

# BAUX COMMERCIAUX

## Droit de préemption lors du départ en retraite du locataire

### L'ESSENTIEL

#### ■ Nouveau droit de préemption

Les communes peuvent conclure des baux commerciaux sur les immeubles compris dans leur patrimoine privé. Elles sont alors soumises au droit commun du bail commercial.

Cependant, les communes pourront prochainement utiliser un nouveau type de droit de préemption face aux cessions de bail ou de fonds de commerce.

UNE ANALYSE DE  
My-Kim YANG PAYA,  
avocate associée SCP Seban & associés

**L**es communes sont souvent propriétaires de biens immobiliers pour lesquels elles consentent des baux commerciaux. Le choix du preneur est lié à l'activité qu'il souhaite exercer, la politique communale étant de préserver certains commerces afin de rétablir une vie de « quartier ». Cependant, la municipalité est parfois confrontée au souhait de son locataire demandant à bénéficier de ses droits à la retraite lors de la cession du bail. En effet, le futur retraité bénéficie de prérogatives spécifiques lorsqu'il souhaite faire valoir ses droits, notamment lorsqu'il a trouvé son successeur et souhaite se retirer, souvent en « déspecialisant » son activité. La volonté communale se heurte alors à lui dans deux hypothèses : lorsque la ville est son bailleur (I) ou lorsqu'il exploite son commerce dans un périmètre de sauvegarde décidé par le conseil municipal et prévu par la loi en faveur des petites et moyennes entreprises du 2 août 2005 (II).

#### I. Le futur retraité, locataire de la commune

Le locataire souhaitant faire valoir ses droits à la retraite est soumis au formalisme et, no-

tamment, à une obligation d'information envers son bailleur lors d'une cession (A) d'une « déspecialisation » du commerce (B)

#### Le devoir d'information

Dans l'hypothèse où le futur retraité est le locataire de la commune, l'article L.145-51 du Code de commerce trouve application et dispose : « Lorsque le locataire ayant demandé bénéficier de ses droits à la retraite ou ayant été admis au bénéfice d'une pension d'invalidité, attribuée par le régime d'assurance invalidité-décès des professions artisanales ou des professions industrielles et commerciales a signifié à son propriétaire et aux créanciers inscrits sur le fonds de commerce son intention de céder son bail, en précisant la nature des activités dont l'exercice est envisagé ainsi que le prix proposé, le bailleur a, dans un délai de deux mois, une priorité de rachat aux conditions fixées dans la signification. A défaut d'usage de ce droit par le bailleur, son accord est réputé acquis si, dans le même délai de deux mois, il n'a pas saisi le tribunal de grande instance. La nature des activités dont l'exercice est envisagé doit être compatible avec la destination, les caractères et la situation de l'immeuble. »

Le preneur doit donc informer la commune de la cession pour lui permettre, éventuellement, en tant que propriétaire des murs, de faire valoir sa priorité de rachat ou de s'opposer à la cession pour des motifs légitimes, dans un délai de deux mois (au terme duquel le silence vaut acceptation).

Cette possibilité de préemption dont dispose la commune en tant que bailleur devra être réalisée aux conditions de la cession envisagées, et notamment le prix.

#### RÉFÉRENCES

- Loi n° 2005-882 en faveur des petites et moyennes entreprises, du 2 août 2005
- Code de commerce, article L.145-51.

La faculté de s'opposer à la cession est possible, mais le refus injustifié du bailleur est sanctionné par les tribunaux par l'octroi de dommages et intérêts correspondants aux préjudices subis par le locataire souhaitant prendre sa retraite.

### La « désécialisation » du commerce

Tout preneur ayant demandé à bénéficier de ses droits à la retraite bénéficie de la faculté de céder son droit au bail pour une activité différente de celle qu'il exerçait, mais cette « désécialisation » est soumise à certaines conditions. Par exemple, seul le locataire qui a demandé à bénéficier des droits à la retraite peut invoquer le droit de modifier la destination des lieux loués.

Le locataire ne peut invoquer ce droit s'il n'a pas respecté le bail, par exemple en n'exécutant pas son obligation d'exercice de l'activité prévue dans les locaux (1). Les activités nouvelles doivent également être compatibles avec les caractères, la situation et la destination de l'immeuble (2).

Le preneur devra également signifier au pro-

#### A NOTER

La « désécialisation » du commerce ne peut être invoquée que par le locataire qui part en retraite.

propriétaire et aux créanciers inscrits sur le fonds de commerce son intention de céder son bail, et préciser notamment la nature des activités envisagées, ainsi que le prix proposé (3).

Le bailleur dispose d'un délai de deux mois à compter de la notification, soit pour racheter le bail aux conditions fixées par le locataire, soit pour saisir le tribunal de grande instance et s'opposer à la modification de la destination des lieux.

Cependant, ce recours n'est pas aisé car la jurisprudence considère que le fait d'invoquer l'incompatibilité de l'activité envisagée avec les caractères et la situation de l'immeuble ne peut être un motif valable invoqué par le bailleur afin de s'opposer à la cession du bail pour des activités non autorisées par celui-ci (4). En outre, un refus injustifié de la part du bailleur sera sanctionné par une condamnation à des dommages et intérêts (5).

L'article L.145-51 du Code de commerce et la faculté de « désécialisation » ne dispensent pas le locataire de respecter les clauses du bail jusqu'à la cession de celui-ci et, notamment, de continuer à l'exploiter (6).

## II. Un nouveau droit de préemption

La commune aura, dès la parution du décret d'application de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME, la faculté d'utiliser un nouveau type de préemption face à la cession d'un bail ou d'un fonds de commerce ne lui appartenant pas. Cependant, on peut supposer, après analyse, que ces nouvelles dispositions (A) risquent de s'opposer à la fois au bailleur et, surtout, d'être défavorable au preneur désireux de partir en retraite (B).

Par ce texte innovant, créant un droit nouveau des préemptions urbaines, le législateur vise avant tout la protection des PME de proximité et la diversité de l'activité commerciale et artisanale.

Lorsqu'un périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat sera délimité par délibération motivée du conseil municipal (selon l'article L.214-1 du Code de l'Urbanisme), les communes disposeront, dans ce périmètre, d'un droit de préemption en cas de vente de fonds artisanaux ou de commerce ou de baux commerciaux.

Le propriétaire d'un fonds ou le titulaire d'un bail commercial dans le périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat doit, sous peine de nullité de la cession, déclarer à la commune son intention de céder son bail ou son fonds en mentionnant le prix et les modalités de l'opération. La municipalité peut, dans les deux mois, racheter les fonds artisanaux, de commerce ou les baux commerciaux soumis à ce périmètre.

A l'expiration de ce délai, le silence de la commune vaut renonciation de l'exercice de ce droit de préemption, à moins qu'elle ne fasse connaître avant qu'elle y renonce.

La commune devra toutefois, dans un délai d'un an à compter de la cession résultant de l'exercice de ce droit de préemption, rétrocéder ces fonds ou baux commerciaux à une entreprise immatriculée au Registre du commerce ou au Registre des métiers.

Bien entendu, l'exercice de cette rétrocession sera bien souvent celle d'un droit au bail considérant, qu'en pratique, une fermeture d'un an pour un fonds le condamne bel et bien en dissipant la clientèle, comme le mentionnent déjà certains auteurs. A peine de nullité également, cette rétrocession est subordonnée à l'accord préalable du bailleur, lequel doit figurer dans l'acte de rétrocession.

Cette méthode pourrait soutenir, conformément à l'objectif du législateur, les PME locales en les aidant à s'installer dans ce « domaine protégé ». Néanmoins, une analyse approfondie de l'impact reste impossible sans l'entrée en vigueur du décret, prévue initialement pour 2006.

L'assiette du périmètre de sauvegarde pouvant porter sur la totalité du territoire communal, et créer ainsi un contrôle a priori de toute cession de fonds ou de baux commerciaux et, par conséquent, un formalisme plus complexe, quel sera le devenir de ces zones de sauvegarde? La question est posée également dans le cas du locataire prenant sa retraite et souhaitant céder son bail, sur la possibilité d'un conflit entre les deux droits de préemption.

### Un régime défavorable pour le locataire

En effet, le preneur, futur retraité, devra purger les droits de priorité de son bailleur, et de préemption de la commune. Le cas d'un conflit entre ces droits de priorité et de préemption est alors très probable, le droit de préemption de la ville étant certainement prioritaire (là encore, selon l'esprit du texte et sous réserves de précisions à venir dans le décret d'application).

La possibilité de purger les deux droits l'un après l'autre impose un délai de quatre mois au commerçant, l'empêchant de céder avec diligence et l'obligeant à poursuivre son exploitation.

Cette hypothèse devient plus problématique encore si la commune entend faire fixer le prix par le juge de l'expropriation, au regard du prix du marché et de l'évaluation des services fiscaux, avec une date de référence qui correspond, en principe, à la date de la dernière approbation, modification ou révision du document d'urbanisme applicable (l'article L.213-4 du Code de l'urbanisme restant applicable en l'espèce). Cette faculté retarde plus encore la cession en immobilisant le preneur jusqu'à la décision. ■

(1) Cass. civ. 2 octobre 1996, RJDA 12/96 n° 1442.

(2) Code de commerce, art. L.145-51, alinéa 2.

(3) Code de commerce, art. L.145-51, alinéa 1.

(4) CA Paris, 16 juin 1988, Loyers et copr. 1988, Comm. n° 398 et CA Paris, 29 juin 1989, Loyers et copr. 1989, Loyers et copr. 1989, Comm. n° 447.

(5) CA Paris, 22 novembre 1988, Loyers et copr. 1989, Comm. n° 84.

(6) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 novembre 1990 Bull. civ. III n° 218.