'autre les « aliénations à titre onéreux » ; or la notion de cession des biens commerciaux ou artisanaux est plus restrictive et ne permet pas de prendre en compte l'apport en société de ces biens. Il devenait alors aisé d'éviter l'application du droit de préemption. Le législateur a corrigé cet aspect en modifiant la loi qui, dès lors, ne vise plus que les aliénations à titre onéreux, l'exercice du droit de préemption porte donc sur les cessions, les apports en capital avec contrepartie en argent. Mais l'évitement du droit de préemption reste toujours possible. Pour autant, le législateur a tenté de répondre aux difficultés d'application du droit

de préemption. La dernière réforme de la loi fait montre d'une réelle volonté d'affirmer l'efficacité de cet outil. Des propositions de réformes sont tout de même encore envisageables. Elles visent à clarifier les aspects de la loi restés obscurs afin de la rendre à la fois plus lisible mais aussi de permettre de meilleures garanties. Il s'agit notamment de clarifier l'objectif légal en focalisant le dispositif sur la notion de diversité commerciale plus facile à définir que la notion de « proximité ». De même il est possible d'envisager un meilleur encadrement du contenu du cahier des charges.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

427 – *Le risque de contentieux fragilisant l'action communale* – L'action de la commune dans la sphère commerciale doit être considérée comme exceptionnelle. Il s'agit de garantir l'équilibre entre les libertés et l'interventionnisme communal. En effet, le droit de préemption est une atteinte par principe au droit de propriété, mais aussi à la liberté d'entreprendre, en raison de la nature de ce droit qui vise les biens artisanaux et commerciaux. Les atteintes aux droits et libertés peuvent générer un contentieux. L'introduction en droit français d'une nouvelle procédure visant à permettre la saisie du Conseil Constitutionnel a réintroduit au cœur de chaque contentieux la question de la constitutionnalité des droits applicables aux litiges. Le droit de préemption est directement impacté par cette nouvelle problématique. Même si le Conseil Constitutionnel s'est déjà prononcé sur le dispositif de préemption commercial et artisanal, en le reconnaissant comme constitutionnel, le débat n'est pas clos. En effet, les réformes de 2012 et de 2014 peuvent être considérées comme un changement de circonstance réouvrant le recours. De plus, la question du contentieux est complexe car elle implique les deux ordres de juridictions. La répartition du contentieux doit se faire en fonction de chaque situation. Le juge administratif sera compétent pour toutes décisions prises par la commune, mais l'exécution des contrats en cours de procédure seront soumis à l'appréciation du juge judiciaire. Pour autant, cette distinction se complexifie au moment de la rétrocession dans l'hypothèse d'un contentieux sur l'exécution du cahier des charges ; la compétence du juge administratif peut alors s'envisager alors même que le bien commercial ou artisanal est « retombé » dans la sphère commerciale de droit privé. Le contentieux est donc une limite à l'application du droit de préemption. Il est craint par les acteurs de la préemption et plus particulièrement des communes qui mobilisent des moyens afin de mettre en œuvre leur politique d'urbanisme commercial. L'efficacité du dispositif doit passer par une sécurisation des opérations mises en jeux. Un meilleur encadrement de la loi est alors nécessaire et ne peut être conçu comme une restriction supplémentaire mais comme une garantie pour la commune et pour les commerçants et artisans.

428 – *L'exercice renforcé du droit de préemption* – L'exercice du droit de préemption est donc restreint. La loi encadre le champ d'application de la commune, d'interprétation stricte elle vise explicitement l'inaction communale dans le cadre des procédures collectives. Mais le dispositif manque de précision et l'exercice du droit de préemption peut être envisagé dans certains cas au cours d'une procédure collective. Les

restrinctions à l'intervention communale peuvent alors apparaître comme trop peu contraignantes. Il en va différemment à l'étude du champ d'application du droit de préemption confronté à la pratique du droit des affaires. En effet, si la mutation n'est pas une aliénation à titre onéreux ou si le bien n'est pas juridiquement un fonds ou le droit au bail, alors la commune reste spectatrice de la gestion du commerce au sein de la ville. Ces évitements au droit de préemption sont autant d'empêchement que le législateur voudrait corriger. Mais, si l'élargissement du champ d'application aux apports en société a été possible par la correction de la variation sémantique existante entre le décret et la loi, la mise en œuvre de contrats ou la gestion du patrimoine par le commerçant ou l'artisan, étant légale et relevant de leur liberté dans le cadre de leur exploitation, la loi ne saurait y porter atteinte en rendant la préemption omnipotente. La dernière réforme a choisi de parfaire le dispositif sur des aspects très concrets qui suscitaient de vives critiques tant en doctrine qu'en pratique. Il faut alors espérer une meilleure efficacité du droit de préemption qui reste un outil favorable de régulation du commerce. Son utilisation « raisonnée » et pragmatique par les communes répond à un besoin du consommateur/citoyen qui cherche de plus en plus à consommer « utile ». Les initiatives « locovore », consistant à vouloir consommer des produits issus de chaîne locale et donc proximale, d'un point de vue géographique, laissent à croire que le droit de préemption en faveur des commerces de « proximités » est un soutien politique à ces mouvements. Il s'agira donc d'envisager une autre réforme afin d'éclaircir les points de la loi encore restés obscurs. La définition de l'objectif et de l'intérêt général portés par la loi, ainsi que l'encadrement du contenu du cahier des charges doivent être la priorité de cette réforme.

CONCLUSION GENERALE

« Je crois qu'au droit et aux juristes on prête toujours trop ou trop peu. Les non juristes, qui sont naturellement légion, imaginent toujours que la règle de droit est un mur infranchissable, ou qu'elle est au contraire un voile léger que le moindre souffle soulève, qu'elle est au contraire irréductible, ou au contraire qu'elle cède à la moindre pression. La vérité n'est ni d'un côté, ni de l'autre. Le droit est plutôt, sur la réalité sociale, une sorte d'épiderme, qui protège contre nombre d'agressions, mais se déforme, se distend, se conforme aux changements de ce qu'il contient, et parfois cède devant des ennemis extérieurs. Sa vertu étant de s'adapter, avec ses propres mécanismes, aux changements ambiants, et de ne céder qu'en dernière ressort : pour d'ailleurs se reconstruire ensuite. »¹

429 – *Le nouveau droit de préemption* – La création d'un nouveau droit de préemption s'insère dans une logique « d'État providence ». Le droit de préemption commercial et artisanal s'inscrit dans un principe d'interventionnisme étatique. En effet, le postulat que pose ce nouveau droit est celui de l'implication efficiente de l'État dans le commerce. Mais l'hypothèse d'une action communale dans le cadre d'une exploitation commerciale ou artisanale est antinomique. La loi LME de 2005 a, en effet, instauré la possibilité pour la commune d'acquérir un fonds de commerce, un fonds artisanal et un droit au bail commercial, imposant une exploitation effective du commerce. Cet aspect est une difficulté majeure dans l'application du droit de préemption. En effet, la commune n'a nullement vocation à exploiter un commerce de telle sorte que l'objectif poursuivi par la loi, de maintenir et protéger la diversité commerciale et le « commerce de proximité », peut sembler difficilement atteignable. La distance entre les matières juridiques en cause provoque des distorsions dans l'application des règles et dès lors des incohérences.

¹ AUBY, J.-B., *Droit de la ville - du fonctionnement des villes au droit à la Ville*, LexisNexis, 2013, p.8.

430 – Le déséquilibre contractuel issu de l'application du droit de préemption –

Les difficultés révélées par l'analyse du dispositif de préemption en comparatif avec les exigences du droit commercial, applicables au fonds de commerce, fonds artisanal et au bail commercial, mettent en exergue un déséquilibre dans les rapports contractuels. En effet, la loi ayant instauré le droit de préemption, s'inscrit dans une logique propre au droit de l'urbanisme, alors même qu'il s'agit d'une application commercialiste. Les incohérences dans l'application sont donc source de déséquilibre. En effet, qu'il s'agisse des mentions obligatoires à la cession du fonds de commerce ou des sanctions propres aux garanties attachées à la cession des fonds ou des formalités d'information du bailleur, l'inadaptation du droit de préemption est flagrante. Le déséquilibre se déclare avec plus de force au moment de la rétrocession. En effet, si le droit commercial impose des obligations réciproques entre cédants et cessionnaires, le droit de l'urbanisme met à la charge du repreneur des obligations supplémentaires dues par application du cahier des charges. Ces contraintes imposées par la personne morale de droit public déséquilibre les rapports contractuels et commerciaux en raison de l'immixtion de la commune dans la sphère commerciale.

431 – Propositions de réforme – Les « frictions » entre le droit commercial et le droit de l'urbanisme ne peuvent être palliées en tout point, la situation est en effet similaire à deux solutions non miscibles. Pour autant, le dispositif est perfectible². Plusieurs propositions de réformes sont envisageables concernant la procédure de préemption en elle-même. Ainsi, une définition légale de l'objectif de la loi, fondant l'intérêt général, est nécessaire afin de renforcer les garanties opposables aux acteurs du droit de préemption. Il est proposé d'abandonner toute référence à la notion de « proximité ». En effet, cette notion n'a pas de base juridique, sa définition est alors complexe, pouvant se fonder sur de multiples critères. Les critères peuvent être économiques ou géographiques. Économiquement, la proximité du commerce est celle de la clientèle, des fournisseurs, ou du tissu commercial, de sa vitalité et de son environnement, permettant de prendre en compte les différents types de commerces et les secteurs d'activités. Géographiquement, il sera retenu le linéaire, le pôle, le quartier de la commune ; ou même la zone d'emploi, les secteurs résidentiels, étudiants ou touristiques. La diversité des critères rend instable le fondement, aussi, la notion de diversité commerciale plus facile à définir sera préférée. Le renforcement du dispositif est impératif et passera par une meilleure diffusion de la

² Voir *Supra* n°420 et s.

préemption. Une réforme des mesures de publicité tant de la zone que de la décision de préempter et de la volonté de rétrocéder les biens commerciaux et artisanaux doit être envisagée. Enfin, le dispositif devra être conforté par une prise en compte effective de l'équilibre entre les libertés et la préemption notamment en incluant, dans un souci de partenariat, les acteurs du commerce, au besoin par le biais des CCI et CMA.

432 – *Les réformes du droit de préemption commercial et artisanal* – La recherche d'une amélioration du dispositif de préemption commercial et artisanal a motivé la dernière réforme. La loi du 18 juin 2014, dite loi « Pinel », relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises a réformé le droit de préemption. Si la loi Warsmann avait répondu principalement à deux aspects sensibles du dispositif, soit le champ d'application avec le terme de « cession » ou « d'aliénation » et l'exploitation pendant la période intermédiaire, la réforme était insuffisante et ne répondait pas aux autres problèmes de fond. En effet, la doctrine, comme la pratique, appelaient de leurs vœux des changements essentiels, principalement en ce qui concerne la DIA et l'application du statut des baux commerciaux à la commune pendant la période intermédiaire. La loi « Pinel » répond à ces attentes. La réforme va même plus loin en prenant aussi en compte la difficulté que la doctrine avait révélée concernant l'absence de délégation de l'exercice du droit de préemption. Ainsi, avant la réforme de 2014, la commune avait seule le pouvoir d'exercer ce droit lui permettant de devenir propriétaire d'un fonds artisanal, fonds de commerce ou d'un droit au bail commercial. Cette situation n'empêchait pas l'application du droit de préemption et pouvait même être considéré comme un avantage en raison de la simplicité du dispositif, mais la délégation à des établissements publics ou des sociétés de droit public donne au droit de préemption des moyens économiques et matériels supplémentaires. La volonté affichée du législateur de réformer le droit de préemption montre l'intérêt porté à cet outil de l'urbanisme commercial et artisanal. Il s'agit d'un instrument au service des maires porteur d'une volonté politique de gestion et de régulation du commerce et de l'artisanat dans leur commune quelle que soit sa taille. Le commerce dans la ville est ainsi devenu une préoccupation politique touchant au social et à l'économique. En effet le commerce et l'artisanat créent du lien social et procèdent d'un mécanisme dynamique. La réforme « Pinel » a donc cherché à rendre le droit de préemption plus efficace.

433 – *Un champ d'application fondamentalement limité* – Le droit de préemption est un droit d'exception. L'intervention de la personne publique dans les transactions immobilières ou commerciales est fondamentalement attentatoire au droit de

propriété et à la liberté d'entreprendre. L'inconstitutionnalité du dispositif de préemption sur les fonds et le bail commercial n'a pas été retenu par le Conseil Constitutionnel. Pour autant, l'évolution du droit et des décisions du Conseil Constitutionnel font craindre à une inconstitutionnalité pouvant fortement limiter l'application du dispositif. En effet, l'arbitraire laissé à la commune quant au choix des obligations contenues dans le cahier des charges, le manque de garanties de procédure pour le bailleur, l'absence de définition de l'objectif d'intérêt général, la possible qualification d'aides publiques et l'atteinte à la libre concurrence au moment de la rétrocession lorsqu'un locataire-gérant se voit attribué le fonds, sont autant de facteurs d'atteintes aux droits et libertés fondamentales limitant l'action communale. Le rôle des juges aura alors un impacte sur l'application du droit de préemption. Le juge constitutionnel et les juges administratifs et judiciaires seront les acteurs du contentieux et pourront être amenés à poser les bases de l'application du droit de préemption. Pour autant, les limites au champ d'application du droit de préemption commercial et artisanal sont une garantie. Le cadre posé par la loi délimite l'exercice par la commune du droit de préemption. Ce cadre repose sur trois fondements, le premier concerne les mutations susceptibles de préemption, le deuxième les biens visés par la préemption et enfin le troisième porte sur les cessions dans le cadre des procédures collectives. L'ensemble de ces critères fonde une analyse du champ d'application menant à la conclusion d'un droit limité dont l'efficacité est discutable. Le droit de préemption sur les fonds artisanaux, fonds de commerce et baux commerciaux est un droit fragile. Sa mise en œuvre est non seulement empêchée par des considérations économiques, puisque les communes ont aujourd'hui plus que jamais des moyens financiers limités ; mais aussi par des limites juridiques. En effet, plusieurs moyens de contournements peuvent être envisagés par les commerçants ou artisans installés dans la zone de préemption. La mise en société est un préalable, mais il faut rester vigilant sur ce point puisque l'apport en capital du fonds ou du droit au bail est susceptible de préemption depuis 2012. Pour autant, si l'exploitation est sous forme sociétale, la fusion de société sera un moyen de transmission de l'exploitation hors application du droit de préemption. Il en va de même pour la cession de parts sociales. Les raisons de ces contournements reposent sur le fait que les biens objet de l'opération d'aliénation à titre onéreux ne sont pas ceux visés par le droit de préemption. Par ailleurs, d'autres évitements du droit de préemption sont possibles au moyen de techniques de gestion du patrimoine. Le démembrement de propriété, la fiducie et l'EIRL permettent d'éviter la qualification « d'aliénation à titre onéreux », faisant échapper les opérations sur les fonds ou le droit au bail commercial de la préemption communale. Enfin, les techniques

contractuelles peuvent répondre à un besoin de délégation de la gestion commerciale sans transfert de propriété du bien et donc sans application du droit de préemption. Il apparaît alors que le droit de préemption sur les biens commerciaux et artisanaux ne peut être une réponse aux difficultés rencontrées par les commerces ruraux ou ceux des centres-villes. Il s'agit d'un outil au service des communes mais il ne peut se suffire à lui-même. Son utilisation doit s'inscrire dans un plan plus large et plus global de gestion et de régulation du commerce sur le territoire. La simple préemption de la boulangerie de quartier ne sera qu'un épiphénomène, à la portée relative et aux conséquences économiques, juridiques et politiques trop lourdes pour la commune. Il faut rester réaliste face à l'évolution du commerce, les interventions législatives ne peuvent résoudre toutes les difficultés. D'autant que les changements de société et de consommation ne peuvent être règlementés. Les commerces du siècle dernier et ceux demain sont évidemment différents. L'internet accélère inévitablement ces transformations et le lien social est un lien de plus en plus virtuel. Les choix de consommation sont donc les seuls maîtres de l'avenir du commerce et de l'artisanat.

BIBLIOGRAPHIE GENERALE

OUVRAGES GENERAUX :

- AUBRY, C., et RAU, C., *Cours de droit civil français*, Marchal et Billard (Paris), 5ème éd., 1917.
- AZARIAN, H., *L'artisanat*, Litec, 2ème éd., 2010.
- BIENAYME, A., *Principes de concurrence*, Economica, 1998.
- BLATTER, J.-P., *Traité des baux commerciaux*, Le Moniteur, 5ème éd.
- BURDEAU, G., *Libertés publiques*, LGDJ, 4ème éd., 1972.
- CABRILLAC, R., *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, LexisNexis, 6ème éd., 21 août 2014.
- CARBONNIER, J., *Droit civil - Les biens, les obligations - tome II*, Puf, 2004.
- CENDRIER, G., *Le fonds de commerce, Traité général théorique et pratique avec formulaires*, Dalloz, 6ème éd., 1934.
- COHEN, A., *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, Sirey, 2ème éd., 1948.
- COLLIARD, C.-A., *Libertés publiques*, Précis Dalloz, 6ème éd., 1982.
- COLSON, J.-P., et IDOUX, P., *Droit public économique*, LGDJ, 7ème éd., 2014.
- COMBE, E., *Économie et politique de la concurrence*, Précis Dalloz, 1ère éd., 2005.
- CORNU, G., *Association Henri Capitant - Vocabulaire juridique*, 9ème éd., 2011.
- COZIAN, M., VIANDIER, A., et DEBOISSY, F., *Droit des sociétés*, LexisNexis, 28ème éd., 2015.
- DELEBECQUE, P., et COLLART-DUTILLEUL, F., *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz - Précis Dalloz, 9ème éd., 01 Juin 2011.
- DELPECH, X., *Fonds de commerce*, Delmas, 18ème éd., 2011-2012.
- DELVOLVE, P., *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, 1998.
- DREYFUS, F., *La liberté du commerce et de l'industrie*, Berger-Levrault, 1973.
- ESCARRA, J., *Cours de droit commercial*, Sirey, 1952.
- FARJAT, G., *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963.
- HUBRECHT, H.-G., *Droit public économique*, Dalloz, 1ère éd., 03 novembre 1997, p.6.
- LE FLOCH, P., *Le fonds de commerce, Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*, LGDJ, 1921-1936.
- LE TOURNEAU, P., *Les contrats de franchisage*, Litec, 2ème éd., 12 juillet 2007.
- LEGEAIS, D., *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 22ème éd., 2015.
- LINOTTE, D., et ROMI, R., *Services publics et droit public économique*, Litec, 4ème éd., 1992.
- LYON-CAEN, C., et RENAULT, L., *Traité de droit commercial*, LGDJ, 5ème éd., 1921-1936.
- MAGNON, X., BERNAUD, V., FOUCHER, K., MIGNARD, J.-P., et S.RENOUX, T., *QPC : la question prioritaire de constitutionnalité : Principes généraux, pratique et droit du contentieux*, LexisNexis, 2ème édition.
- MAINGUY, D., et DEPINCE, M., *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 2015.
- MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit de la concurrence interne et européen*, Dalloz- coll. Sirey Université, 6ème éd., 2014.
- MONÉGER, J., CHAVANCE, E., COLIN, A., PETIT, M.-O., REGNAULT, H., REGNAULT, S., et SAINT GENIEST, C., *Guide des baux commerciaux*, LexisNexis, 2014.
- MOUSSERON, P., et CHATAIN-AUTAJON, L., *Droit des sociétés*, Lextenso, 2013.
- PEDAMON, M., et KENFACK, H., *Droit commercial - Commerçants et fonds de commerce - Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 4ème éd., 2015.

- PLANIOL, M., et RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français - Vol. 10 par Hamel J., Givrod F., Tunc A. : Contrats civils*, LGDJ 1952.
- RIPERT, G., et ROBLOT, R., *Traité de droit commercial*, LGDJ, 18ème éd., 2002, Tome 1 - Vol. 1.
- ROUBIER, J., *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, Tome 1, (1952) ; Tome 2, (1954).
- SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit de préemption*, LGDJ, 1979.
- TIFINE, P., *Droit administratif français*, Éditions juridiques franco-allemandes, 2ème éd., 11 septembre 2014.
- TORBÉY, K., *Les contrats de franchises et de management à l'épreuve du droit des sociétés : étude de droit français et de droit libanais, préf. Ph. Merle*, LGDJ, coll. Bibl. droit privé, janvier 2003.
- VOGEL, L., *Traité de droit commercial de G. Ripert et R. Roblot*, LGDJ, 18ème éd., 2001, Tome I, Vol. 1.

OUVRAGES SPECIALISES, OUVRAGES COLLECTIFS ET CONTRIBUTIONS A UN OUVRAGE COLLECTIF :

- AUBY, J.-B., *Droit de la ville - du fonctionnement des villes au droit à la Ville*, LexisNexis, 2013.
- AUBY, J.-B., PERINET-MARQUET, H., et NOGUELLOU, R., *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Montchrestien - Lextenso, 9ème éd.
- BOUBLI, B., CHAUVAUX, D., GELU, C., HUYGHE, M., NEUMAYER, P., SUQUET-COZIC, M., KURGANSKY, A., PELPEL-MOYNOT, J., TIXIER, J.-L., BONNEAU, O., et STEMMER, B., "Urbanisme, Construction," Memento Pratique - Francis Lefebvre, 2016.
- BOUJEKA, A., "Transformation et disparition du fonds de commerce," Fasc. 1120, in *JurisClasseur Entreprise individuelle*, LexisNexis, 18 avril 2012.
- BRENET, F., "Qualification jurisprudentielle du contrat administratif," Fasc. 603, in *JurisClasseur Administratif*, LexisNexis, 10 juin 2010.
- CHALANDE, J., *Histoire des rues de Toulouse*, 11ème éd., 1920, tome VIII.
- CHAMARD-HEIM, C., "Droit de propriété," Fasc. 710, in *JurisClasseur Liberté*, LexisNexis, 25 janvier 2011.
- CHARVERIAT, A., "Cessions de parts et actions," in *Memento Expert*, LexisNexis, 2015-2016.
- CLAMOUR, G., "Libertés professionnelles et liberté d'entreprise " Fasc.1340, in *JurisClasseur Libertés*, LexisNexis, 22 juin 2007.
- CLEMENT, C., et RUIZ, S., *Toulouse secret et insolite - les trésors cachés de la ville rose*, Les beaux jours, 2007.
- COUR DE CASSATION, *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, LexisNexis, 3ème édition, 2012, n°397.
- CUIF, P.-F., "Contrat de gestion d'entreprise et contrat de gérance-mandat," Fasc. 1425, in *JurisClasseur Contrats, distribution*, LexisNexis, 1er Mars 2006.
- DE BECHILLON, D., "Le principe de la liberté contractuelle dans la convention européenne des droits de l'homme," in *mélange en l'honneur de Daniel Labertoulle*, Dalloz, 2007.
- DENIZOT, C., "Cession du droit au bail et du fonds de commerce," Dossier 340, in *Droit et pratique des baux commerciaux*, Dalloz Action, 2015.
- DENIZOT, C., et REYGROBELLET, A., "Fonds de commerce," Dalloz Action, septembre 2011.
- DERRUPPE, J., "Fonds de Commerce," in *Répertoire Droit Commercial*, Dalloz, Janvier 2015.
- DISSAUX, N., "Fonds de commerce - Cession. Formation," Fasc. 202, in *JurisClasseur Commercial*, LexisNexis, 1er octobre 2010.
- DISSAUX, N., "Fonds de commerce - Cession, Formation," Fasc. 202, in *JurisClasseur Commercial*, 1er octobre 2010.

- DIVO, A., GAUCLERE, B., MAIGNE-GABORIT, F., RIGLET, P., et TIXIER, J.-L., "Baux commerciaux," Francis Lefebvre, 2015-2016.
- DUBUISSON, É., "Entreprise - entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)," Fasc. 952-1, in *Notarial Formulaire*, LexisNexis, 1er mars 2011.
- DUGOT, P., et POUZENC, M., *Territoires du commerce et développement durable*, L'Harmattan, 2010.
- DUMONT-LEFRAND, M.-P., "Baux commerciaux : mai 2013 - mai 2014," in *Dalloz*, 2014, p.1659.
- DUMONT-LEFRAND, M.-P., "Absence de choix : baux soumis de plein droit au statut," Dossier 210, in *Droit et pratique des baux commerciaux*, Dalloz Action, 2015.
- DURREPPE, J., "L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale," in *L'avenir du droit, mélanges en hommage à François Terré*, 1999.
- EVEILLARD, G., "Domaine privé," Fasc. 409, in *JurisClasseur Administratif*, LexisNexis, 30 septembre 2012.
- FERRIER, D., "Rapport de synthèse," in *Entreprise et liberté : Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales de Montpellier*, Dalloz, 2008.
- FERRIER, N., "Contrat de gérance-mandat," Fasc. 1420, in *JurisClasseur Contrats-Distribution*, LexisNexis, 15 mai 2008.
- FOURGOUX, J.-L., "Transparence et pratiques restrictives de concurrence - Règles de fond," Fasc. 281, in *JurisClassuer Commercial*, LexisNexis, 13 mars 2013.
- FROMONT, M., "Aides économiques - Notion, Typologie," Fasc. 256, in *JurisClasseur Administratif*, 20 janvier 2015.
- GAHDOUN, P.-Y., "Liberté contractuelle," Fasc.1350, in *JurisClasseur Libertés*, LexisNexis, 31 décembre 2008.
- GATEAU LEBLANC, N., *Montage d'opérations d'aménagement*, EFE, 2012.
- GAVALDA, C., PARLEANI, G., et LECOURT, B., *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 7ème éd., 2015.
- GOUTHIERE, B., PRICEWATERHOUSECOOPERS, LOPATER, C., et BLANDIN, A.-L., *La fiducie - mode d'emploi*, Francis Lefebvre - dossiers pratiques, 2ème éd., 2009.
- GRABOY-GROBESCO, A., *Droit de l'urbanisme commercial* LGDJ, 1995.
- GRYNFOGEL, C., "Droit français des ententes - Article L.420-1 du Code de commerce," Fasc. 262, in *JurisClasseur Commercial*, LexisNexis, 6 décembre 2012.
- GRYNFOGEL, C., "Abus de position dominante - Article 102 du TFUE," Fasc. 268, in *JurisClasseur Commercial*, LexisNexis, 1er septembre 2011.
- GRYNFOGEL, C., "Ententes en droit européen de la concurrence - article 101 du TFUE," Fasc. 264, in *JurisClasseur Commercial*, LexisNexis, 1er mars 2012.
- GRYNFOGEL, C., "Droit français des abus de domination - Article L.420-2 du Code de commerce," Fasc. 260, in *JurisClasseur Commercial*, LexisNexis, 1er Septembre 2011.
- GUIBAL, M., "Liberté du commerce et de l'industrie," n° 327-1, in *Guide juridique Dalloz*.
- GUIBAL, M., "Commerce et industrie," in *Répertoire Droit Commercial* Dalloz, Janvier 2015.
- GUILLAUME, M., "Question prioritaire de constitutionnalité," in *Répertoire Contrats Administratif*, Dalloz, mars 2011.
- HENRY, L.-C., "Plans de sauvegarde et de redressement," numéro spécial 302-1, in *Dictionnaire permanent difficulté des entreprises*, p. 4183.
- HOCREITERE, P., "Fasc. 2-3, n°16," Tome 3, in *L'urbanisme et les collectivités locales*, Sofiac, 2013.
- HOSTIOU, R., et STRUILLOU, J.-F., *Expropriation et préemption*, Litec 4ème éd., 2011.
- JACQUEMONT, A., *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 7ème éd., 2011
- JANNENEY, J.-M., *Éléments d'économie politique*, PUF, 1974, p.12.

- LACAVE, M., "L'évolution du droit de l'urbanisme en France depuis la seconde guerre mondiale," in *L'interventionnisme économique de la puissance publique : études en l'honneur du doyen Georges Péquignot*, Centre d'études et de recherches administratives de Montpellier, 1984, p. 393.
- LEBEL, C., "Entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)," Fasc. 80, in *JurisClasseur Commercial*, LexisNexis, 16 mars 2015.
- LEBEL, C., "Location-gérance - Généralités, conclusion du contrat," Fasc. 1440, in *JurisClasseur Contrats - Distribution*, LexisNexis, 31 juillet 2008.
- LEBEL, C., "Location-gérance - Effets, Cession du contrat," Fasc. 1445, in *JurisClasseur Contrats, Distribution*, LexisNexis, 1er mars 2013.
- LE CORRE, P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz action, 2015-2016.
- LETANG, P., *Urbanisme commercial*, Le Moniteur, 3ème éd., 2010.
- LEVI, A., GARBIT, P., AZEMA, J., et VALLENS, J.-L., "Droit commercial," Lamy, 2015.
- LIET-VEAUX, G., "Préemption," Fasc. 446-30, in *JurisClasseur Administratif*, LexisNexis, 2009.
- LINDITCH, F., "Ententes et marchés publics," Fasc. 36, in *JurisClasseur contrats et marchés publics*, LexisNexis, 11 novembre 2015.
- MAILLARD, A., *Le droit de préemption*, La lettre du cadre territorial, Juin 2005.
- MAILLEBIAU, C., *Le Dictionnaire de Toulouse*, Loubatières, 2004.
- MATIAL, C., *Les fusions de sociétés - régimes juridique et fiscal*, Revue Fiduciaire - Collection pratiques d'experts, 7ème éd., 2012.
- MERCADAL, B., "Droit commercial," Francis Lefebvre - Memento Pratique, 15 février 2015.
- MERENNE-SCHOUMAKER, B., *Géographie des services et des commerces*, PUR, 2ème éd., 2008.
- MOATI, P., *La nouvelle révolution commerciale*, Odile Jacob, Septembre 2011.
- MONJAL, P.-Y., *Le droit communautaire applicable aux collectivités territoriales, les nouveaux enjeux*, Territorial éditions, 2006.
- MORENO, D., "Les contraintes urbanistiques et environnementales et l'activité de l'entreprise," in *Pour un bail commercial adapté aux réalités économiques - CREDA*, Litec.
- MORENO, D., *Commerce et urbanisme : entre liberté et régulation*, La documentation française, 2008.
- MOULIN, R., et BRUNET, P., *Droit public des interventions économiques*, LGDJ, 2007.
- NEAU-LEDUC, P., "Rapport introductif," in *Entreprise et liberté : Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales de Montpellier*, Dalloz, 2008.
- NOUVION, A.-P., "Chambres de commerce et de l'industrie," in *Répertoire Droit Commercial* Dalloz, Janvier 2015.
- PAVIA, M.-L., "Un essai de définition de "l'interventionnisme"," in *L'interventionnisme économique de la puissance publique : études en l'honneur du doyen Georges Péquignot*, Centre d'études et de recherches administratives de Montpellier, 1984, p.549.
- PEROCHON, F., et BONHOMME-JUAN, R., *Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 8ème éd., 2013.
- PICARD, M., "Concurrence," in *Répertoire contrat administratif*, Dalloz, avril 2005.
- POULET, O., LESAGE, G., et ROUSSEL GALLE, P., "Le nouveau statut de l'EIRL," n° 324-1, in *Dictionnaire permanent - Difficultés des entreprises*, Éditions Législatives, Mars 2011.
- QUEMENT, C., "Bail commercial - Cession," Fasc. 1450, in *JurisClasseur Bail à Loyer*, LexisNexis, 29 octobre 2015.
- RAPP, L., TERNEYRE, P., et SYMCHOWICZ, N., "Lamy droit public des affaires," Lamy, 2015.
- RAPP, L., TERNEYRE, P., et SYMCHOWICZ, N., "Lamy droit public des affaires," Lamy, 2013.

- RAYNAUD, B., *Droit de l'ingénierie sociétaire*, Joly éditions, 2014.
- RENARD-PAYEN, O., "Principe de la liberté du commerce et de l'industrie," Fasc. 255, in *JurisClasseur Administratif*, LexisNexis, novembre 1992.
- REYGROBELLET, A., "La clientèle : élément constitutif principal du fonds de commerce ?," in *Dalloz Action - Droit et pratique des baux commerciaux*, Dalloz, 2015.
- REYGROBELLET, A., "Location-gérance du fonds de commerce," Dossier 792, in *Droit et pratique des baux commerciaux*, Dalloz, 2010.
- REZEK, S., *Achat et vente de fonds de commerce*, Litec, 6ème éd., 2014.
- ROUSSEL GALLE, P., "Cession de l'entreprise," numéro spécial 302-1, in *Dictionnaire permanent - Difficultés des entreprises*, p.4191.
- SEILLER, B., "Acte administratif (I- Identification)," in *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, Dalloz, juin 2015.
- SERIAUX, A., "Propriété," in *Répertoire Droit Civil* Dalloz, octobre 2015.
- SESTIER, J.-F., "L'intervention des collectivités locales entre liberté du commerce et de l'industrie et libre et égale concurrence," in *Les collectivités locales : Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Economica, 2003, p.400.
- TCHEN, V., "Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux," Fasc. 1440, in *JurisClasseur Adminsitratif*, LexisNexis, 20 mai 2013.
- TREMEAU, J., "Droit constitutionnel de l'urbanisme," Fasc. 1454, in *JurisClasseur Administratif*, LexisNexis, 8 Février 2010.
- TÜRK, P., "Synthèse et conclusions sur les convergences et divergences dans l'appréciation par les juridictions suprêmes des caractères nouveaux et sérieux," in *La QPC, le procès et ses juges, sous la direction de Emmanuel Cartier*, Dalloz, 2013, p.495.
- VITAL-DURAND, E., VANDERMEEREN, R., GAUTHIER, A., SAUVE, J., et PERNET, L., "Opérations d'urbanisme," Lextenso, 2014.
- YOLKA, P., "Distinction du domaine public et du domaine privé," Fasc. 405-10, in *JurisClasseur Administratif*, LexisNexis, 1er février 2014.

THESES ET MEMOIRES :

- GRISIER, J., sous la direction de Hugues Kenfack, *Le nouveau droit de préemption des communes sur les fonds de commerce et artisanaux ou les baux commerciaux : une approche privatiste de la loi*, Mémoire, Toulouse, septembre 2010.
- KENFACK, H., Toulouse 1 Capitole, *La franchise internationale sous la dir. Jean-Pierre Marty*, 1996.
- MAILLOT, D., *La Place du principe de la liberté du commerce et de l'industrie en droit administratif français*, Thèse, Paris, 1964.
- REIS, P., *Concurrence entravée et concurrence excessive : liberté d'accès au marché et le développement durable*, HDR en droit privé, Université de Nice SOPHIA-ANTIPOLIS, Faculté de droit, de sciences politiques, économiques et gestion, Centre de recherches en droit économique, 7 février 2008.
- ROBINAULT, M., *La location-gérance de fonds de commerce*, Dalloz, 1953.

ARTICLES ET CHRONIQUES :

- "Le point sur : Baux commerciaux : la loi Pinel réforme tous azimuts," *BPMI*, 4/14, Juillet 2014, n°220, p.18.

- "QPC : demande de transmission à la Cour de cassation rejetée," *JCP*, n° 35, *Sommaire* 883, 29 Août 2011.
- "Cabinet Lefèvre Pelletier & associés Avocats : Morceaux choisis de l'actualité immobilière juridique et fiscale 2014," *Revue des Loyers*, n° 955, 2015.
- ACTUALITE, "Droit de préemption : versement d'aides financières aux communes," *Lamy droit des affaires*, n°35, 2009.
- ACTUALITE, "La loi Pinel et le régime de l'artisanat," *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 96, 2014.
- ACTUALITE, "Le droit de préemption des communes retouché par la loi Pinel," *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°96, 2014.
- ANDREANI, J., "La consécration législative du fonds de commerce sur le domaine public," *Dalloz*, 2014, p. 1883.
- ATTARD, J., "Répartition des travaux, charges et impôts dans le cadre de la loi Pinel du 18 juin 2014," *JCP G*, n° 27, 7 Juillet 2014, 778.
- AUBRY, H., "L'entrée dans la franchise - La franchise et les modèles concurrents " *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°73 - Supplément : Colloque "La franchise : questions sensibles", 2012.
- AZARIAN, H., et MARON, A., "Droit de l'artisanat," *JCP E*, n° 15, 9 avril 2015, 1179.
- BACHINI, B., "Les décisions de préemption ne sont pas soumises à la procédure contradictoire prévue par la loi du 12 avril 2000," *AJDA*, 2008, p.653.
- BAINVEL, C., et PAPAPOLYCHRONIOU, S., "L'admission de l'existence de fonds de commerce sur le domaine public," *Droit administratif*, n°1, janvier 2015, comm. 5.
- BARBIER, J.-D., "Date d'appréciation de la condition d'immatriculation au registre du commerce : nouvelle jurisprudence," *Administrer*, n°474, 01 mars 2014, p. 26-28.
- BENARD, C.-M., "Le nouveau droit de préemption des communes issu de la loi en faveur des PME," *Revue droit et patrimoine*, n°145, Février 2006, p.32.
- BENOIT-CATTIN, P., "Vers une réforme des droits de préemption," *Construction et Urbanisme*, Février 2010, p.2.
- BILLET, P., "Droit de préemption urbain : assouplissement des exigences relatives à la réalité d'un projet," *JCP A et CT*, n°16,2088, 14 avril 2008, p. 34.
- BILLET, P., "Le besoin de vendre rapidement un immeuble pour faire face au règlement de droits de succession constitue une urgence justifiant la suspension d'une décision de préemption pour laquelle le prix doit être fixé par le juge de l'expropriation.," *JCP A et CT*, n°7,1105, 9 février 2004, p.205.
- BILLET, P., "Entrée en vigueur du nouveau droit de préemption des communes sur les fonds de commerce," *JCP A et CT*, n°16,2086, 14 avril 2008, p. 29.
- BILLET, P., "Le droit de préemption des communes en vue de garantir les activités commerciales et artisanales de proximité," *JCP A et CT*, n° 3,29, 14 janvier 2008, p.3.
- BILLET, P., "L'entrée en vigueur du droit de préemption sur les cessions en matière commerciale et artisanale : un formulaire incomplet et d'une légalité douteuse," *JCP A et CT*, n°16, 329, 14 avril 2008, p. 3.
- BLATTER, J.-P., "Le décret d'application du droit de préemption des communes sur les fonds et les baux," *AJDI*, Février 2008, p. 88.
- BLATTER, J.-P., "Le bail commercial dans le projet de loi relatif à l'artisanat, au commerce et aux TPE," *AJDI*, 2014, p.118.
- BLATTER, J.-P., "Interrogations autour du nouveau droit de préemption des communes," *AJDI*, Octobre 2005, p.705.
- BOITUZAT, A., "Le droit de préemption des communes sur les cessions de fonds de commerce et artisanaux et de baux commerciaux," *Revue de droit immobilier*, 2008, p. 313.

- BON-JULIEN, E., "Le droit de préemption "commercial" : un droit inapplicable?," *Petites affiches*, n° 75, 15 avril 2009, p. 8.
- BOSGIRAUD, C., "Libres propos relatifs au droit de préemption sur les cessions de fonds de commerce, fonds artisanaux, de baux commerciaux - Préempter pour rétrocéder..." *JCP N*, n° 16,1179, 18 avril 2008, p. 27.
- BOURGOIS, J.-L., "Le contrôle par les tribunaux de la motivation des décisions de préemption des collectivités publiques " *JCP N*, n°10, 1995, p. 415.
- BOURGOIS, J.-L., et VAUVILLE, F., "Droit de préemption des collectivités publiques et procédures collectives," *Droit et Patrimoine*, n°36, 1996, p.36.
- BOUYSSOU, F., "Respect du droit de propriété et droit de l'urbanisme," *AJDA*, 2003, p. 2135.
- BRAC DE LA PERRIERE, D., et VAN STEENLANDT, P., "Libre propos sur certaines dispositions de la loi de simplification du droit du 22 mars 2012," *Deffrénois*, n°8, 30 avril 2012, p.407.
- BRACONNIER, S., et BRENET, F., "La qualification de la clause de renvoi à un cahier des charges dans les contrats de l'Administration," *Contrats et marchés publics*, n°7, Juillet 2009, p.7.
- BRAULT, C.-É., et SAINTURAT, M.-L., "Les dispositions relatives au transfert de la propriété du bail et de l'immeuble," *Loyers et Copropriété*, n°9, Septembre 2014, dossier 5.
- BROUSSOLLE, Y., "L'extension du droit de préemption aux terrains destinés à l'aménagement commercial et des nouvelles règles d'implantation commerciale," *Deffrénois*, n°21, 15 décembre 2008, p. 2382.
- BROUSSOLLE, Y., "Le décret du 26 décembre 2007 relatif au droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, les fonds artisanaux et les baux commerciaux," *Deffrénois*, n° 10, 30 mai 2008, p. 1065.
- CARCASSONNE, G., "La liberté d'entreprendre : L'entreprise et le droit constitutionnel - Colloque," *Lamy droit des affaires*, n°55, Décembre 2010, p.45 - 3188.
- CASTEL, R., "Le bail commercial à l'épreuve des procédures collectives," *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°48, avril 2010.
- CASU, G., "La censure de la "loi Florange" par le Conseil constitutionnel - À propos de la décision no 2014-692 DC du 27 mars 2014," *Petites affiches*, n°105, 27 mai 2014, p.4.
- CERATI-GAUTHIER, A., "Précisions sur le droit de préemption des communes en cas de cession de fonds artisanaux, de fonds de commerce ou de baux commerciaux," *Annales des loyers*, n°7, Juillet 2007, p. 1608.
- CHAMARD-HEIM, C., et YOLKA, P., "La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public," *AJDA*, 2014, p. 1641.
- CHAVANCE, E., "Sur l'immatriculation du preneur qui revendique le bénéfice du statut," *Loyers et Copropriété*, n°3, Mars 2014, comm. 80.
- CLAMOUR, G., "L'instauration législative du fonds de commerce sur le domaine public," *Contrats et marchés publics*, n° 8-9, Août 2014, com. 213.
- CORNILLE, P., "Préempter après avoir renoncé n'est pas légal - note ss C E, 12 novembre 2009, n° 327451, Sté Comilux et Sté Chavest : JurisData n° 2009-013517," *Construction et Urbanisme*, Janvier 2010 - Urbanisme, note n° 2, p. 11.
- COURET, A., et DONDERO, B., "La loi Warsmann II relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives - Aspects de droit des sociétés (2ème partie), sanctions et mesures," *Bulletin Joly Sociétés*, n°5, 01 mai 2012, p.441.
- COUTON, X., "L'urbanisme opérationnel dans la loi Pinel," *Construction et Urbanisme*, n°9, Septembre 2014, Comm. 110.
- D'AVOUT, L., "La liberté d'entreprendre au bâcher ? - Retour sur une critique récente de la jurisprudence du Conseil constitutionnel," *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1287, n°4.

- DAVIGNON, J.-F., "Documents d'urbanisme : précisions relatives à l'utilisation de la procédure de modification," *Droit et Patrimoine*, n° 190, Mars 2010, p. 85.
- DEBEAURAIN, J., "Adenda au guide des baux commerciaux," *Annales des loyers*, n°10, Octobre 2008.
- DEBOUY, C., "La déclaration d'intention d'aliéner est-elle une "demande" au sens de de la loi du 12 avril 2000 ?," *AJDA*, 30 juillet 2007, p. 1543.
- DENIZOT, C., "Les nouvelles dispositions révolutionnaires sur les charges," *AJDI*, 2014, p. 591.
- DEROUESNE, E., et STEFANINI-COSTE, A., "Fonds de commerce sur le domaine public . - La reconnaissance législative," *JCP E*, n° 41, 9 Octobre 2014, 1511.
- DESJEUX, X., "Le nom commercial, de quelques problèmes juridiques," *Gazette du Palais, Panorama*, 1979, p. 614.
- DUBUISSON, É., "EIRL et particularités de transmission - COLLOQUE Le patrimoine de l'entrepreneur individuel : un régime juridique en mutation," *Lamy droit des affaires*, n°50, 2010.
- DUCHANGE, G., "Le Conseil constitutionnel censure les "clauses de désignation"," *JCP G*, n°29, 15 juillet 2013, 839.
- DUMUR, J.-P., "Le « bêtisier » de la loi Pinel en dix stations," *AJDI*, 2014, p.821.
- DUMUR, J.-P., "Modalités de notification des actes en matière de baux commerciaux : Pinel et Macron, les duettistes d'Echternach," *Lexbase Hebdo édition affaires*, n°434, 3 septembre 2015.
- DUPORT, J.-P., "Permettre aux communes d'avoir une politique de préemption dynamique en évitant la censure du juge," *AJDA*, 2008, p. 731.
- DUTRIEUX, D., "Les cessions de fonds de commerce, de fonds artisanaux et de baux commerciaux désormais soumises au droit de préemption !," *JCP N*, n°35,412, 2 septembre 2005, p. 1377.
- DUTRIEUX, D., "Droit de préemption des personnes publiques - jurisprudences commentées," *JCP N*, n°13,1125, 27 mars 2009, p. 26.
- DUTRIEUX, D., "Urbanisme, construction et loi de modernisation de l'économie," *JCP N*, n° 45,1321, 7 novembre 2008.
- DUTRIEUX, D., "Droit de préemption des personnes publiques - jurisprudences commentées," *JCP N*, n°2,1005, 11 janvier 2008, p. 18.
- DUTRIEUX, D., "La rectification d'une erreur contenue dans une déclaration d'intention d'aliéner: les pièges à éviter," *JCP N*, n°3,1016, 16 janvier 2004, p.58.
- DUTRIEUX, D., "Droit de préemption communal sur les fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux, publication du formulaire de déclaration préalable," *JCP N*, n° 15,370, 11 avril 2008, p. 3.
- DUTRIEUX, D., "L'opposabilité des conditions contenues dans une déclaration d'intention d'aliéner," *JCP N*, n°20,1283, 17 mai 2002, p.708.
- DUTRIEUX, D., "Fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux : les mesures réglementaires relatives au droit de préemption des communes enfin publiées," *JCP N*, n° 2,129, 11 janvier 2008, p.3.
- ÉTAIN, P., "Financement des fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux préemptés par les communes," *Loyers et Copropriété*, Mars 2009, n°3, alerte 15.
- FLAICHER-MANEVAL, E., et REYGROBELLET, A., "Droit de préemption urbain en matière de fonds de commerce, fonds artisanaux et baux commerciaux : décret d'application," *BPIM*, 01/2008 et 02/2008, 2008, p. 7 et 4.
- FOUNDoux, J. P., et GLON, R., "Droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, les fonds artisanaux et les baux commerciaux," *JCP N*, n° 17,1189, 25 avril 2008, p. 73.

- FOUQUET, O., "Abus de droit : la sécurité juridique rédactionnelle - À propos de la censure des articles 96 et 100 de la loi de finances pour 2014," *Revue de droit Fiscal*, n°1-2, 9 janvier 2014, act. 3.
- FROCHLICH, P., et SENECHAL, M., "De la réalisation de l'actif," *Les Petites Affiches*, n°29, 9 février 2006, p.21.
- GARÇON, J.-P., "Le droit de préemption urbain et les procédures collectives après la loi SRU du 13 décembre 2000," *JCP E*, n°13, 29 mars 2001, p.548.
- GICQUEL, J.-É., "Chronique QPC (septembre-décembre 2012)," *Petites affiches*, n°140, 15 juillet 2013, p. 6.
- GILLIG, D., "Urbanisme - Concurrence dans l'exercice du droit de préemption," *Revue Construction et Urbanisme*, n°4, alerte 41, 4 avril 2011.
- GOURAUD, C., "La pratique notariale des baux commerciaux après la loi Pinel du 18 juin 2014," *Defrénois*, n°17, 15 septembre 2014, p. 902.
- GRISIER, J., "(R)évolution du bail commercial," *Lamy patrimoine*, n°80, septembre 2014, p.1-5.
- GUIGUET-SCHIELE, Q., "Repenser l'échange," *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n°3, Juillet/Septembre 2013, p. 539.
- GUILLAUME, M., "La question prioritaire de constitutionnalité au service de l'entreprise - L'entreprise et le droit constitutionnel, Colloque organisé par le CREDA, sous le haut patronage de Jean-Louis Debré," *RLDA*, supplément au n°55,3181, décembre 2010, p.11.
- HANSEN, P. S., "L'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public," *JCP A et CT*, n° 36, 8 Septembre 2014, 2250.
- HAUMONT, F., "La Cour européenne des droits de l'homme et le droit de préemption," *AJDA*, 14 avril 2008, p. 747.
- HINFRAY, A., "La fiducie et le bail commercial en droit français," *AJDI*, 2012, p.85.
- HINFRAY, A., "Le nouveau droit de préemption des communes sur les fonds de commerce," *revue loyers et copropriété*, n°6, étude n°6, juin 2008.
- IDOT, L., "Droit social et droit de la concurrence : confrontation ou cohabitation?," *Europe*, Chron. 11, 1999.
- JACQUIN, A., "Le droit de préemption des communes : À propos du projet du décret d'application de la loi du 2 août 2005," *Gazette du Palais*, n° 142, 22 mai 2007, p. 10.
- JACQUIN, A., "Droit de préemption des communes sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce et les baux commerciaux : Projet de décret (3ème version)," *Gazette du Palais*, n°207, 26 juillet 2007, p. 4.
- JOYE, J.-F., "La réforme de l'urbanisme commercial par la loi du 18 juin 2014 - Un peu plus d'urbanisme, un peu moins de commerce," *AJDA*, 2014, p. 1994.
- KDHIR, M., "Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ?," *Recueil Dalloz, Chronique*, 1994, p.30.
- KENFACK, H., "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*, n° 25,1508, Mars 2008, p.17.
- KOVAR, J.-P., "Où en est la liberté du commerce et de l'industrie?," *Droit administratif*, n°12, décembre 2007, étude 18.
- LACHIEZE, C., "QPC et fonds de commerce," *Petites affiches*, n°194, 29 septembre 2011, p.37.
- LAFOND, J., "Droit de préemption des locataires commerçants ou artisans, Quelle entrée en vigueur?," *JCP N*, n° 48, 28 novembre 2014, p.53.
- LAGUERRE, A., "Le commerce intégré dans l'urbanisme, la liberté du commerce menacée - À propos d'une proposition de loi..." *JCP A et CT*, n°6, 7 février 2011, 2056.

- LEBEL, C., "Du commerçant et de l'artisan à l'activité commerciale et l'activité artisanale - Colloque : l'entreprise individuelle, commerciale et artisanale, dans tous ses états," *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 157, 2011.
- LEGRIX DE LA SALLE, S., "Les incidences de la loi Pinel en matière de baux commerciaux," *JCP E*, n°27, Juillet 2014, 1371.
- LENOIR, N., "Les principes constitutionnels : L'entreprise et le droit constitutionnel - colloque," *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°55 décembre 2010, p. 14 - 3182.
- LEVENEUR, L., et SEMERE, T., "Droits de préférence et de préemption," *JCP N*, n°11, 13 mars 2015, p.22.
- MALAURIE, P., "La réforme de la prescription civile (suite)," *Petites affiches*, n°39, 22 février 2008, p. 3.
- MARCHAND, D., et SCHÜTZ, R.-N., "La purge du droit de préemption commercial," *Defrénois*, n°11, 15 juin 2009, p.1109.
- MAUREY, H., et TARRADE, P., "Le droit de préemption commercial," *BRDA*, 7/13, *Comm.* 26, 15 avril 2013.
- MENG, J.-P., "L'aménagement commercial réformé par la loi Pinel du 18 juin 2014," *Defrénois*, n°17, 15 septembre 2014, p. 891.
- MENG, J.-P., "urbanisme - note sous TA Cergy-Pontoise, 10 avris 2008, requête n°0708561," *Répertoire du notariat Defrénois*, n°20, 30 novembre 2008, p. 2314.
- MESTRE, J.-L., "Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété," *Recueil Dalloz, Chron. I*, 1984.
- MODERNE, F., "La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle? ," *RFDA*, janvier-février 2006, p. 2.
- MOLFESSIS, N., "Le contrat : L'entreprise et le droit constitutionnel - Colloque," *Lamy droit des affaires*, n° 55, Décembre 2010, p. 47 - 3189.
- MONÉGER, J., "Baux commerciaux et loi du 18 juin 2014 : quelques repères," *Loyers et Copropriété*, n°9, Septembre 2014, repère 8.
- MONÉGER, J., "Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle des juges du fond," *Loyers et Copropriété*, n° 9, repère 8, Septembre 2011.
- MONÉGER, J., et KENFACK, H., "Chronique - Baux commerciaux," *JCP N*, n°15, 10 avril 2015, 1121.
- MONPION, A., "Le contrôle de l'interventionnisme économique public : l'affaiblissement du principe dommages et intérêts liberté du commerce et de l'industrie ?," *AJDA*, 11 février 2008, p. 232.
- MONSERIE-BON, M.-H., "Les effets inattendus de l'absence d'extinction des créances non déclarées menacent-ils la procédure de sauvegarde ?," *Dalloz*, 2006, p.1282.
- MONSIERIE-BON, M.-H., "Les ventes dans le plans de cession," *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°60 supplément, mai 2003.
- MORENO, D., "Droit de préemption sur les fonds de commerce, artisanaux et les baux commerciaux, le décret du 26 décembre 2007 pour l'application de la loi du 2 août 2005 est enfin paru!," *BJDU*, mai 2007, p. 326.
- MORENO, D., "La procédure de préemption commerciale," *JCP A et CT*, n°42,2239, 12 Octobre 2009.
- MUTELET, C., PRIGEN, J., et RODRIGUEZ, M. L., "Réforme du régime des baux commerciaux," *Revue des Loyers*, n° 949, 2014.
- NOGUELLOU, R., "Pour apprécier l'urgence, le juge des référés doit, notamment, s'attacher aux incidences de la décisions attaquée sur la situation personnelle du requérant," *JCP A et CT*, n°50,2125, 8 décembre 2003, p.1656.
- NOGUELLOU, R., "Le droit de préemption au service des commerces de proximité," *Revue de Droit Administratif*, n°2, alerte 6, février 2008.
- NOGUELLOU, R., "La loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises : évolution des règles sur l'urbanisme commercial et

- fonds de commerce sur le domaine public," *Revue de Droit Administratif*, n° 8-9, Août 2014, alerte 64.
- PECHEUL, A., "Cour administrative d'appel de Paris . - Décisions d'octobre 2007 à janvier 2008," *JCP A et CT*, n°24,2143, 9 juin 2008.
- PERIGNON, S., "Le droit de préemption communal sur les biens commerciaux," *AJDA*, 14 avril 2008, p. 743.
- PERIGNON, S., "Le domaine du droit de préemption urbain," *AJPI*, 1998, p.5.
- PERINET-MARQUET, H., "Droit de préemption et formation du contrat," *AJDI*, 1998, p.25.
- PLANCKEEL, F., "COLLOQUE L'entreprise individuelle, commerciale et artisanale, dans tous ses états Vendredi 3 décembre 2010 Faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy - Quelles conséquences pour le bail commercial ?," *Lamy droit des affaires*, n°57, Février 2011.
- POIRIER, A.-S., et VIANNAY, A., "Le droit de préemption sur les fonds de commerce et les baux commerciaux " *Petites affiches*, n°27, 06 février 2008, p. 3.
- PRIGEN, J., "Loi Pinel et bail commercial : commentaire du décret du 3 novembre 2014," *Revue des Loyers*, n°952, 2014.
- PUYGAUTHIER, J.-L., "Les conséquences de la loi Pinel sur la cession du bail commercial ou du fonds de commerce," *JCP N*, n°1-2, 9 janvier 2015, 1002.
- RAPP, L., "Le fonds de commerce, une notion pragmatique et pleine de vitalité : L'appréhension du fonds de commerce par les politiques publiques : activités commerciales, prérogatives publiques et développement local," *Gazette du Palais*, n° 155, 4 juin 2009, p. 22.
- REYGROBELLET, A., "Quelques difficultés pratiques en matière de préemption sur fonds et baux," *JCP N*, n°1190, 2011.
- REYGROBELLET, A., "Le sort du fonds de commerce et du fonds artisanal dans le contexte juridique modifié - COLLOQUE L'entreprise individuelle, commerciale et artisanale, dans tous ses états Vendredi 3 décembre 2010 Faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy," *Lamy droit des affaires*, n°57, 2011.
- RIVERO, J., "Ni lu, ni compris?," *AJDA*, 209, 1982.
- ROUSSEL GALLE, P., "La réforme du droit des entreprises en difficultés : adaptations et nouveautés," *Droit et Patrimoine*, n°187, Décembre 2009.
- SAINT-ALARY-HOUIN, C., "Le droit de préemption en cas de cession de bail commercial, un droit bien singulier !," *Droit et Patrimoine*, n° 215, 2012.
- SAINTOURENS, B., "L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée," *Revue des Sociétés*, Septembre 2010, Étude, p. 351.
- SANTONI, L., "Appréciation de l'urgence en matière de suspension d'une décision de préemption d'un fonds de commerce," *Construction et Urbanisme*, n°6,comm. 85, juin 2011.
- SAVARIT-BOURGOIS, I., "Le cadre juridique du droit de préemption commercial," *JCP N*, n°10,1123, 12 mars 2010, p. 37.
- SCHÜTZ, R.-N., "Les suites de la préemption commerciale - Usage et revente du fonds ou du bail préempté," *Defrénois*, n°17, 15 octobre 2009, p. 1787.
- SIDIER, N., et POULIGUENMANDRIN, A., "Réflexions autour d'une « rénovation » des baux commerciaux," *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 87, 2013.
- SIMON, P., "L'entreprise et le droit constitutionnel : Colloque - Ouverture," *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°55, Décembre 2010, p.7.
- SOMMAIRE, "Préemption et liquidation judiciaire," *Droit Administratif*, n° 2, Février 2009, comm. 35.
- SOMMAIRE, "loi "Pinel"," *JCP E*, n°26, 26 juin 2014, act.460.
- SORTAIS, J.-P., et DERRIDA, F., "La situation des créanciers forclos dans les nouvelles procédures collectives," *Les Petites Affiches*, n°58, 22 mars 2008, p.7.

- TALAU, J.-M., "Revue de détail des questions sur l'urbanisme commercial après les lois ALUR et ACTPE," *JCP A et CT*, n°3, 19 Janvier 2015, 2014.
- TERNEYRE, P., "La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental?," *AJDA*, 1998, p. 667.
- THOMAT-RAYNAUD, A.-L., "L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : naissance d'une nouvelle catégorie de personne physique ? - (Entrée en vigueur de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010, décret 2010-1706 du 29 décembre 2010, arrêté du 29 décembre 2010)," *Droit de la famille*, n°5, Mai 2011, Étude 15.
- VAISSIE, M.-O., "Le droit de préemption des communes sur les cessions de fonds et de baux," *Revue des Loyers*, n°886, 2008.
- VANDERMEEREN, R., "Le contentieux des droits de préemption d'urbanisme : excès de recours ou excès d'illégalités ?," *AJDA*, 2008, p. 734.
- VANDERMEEREN, R., "Nouvelle réforme de l'urbanisme commercial," *BPIM 4/14*, 2014, n°221.
- VAUVILLE, F., "la simplification du droit de l'entreprise par la loi du 22 mars 2012 : clarification du droit, amélioration des procédures et "trompe-l'oeil"!," *Deffrénois*, n°8, 30 avril 2012, p.339.
- VAUVILLE, F., "Les grandes options de la loi de sauvegarde, la cession d'actifs après la réforme du 26 juillet 2005," *Droit et Patrimoine*, n°146, mars 2006.
- VERCKEN, H., "Déspecialisation partielle autorisée par le tribunal en plan de cession," *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°98, 2014.

RAPPORTS :

- BARBIER, G., *Droit de préemption sur les fonds de commerce et les baux commerciaux - critère de délimitation des périmètres communaux d'intervention*, 28 juin 2007, CCIP.
- CORNU, G., CHATEL, L.-M., et POIGNANT, S., *Rapport : Commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du Projet de Loi relatif aux petites et moyennes entreprises*, 11 et 13 juillet 2005, Assemblée Nationale Sénat.
- HYEST, E., *Livre blanc des Safer - Comment optimiser la contribution des Safer aux politiques publiques d'aménagement de l'espace rural et périurbain ?*, Juin 2013.
- MORENO, D., *Droit de préemption sur les fonds de commerce, artisanaux, les baux commerciaux et les terrains faisant l'objet de projets d'aménagement commercial - Décret du 26 décembre 2007 pour la mise en oeuvre de la loi du 2 août 2005, loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 et ses textes d'application, loi de simplification du droit du 22 mars 2012*, Janvier 2013, CCIP.
- MORENO, D., *Droit de préemption sur les fonds de commerce, artisanaux, les baux commerciaux et les terrains faisant l'objet de projets d'aménagement commercial*, CCIP.
- SOLIGNAC, P., *Réforme de la législation de l'urbanisme commercial, réactions de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris aux conclusions du groupe « Dutreil »*, 22 février 2007, CCIP.

INDEX ALPHABETIQUE

Les numéros de renvoi correspondent aux paragraphes.

A

Aliénation à titre onéreux-Cession

Définition. 167, 166

Distinction. 168

Onéreux. 169

Apport en capital

Voir mots Contournement du droit de préemption

Avis de l'administration des domaines. 79

B

Bail commercial

Aliénation/Cession. **214**

Cession irrégulière. 223, 221

Contrat de louage. 134

Espace ou terrain nus. 143

Exploitation. 416, 362, 362, 330, 228, 226, 215, 149

Fonds. 148

Formalité de la signification. 218

Formalité de la signification - Rétrocession. 220

Immatriculation. 155, 153, 152

Immeuble. 142

Information du bailleur. 219

Inopposabilité de la cession. 222

Jouissance d'un bien. 226, 216, 135

Local. 142

Locaux accessoires. 157

Loi Pinel *Voir ce mot*

Obligations des parties. **225**

Paiement du loyer. 417, 415, 406, 330, 227, 226, 224, 222, 136

Qualification. 137

Régularisation de la cession. 224

Signification de la cession. 217, 216

Statut. **139**

C

Cession amiable. 73**Cession de gré à gré autorisée par le juge-commissaire. 420, 75****Cession de parts sociales**

Notion. 382

Voir mot Contournement du droit de préemption

Cession par adjudication, 78, 420**Chambres consulaires**

Voir Chambre de commerce et d'industrie et

Chambre des métiers et de l'artisanat

Chambres de commerce et de l'industrie et**Chambres des métiers et de l'artisanat**

Avis. 32, 31, 28

Consultation. 33, 30

Délai. 32

Entretiens. 405

Observations. 32

Organisation. 30

Origine. 30, 29

Commerce de proximité

Définition. 421, 405, 26

Notion. 402, 313, 145, 105, 97, 61, 47, 27

Protection. 409, 406, 328, 311, 47, 26

Communes

Voir mots conseil municipal

Droit de préemption => titulaire

Concession d'une opération d'aménagement

Voir mot Droit de préemption => délégation

Conseil municipal

Décision autonome. 24

Délibération. 65, 23

Motivation. 27, 25

Contournement du droit de préemption

Apport en capital. 376

Cession de parts sociales. 383

Contrat de gérance-mandat. 402

Contrat de gestion d'entreprise. 400

Démembrement du droit de propriété. 386

Entreprise individuelle à responsabilité limitée. 394

Fiducie. 390

Fusion. 381

Location-gérance. 397

Contrat de gérance-mandat

Définition. 401

Voir mots Contournement du droit de préemption

Contrat de gestion d'entreprise

Définition. 398

Distinction. 399

Voir mots Contournement du droit de préemption

Contrat de revitalisation artisanale et commerciale

Voir mot Droit de préemption => délégation

D

Déclaration d'intention d'aliéner

Déclarant. 60, 59, 58

Eronnée. 57

Formulaire. 420, 61

Incomplète. 57

Information. 53

Légalité. 64

Loi Pinel *Voir ce mot*

Mentions facultatives. 61

Mentions obligatoires. 62, 61, 56

Nature. 54

Nullité. 56

Régime. 55

Transmission. 63

Décret d'application

Arrêt Société Mégaron. 45, 44

Contentieux. 44

Légalité. 44, 42

Démembrement du propriété

Voir mots Contournement du droit de préemption

Diversité commerciale et artisanale. 406, 325, 313, 311, 310, 227, 128, 31, 27, 26

Documents d'urbanisme. 405, 37, 24

Droit de préemption commercial et artisanal

Aliénation *Voir mot*
Biens *Voir mots Bail commercial-Fonds artisanal-Fonds de commerce*
Cahier des charges, 397, 333, 332, 326, 316, 315, 313, 310, 305, 303, 228, 220, 213
Cession *Voir mots Cession amiable, Cession par adjudication, Cession de gré à gré autorisée par le juge-commissaire*
Chambre de commerce et d'industrie et Chambre des métiers et de l'artisanat *Voir ce mot*
Champ d'application *Voir Aliénation à titre onéreux-Bail commercial- Cession-Contournement du droit de préemption-Droit des entreprises en difficultés-Fonds artisanal-Fonds de commerce*
Commerce de proximité *Voir ce mot*
Conseil municipal *Voir ce mot*
Contournement du droit de préemption *Voir ce mot*
Décision. 77
Déclaration d'intention d'aliéner *Voir ce mot*
Décret d'application *Voir ce mot*
Délai. 76, 74, 73
Délégation => *Voir mot Loi Pinel*
Documents d'urbanisme *Voir ce mot*
Droit de délaissement. 73, 64, 61
Financement. 406, 291, 212
Intérêt général *Voir ce mot*
Légalité. 80
Motivation. 421, 78, 77
Multiples localités du fonds. 156
Notification. 80, 73
Paiement du prix. 328, 328, 212
Périmètre de préemption *Voir ce mot*
Réforme *Voir ce mot*
Retrocession. 423, 419, 418, 416, 415, 405, 333, 332, 317, 316, 315, 305, 303, 213, 210, 204, 203, 196, 194, 128, 124, 45, 44
Retrocession. 326
Subdélégation. 68
Titulaire. 65

Droit de préemption urbain. 409, 381, 376, 328, 212, 189, 170, 169, 78, 77, 69, 68, 64, 59, 58, 56, 44, 37, 36, 28

Droit de propriété

Article 1^{er} du premier protocole additionnel. 243
Atteinte et Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. 302, 301
Atteintes. 299
Caractères. 247
Contenu. 246
Démembrement *Voir Mot*
Légalité. 303
Légitimité. 304, 303
Patrimoine *Voir mot*
Proportionnalité. 304, 303
Question Prioritaire de Constitutionnalité. 305
Reconnaissance constitutionnelle. 244
Reconnaissance conventionnelle. 245
Textes. 242
Traités de l'Union européenne. 243

Droit des entreprises en difficultés

Apurement du passif. 357
Cession en liquidation judiciaire. 352, 351
Cession isolée des biens. 362, 361
Contenu des plans. 348, 347
Droit de préemption. 367, 365, 362, 358, 357, 356, 355, 354, 350

Liquidation judiciaire simplifiée. 365, 364, 363
Nature des plans. 347
Ordre public. 356
Plan de redressement. 349, 345
Plan de sauvegarde. 349, 344
Résolution du plan. 367, 366

E

Entreprise individuelle à responsabilité limitée

Notion. 391
Régime. 392
Transmission. 393
Voir mots Contournement du droit de préemption

Établissements publics, 294

Établissements publics de coopération intercommunale

Voir mot Droit de préemption => délégation

F

Fiducie

Définition. 388
Régime. 389
Voir mots Contournement du droit de préemption

Fonds artisanal

Activité artisanale - Critères. 98
Activité artisanale - Définition. 97
Artisan. 103, 102, 101, 100, 99
Artisan - Statut. 104
Clientèle. 173
Notion. 105
Vente/Cession/ Aliénation. 173

Fonds de commerce

Biens corporels. 117, 116, 115
Biens exclus. 124, 123
Biens incorporels. 122, 121, 120, 119, 118
Cession/Aliénation. 189, 188, 178
Cession/Aliénation - Obligation de délivrance. 209, 208
Cession/Aliénation - Obligation de garantie. 211, 210
Cession/Aliénation - Paiement du prix. 212
Cession/Aliénation - Publicité. 204, 203, 202, 201, 200, 199
Clientèle. 179, 128, 127, 119
Domaine public. 120
Droit au bail. 120
Droit de préemption - Cahier des charges. 213
Droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique et les autorisations administratives. 122
Éléments. **112**
Évaluation. 183
Exploitation commerciale. 130, 129
Juge de l'expropriation. 186, 185, 184
Mentions obligatoires. 196, 195, 194, 193, 192
Nom commercial. 121
Notion. 107, 106
Origine. 108
Préemption/Prix. 182
Universalité de fait. 125

I

Intérêt général. 421, 356, 326, 325, 315, 313, 311, 310, 309, 308, 304, 301, 266, 245, 243, 227, 223, 184, 78, 77, 61, 30, 26, 25

L

Liberté d'entreprendre

*Voir mots Liberté du commerce et de l'industrie
Libre concurrence*

Liberté du commerce et de l'industrie

Atteintes. 308
Atteintes et droit de préemption. 313
Contenu. 264
Contrôle de constitutionnalité. 312, 311, 310, 309
Historique. 256, 255, 254
Liberté contractuelle. 266
Liberté d'établissement et d'installation. 265
Liberté d'exercice et d'exploiter. 265
Nature. 257
Principe général du droit. 258
Protection. 259
Valeur constitutionnelle. 263, 262, 261, 260

Libre concurrence

Abus de position - Critères. 282
Abus de position - Critères/Domination abusive. 285
Abus de position - Critères/Entreprise. 283
Abus de position - Critères/Marché. 284
Abus de position - Fondements. 281
Abus de position - Justifications. 286
Aides de l'État. 289
Aides de l'État - Aides compatibles. 294
Aides de l'État - Critères/Atteinte. 293
Aides de l'État - Critères/Financement. 292
Aides de l'État - Critères/Intervention de l'État. 291
Aides de l'État - Définition. 290
Contrôle de constitutionnalité. 314
Droit de préemption. 317, 316, 315
Entente - Critères. 276
Entente - Critères/accord. 278
Entente - Critères/Action concertée. 279
Entente - Critères/Entreprise. 277
Entente - Critères/Marché. 280
Ententes - Fondements. 275
Fondements. 270, 269
Notion d'entreprise. 271
Notion d'État. 273
Notion de marché. 272
Pratiques restrictives - Article L.442-6 du Code de commerce. 287
Pratiques restrictives - Critères. 288

Location-gérance

Définition. 396, 128
*Voir mots Contournement du droit de préemption ou
Loi pinel*

Loi ALUR. 80**Loi Macron.** 218, 202, 200, 199**Loi Pinel**

Artisan. 101, 98
Déclaration d'intention d'aliéner. 410, 406, 313, 303, 185, 62, 55, 53
Délégations. 413, 329, 328, 201, 170, 69, 66, 65, 24
FISAC. 212
Fonds de commerce sur le domaine public. 120

Location-gérance. 419, 407, 213, 209, 204, 195, 128, 126

Statut des baux commerciaux. 416, 380, 351, 330, 227, 226, 218, 153, 149, 148

Loi Warsmann. 375, 331, 170, 149, 101, 87, 63

Location-gérance. 407, 213, 209, 204, 195, 128, 126

O

Outil d'aménagement du territoire. 24

P

Patrimoine. 394, 393, 392, 391, 390, 388, 384, 381, 379, 378, 367, 361, 351, 328, 328, 185, 166, 124, 68

Périmètre de préemption

Critère économique. 27
Critère géographique. 27
Décision. 26, 25, 24
Délimitation du périmètre. 422, 27, 23
Motivation. 26, 25
Procédure. 37, 36, 35, 34, 33, 31, 28
Projet de délibération. 31, 27, 21
Publicité. 34
Rapport d'analyse. 47, 31
Rapport d'analyse. 21

Procédure(s) collective(s)

Voir mot droit des entreprises en difficultés

Q

Question prioritaire de constitutionnalité

Actes réglementaires annexés à des lois. 326
Changement de circonstances. 326
Conditions du recours. 324
Droit de préemption. 326, 325
Droit de propriété. 326
Incompétence négative. 326
Liberté d'entreprendre. 326
Procédure. 323

R

Recours

Contrat administratif. 332, 328
Critères d'administrativité. 328
Juge administratif. 333, 332, 328
Juge de l'expropriation. 358, 328, 326, 185, 184, 73, 61
Juge des loyers. 333, 331, 330
Juge judiciaire. 333, 331, 330, 328
Recours pour excès de pouvoir. 328, 80, 57, 47, 44, 32
Tribunal de grande instance. 333, 330

Réforme

Loi Pinel *Voir ce mot*
Loi Warsmann *Voir ce mot*
Propositions. 420

Registre du commerce et des sociétés. 419, 396, 385, 380, 352, 326, 204, 201, 150

Répertoire des métiers. 419, 385, 326, 150, 103, 98, 29

S

Société d'économie mixte

Voir mot Droit de préemption => délégation

TABLE DES MATIERES

Introduction générale	1
PREMIÈRE PARTIE : Les conditions de mise en œuvre de la procédure de préemption	25
TITRE PREMIER : L'ETABLISSEMENT DE LA PROCEDURE DE PREEMPTION	27
CHAPITRE PREMIER : LA DELIMITATION DU PERIMETRE DE PREEMPTION : LE CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL	29
<i>Section 1 : Les conditions d'instauration du périmètre de sauvegarde</i>	<i>31</i>
Paragraphe 1 : La délibération du conseil municipal	32
Paragraphe 2 : L'avis des Chambres consulaires sur le projet d'institution du périmètre de préemption	37
Paragraphe 3 : Les mesures de publicité	42
<i>Section 2 : La période transitoire avant l'entrée en vigueur du décret du 26 décembre 2007.....</i>	<i>46</i>
Paragraphe 1 : La délimitation du périmètre de sauvegarde avant la publication du décret.....	46
Paragraphe 2 : La légalité de l'acte de préemption pris hors décret	48
CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER	53
CHAPITRE SECOND : LES CONSEQUENCES DE LA MISE EN PLACE DU PERIMETRE DE PREEMPTION : LE CHOIX D'USER DU DROIT DE PREEMPTION	55
<i>Section 1 : La déclaration préalable : une déclaration nécessaire, mais restant insuffisante.....</i>	<i>57</i>
<i>Section 2 : Le titulaire du choix : la commune par principe et par exception ses délégués depuis la loi du 18 juin 2014.....</i>	<i>70</i>
<i>Section 3 : La décision du titulaire du droit de préemption</i>	<i>75</i>
Paragraphe 1 : La procédure décisionnaire varie selon les hypothèses de cessions	75
Paragraphe 2 : La décision motivée du titulaire du droit de préemption	81
CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND	89
CONCLUSION DU TITRE PREMIER	91
TITRE SECOND : L'APPLICATION DU DROIT DE PREEMPTION AUX BIENS COMMERCIAUX ET ARTISANAUX ALIENES A TITRE ONEREUX.....	93
CHAPITRE PREMIER : LES BIENS SOUMIS AU DROIT DE PREEMPTION	97
<i>Section 1 : L'exercice de la préemption aux fonds de commerce et aux fonds artisans.....</i>	<i>99</i>
Paragraphe 1 : L'identification du fonds artisanal	99
A) Le secteur des métiers et l'artisan, les acteurs du fonds artisanal	99
1. Le secteur des métiers : la définition de l'activité artisanale susceptible de préemption ..	100
2. L'attribution de la qualité d'artisan	102

B) Le statut de l'artisan et le fonds artisanal	104
Paragraphe 2 : La notion de fonds de commerce, un bien visé par la préemption	106
A) Le fonds de commerce, un ensemble d'éléments d'exploitation	108
1. Les éléments composant le fonds de commerce	108
a) Les biens corporels composant le fonds	108
b) Les biens incorporels inclus dans le fonds	110
c) Les biens exclus du fonds de commerce	115
2. La nature juridique du fonds de commerce : un bien homogène et composite	117
B) Le fonds de commerce, l'exploitation d'une clientèle	118
C) Le fonds de commerce, une exploitation commerciale	122
Section 2 : L'application du droit de préemption aux baux commerciaux.....	124
Paragraphe 1 : Le bail commercial, un contrat de louage	124
A) Le contrat de louage	124
B) L'exclusion de certains contrats pourtant qualifiés de baux	126
Paragraphe 2 : Le bail commercial, un statut légal	127
A) L'exigence d'un immeuble ou d'un local	127
1. La notion d'immeuble et de local	127
2. Le sort des baux d'espace ou de terrain nus	128
B) L'exigence d'un fonds de commerce, industriel ou artisanal dans les lieux loués	129
C) L'obligation d'immatriculation du locataire	132
1. Les locataires soumis à immatriculation	132
2. Les locaux soumis à immatriculation	134
CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER	137
CHAPITRE SECOND : LES MUTATIONS SOUMISES AU DROIT DE PREEMPTION	139
Section 1 : Le correctif apporté par le législateur à la variation sémantique des opérations visées.....	141
Paragraphe 1 : La variation sémantique entre la loi et le décret : une étude comparatiste de la notion d'aliénation et de cession	141
Paragraphe 2 : L'indispensable uniformisation terminologique inclinée par la loi du 22 mars 2012	144
Section 2 : La mise en perspective des règles relatives au droit de préemption avec celles du droit commercial.....	147
Sous-section 1 : La vente d'un fonds artisanal, une opération susceptible de préemption	147
Sous-section 2 : Les règles relatives à la vente du fonds de commerce conjuguées avec les dispositions spéciales de la préemption	148
Paragraphe 1 : L'objet de la vente et le droit de préemption : des éléments transmis dans leur ensemble	148
A) La consistance du fonds	148
B) Le prix de vente	150
1. La délicate procédure d'évaluation du fonds	150
2. La critique de la compétence du juge de l'expropriation	151
Paragraphe 2 : La forme de la vente en droit commercial et le droit de préemption	154
A) Le principe du caractère consensuel de la vente	154
B) L'acte de vente et ses mentions obligatoires	155
1. Le caractère obligatoire des mentions	155
2. La relative portée des mentions obligatoires dans le cadre de la préemption commerciale et artisanale	157
Paragraphe 3 : La publicité de la vente et ses effets	158
A) Les conséquences de l'application des règles de publicité commerciale lors de l'exercice du droit de préemption	158
B) Les formalités de publicité lors de la rétrocession et leurs effets	161

Paragraphe 4 : Les obligations des parties	163
A) L'application du droit commun de la vente au cédant du fonds de commerce	163
1. L'obligation de délivrance	163
2. L'obligation de garantie	165
B) Des obligations renforcées pour le cessionnaire du fonds de commerce	167
<i>Sous-section 3 : La cession du droit au bail commercial soumis au droit de préemption</i>	<i>170</i>
Paragraphe 1 : Les conditions de régularité de la cession ou la nécessaire mise en œuvre des formalités de l'article 1690 du Code civil	171
Paragraphe 2 : L'incontestable inadaptation des sanctions de la cession irrégulière	174
Paragraphe 3 : Les effets de « la cession » du droit au bail, le révélateur des limites dans l'application du droit de préemption	177
CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND	187
CONCLUSION DU TITRE SECOND	191
Conclusion de la première partie	193
SECONDE PARTIE : Les limites à l'exercice du droit de préemption.....	195
TITRE PREMIER : LES GARANTIES LEGALES OPPOSABLES A L'EXERCICE DU DROIT DE PREEMPTION	197
CHAPITRE PREMIER : LES LIBERTES FONDAMENTALES APPLIQUEES A LA VIE DE L'ENTREPRISE.....	199
<i>Section 1 : Le droit à la propriété et la libre disposition des biens.....</i>	<i>201</i>
Paragraphe 1 : Les fondements du droit de propriété	201
A) Les fondements textuels	202
B) La reconnaissance constitutionnelle du droit de propriété	204
Paragraphe 2 : Le contenu du droit de propriété	205
<i>Section 2 : La liberté d'entreprendre garante de l'activité économique.....</i>	<i>208</i>
Paragraphe 1 : La liberté du commerce et de l'industrie	209
A) La reconnaissance de la liberté du commerce et de l'industrie.....	209
1. Les fondements de l'admission de la liberté du commerce et de l'industrie	210
2. La place de la liberté du commerce et de l'industrie en raison de sa nature	212
3. La valeur de la liberté du commerce et de l'industrie	214
B) Le contenu de la liberté du commerce et de l'industrie	217
Paragraphe 2 : La libre concurrence	221
A) L'expansionnisme du droit de la concurrence.....	222
1. Les fondements juridiques du droit de la concurrence	222
2. L'application extensive du droit de la concurrence	224
B) Le contenu du droit de la concurrence.....	229
1. Les ententes	229
2. L'abus de position.....	236
3. Les pratiques restrictives	243
4. Les aides de l'État.....	245
CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER	251
CHAPITRE SECOND : LE CONTROLE DE L'EQUILIBRE ENTRE LE DROIT DE PREEMPTION ET LE RESPECT DES LIBERTES	253
<i>Section 1 : La confrontation des libertés fondamentales et du droit de préemption</i>	<i>256</i>

Paragraphe 1 : Les hypothèses d'atteinte au droit de propriété	256
A) L'empreinte de la convention européenne des droits de l'homme sur le rapport entre le droit de préemption et le droit de propriété.	257
B) Le contrôle de constitutionnalité	262
Paragraphe 2 : La liberté d'entreprendre restreinte par l'interventionnisme communal.....	265
A) Les limites apportées à la liberté du commerce et de l'industrie	266
B) La libre concurrence faussée	274
Section 2 : Le contrôle de l'application du droit de préemption : l'opposabilité des garanties	279
Paragraphe 1 : Le contrôle de constitutionnalité de la procédure de préemption : la question prioritaire de constitutionnalité.....	280
A) La procédure devant le Conseil Constitutionnel	281
B) La préemption commerciale et artisanale face à la QPC	283
Paragraphe 2 : Le contrôle de l'application de la procédure de préemption : l'office des juges.....	289
CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND	309
CONCLUSION DU TITRE PREMIER.....	311
TITRE SECOND : L'EXERCICE LIMITE DU DROIT DE PREEMPTION, LES CAUSES DE L'INEFFICIENCE	313
CHAPITRE PREMIER : LA LIMITE EXPLICITE : LE RENVOI AU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE.....	315
Section 1 : Le pragmatisme légal de l'exclusion lors d'un plan de cession	317
Paragraphe 1 : L'exclusion de l'exercice du droit de préemption sur les biens commerciaux inclus dans un plan de sauvegarde, de redressement ou de cession	317
A) L'élaboration et le contenu des plans	320
B) La cession de l'entreprise en liquidation judiciaire	323
Paragraphe 2 : Le pragmatisme de l'exclusion légale.....	326
A) Les raisons tenant à l'objectif d'ordre public du droit des entreprises en difficulté	327
B) La raison tenant à l'aspect économique des procédures collectives incompatible avec le droit de préemption.....	329
Section 2 : L'exclusion légale partielle : les incertitudes textuelles.....	331
Paragraphe 1 : La cession isolée des biens de l'entreprise soumis au droit de préemption	331
Paragraphe 2 : L'hypothèse de la liquidation simplifiée faisant réapparaître le droit de préemption.....	333
Paragraphe 3 : La cession du fonds de commerce en cas de résolution du plan de cession.....	335
CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER	337
CHAPITRE SECOND : LES LIMITES IMPLICITES ISSUES DE LA PRATIQUE DES AFFAIRES	339
Section 1 : La persistance des moyens de contournement du droit de préemption sur les biens commerciaux et artisanaux	341
Paragraphe 1 : L'éviction de l'application du droit de préemption par les techniques d'organisation du patrimoine du commerçant et de l'artisan.....	342
A) Les opérations sur le capital social des sociétés	342

1. La réforme de 2012 : Le recadrage textuel visant à empêcher l'apport en société	343
2. Les opérations soumises au régime des fusions de société, la persistance du contournement de la préemption	346
3. La cession de parts sociales et d'actions.....	350
B) Les opérations sur le patrimoine du commerçant et de l'artisan	353
1. Le démembrement de propriété.....	353
2. L'affectation du patrimoine par le contrat de fiducie	356
3. L'affectation du patrimoine par la loi : l'entreprise individuelle à responsabilité limitée	359
Paragraphe 2 : Le contournement de l'application du droit de préemption par le recours aux contrats de « coopération »	364
A) La location-gérance.....	364
B) Le contrat de gestion d'entreprise	367
C) Le contrat de gérance-mandat	369
Section 2 : La réponse « partielle » du législateur aux difficultés pratiques de mise en œuvre du droit de préemption « commerciale et artisanale ».....	372
Paragraphe 1 : L'expérience des acteurs du droit de préemption, entre difficultés et volonté.....	372
Paragraphe 2 : La réponse législative : de « Pinel I » à « Pinel II » en matière de préemption commerciale et artisanale.....	380
A) L'autorisation légale de déléguer l'exercice du droit de préemption mise en œuvre à partir d'un choix éclairé.....	381
1. Un renforcement malgré tout vacillant de l'information du titulaire du droit de préemption	382
2. L'extension des titulaires ayant le pouvoir de préempter	384
B) L'application du statut des baux commerciaux pendant la période intermédiaire .	386
1. La permanence du statut des baux commerciaux étendue à l'intégralité de la procédure de préemption	386
2. L'exploitation en location-gérance pendant la période intermédiaire	388
C) Des propositions de réforme restant à envisager	390
CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND	399
CONCLUSION DU TITRE SECOND	401
Conclusion de la seconde partie.....	403
Conclusion générale.....	405
Bibliographie générale.....	411
ouvrages généraux :	411
ouvrages spécialisés, ouvrages collectifs et contributions à un ouvrage collectif :	412
thèses et mémoires :	415
articles et chroniques :	415
rapports :	422
Index alphabétique	423
Table des matières	427