

FONDS DE COMMERCE-BAUX COMMERCIAUX

Le nouveau droit de préemption

L'ESSENTIEL

■ Préservation de la diversité commerciale

Un décret du 26 décembre 2007 est venu préciser les conditions d'exercice du droit de préemption destiné à préserver la diversité commerciale, institué par l'article 58 de la loi du 2 août 2005 sur les fonds de commerce, les fonds artisanaux et les baux commerciaux.

■ Rétrocession

Bien que de facture classique, la mise en œuvre de ces dispositions posera très certainement des difficultés, compte tenu de la nature et de la vocation par essence commerciales du bien préempté, notamment s'agissant des modalités de rétrocession et du respect par le cessionnaire du cahier des charges.

UNE ANALYSE DE
Bruno CHAUSSADE & Isabelle PIQUEMAL,
 avocats à la Cour, cabinet Seban & Associés

Depuis quelques années, les maires ne peuvent que constater la disparition progressive de nombreux commerces de proximité dans les centres urbains et dans les quartiers de leurs communes. Alors qu'auparavant les centres-villes se caractérisaient le plus souvent par la présence de commerces de bouche et de petits commerçants, les franchises et les succursales de grands réseaux rachètent désormais fréquemment leurs locaux pour s'y installer. Le législateur a entendu offrir aux communes un outil pour préserver la diversité commerciale en instituant un nouveau droit de préemption à leur profit avec l'article 58 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 sur les fonds de commerce, les fonds artisanaux et les baux commerciaux.

Le décret n° 2007-1827 du 26 décembre 2007 est venu préciser les conditions d'exercice de ce nouveau droit de préemption.

Ce texte, attendu pendant depuis près de deux ans par les communes pour leur permettre d'assurer le maintien de la diversité des commerces dans les centres villes, précise le champ d'application du nouveau droit de préemption, les modalités de son exercice,

ainsi que les formalités postérieures qui doivent être respectées. Il n'est cependant pas sans laisser un certain nombre de questions sans réponse.

I. Champ d'application et procédure d'institution

Le champ d'application

Les biens concernés sont les fonds artisanaux, les fonds de commerce ou les baux commerciaux, à l'exclusion des ventes de murs qui relèvent toujours du droit de préemption urbain. Les mutations soumises au nouveau droit de préemption sont les aliénations à titre onéreux, à l'exception des ventes de fonds ou de baux commerciaux qui sont compris dans la cession d'une ou de plusieurs activités prévues, soit dans un plan de sauvegarde, soit dans un plan de cession de l'entreprise arrêté à l'occasion d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire.

La procédure d'institution

Le droit de préemption des fonds et des baux commerciaux est institué par délibération motivée du conseil municipal après que le maire ait soumis pour avis le projet de délibération à la chambre de commerce et d'industrie, ainsi qu'à la chambre des métiers et de l'artisanat. Précisément, le projet de délibération doit être accompagné, d'une part, d'un projet de plan délimitant le périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité et, d'autre part, d'un rapport analysant la situation du commerce et de l'artisanat de proximité ainsi que les menaces qui pèsent sur la diversité commerciale dans la commune.

Une fois adoptée par le conseil municipal, la délibération est affichée pendant un mois en mairie et mention en est insérée dans deux journaux diffusés dans le département. A

DOCUMENTATION

■ «Droit de préemption, entre dérivés et bonnes pratiques», D. Gerbeau, «La Gazette» du 26 novembre 2007, p. 28

RÉFÉRENCES

■ Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, article 58, JO du 3 août 2005.

■ Décret n° 2007-1827 du 26 décembre 2007 relatif au droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, les fonds artisanaux et les baux commerciaux, JO du 28 décembre 2007.

ce stade, il convient d'attirer l'attention sur le risque d'illégalité des délibérations ayant institué des périmètres de sauvegarde, antérieurement à la parution du décret du 26 décembre 2007, car elles n'auraient pas été prises aux termes d'une procédure régulière ayant conduit la chambre de commerce et d'industrie ainsi que la chambre des métiers et de l'artisanat à donner leur avis.

II. Exercice du droit de préemption

La déclaration préalable

Toute cession entrant dans le champ d'application du nouveau droit de préemption doit faire l'objet d'une déclaration préalable, à peine de nullité, par le cédant auprès de la commune.

Cette déclaration, adressée en quatre exemplaires par lettre recommandée avec accusé de réception ou remise contre récépissé, sera rédigée dans les formes prescrites par un arrêté ministériel à intervenir et devra, à minima, exposer le prix et les conditions de la cession. Il appartiendra aux rédacteurs d'actes de veiller à souscrire la déclaration préalable auprès de la commune, la sanction du non-respect de cette obligation étant la nullité de la cession. Cette action en nullité se prescrit par cinq ans à compter de la prise d'effet de ladite cession.

La mise en œuvre du droit de préemption

A compter de la réception de la déclaration préalable régulièrement souscrite, le titulaire du droit de préemption dispose d'un délai de deux mois pour faire part de sa décision. Il peut soit notifier au cédant sa décision d'acquiescer au prix et conditions de la déclaration,

À NOTER

Toute cession entrant dans le champ d'application du nouveau droit de préemption doit faire l'objet d'une déclaration préalable, à peine de nullité, par le cédant auprès de la commune.

copie de cette notification devant également être adressée au bailleur lorsqu'il existe un contrat de bail sur le bien, soit notifier au cédant son offre

d'acquiescer au prix et conditions qui seront fixés par le juge de l'expropriation. Celui-ci devra être saisi dans le délai de deux mois à compter de la réception de la déclaration

préalable par un mémoire adressé en double exemplaires au secrétariat greffe de la juridiction et simultanément notifié au cédant et au bailleur lorsqu'il existe un contrat de bail sur le bien. Il peut encore renoncer à l'exercice du droit de préemption. D'ailleurs, le silence gardé par le titulaire du droit de préemption dans le délai de deux mois de la réception de la déclaration vaut renoncement.

Les cas particuliers

Dans le cas d'une adjudication, le commissaire-priseur, le greffier de la juridiction ou le notaire en charge de la vente, procède à la déclaration préalable suivant la procédure ci-dessus décrite. Cette déclaration doit être adressée au maire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception 30 jours au moins avant la date fixée pour la vente.

Le titulaire du droit de préemption dispose alors d'un délai de 30 jours à compter de l'adjudication pour notifier sa décision de se substituer à l'adjudicataire, étant précisé que cette substitution ne peut intervenir qu'au prix et aux conditions de la dernière enchère ou de la surenchère.

Le décret du 26 décembre 2007 prévoit un second cas particulier portant sur la cession de gré à gré d'un fonds ou d'un bail commercial autorisée par le juge commissaire dans le cadre d'une liquidation (cession isolée d'actifs). Dans cette hypothèse, le liquidateur doit procéder à la déclaration préalable avant la signature de l'acte de vente. Le titulaire du droit de préemption peut exercer son droit suivant les mêmes modalités qu'en cas d'adjudication.

III. Formalités ultérieures à l'exercice du droit de préemption

L'acte constatant la cession

Un acte constatant la cession du fonds ou du bail doit être établi dans les trois mois suivant la date à laquelle l'acquisition est intervenue. Le point de départ de ce délai est donc, soit la notification de l'accord sur le prix et conditions indiqués dans la déclaration préalable, soit la date à laquelle la décision judiciaire fixant le prix et les conditions de la cession est devenue définitive, soit enfin la date de l'acte ou du jugement d'adjudication.

Le prix d'acquisition doit être réglé « au moment de l'établissement de l'acte constatant

la cession » et les dispositions relatives au régime des oppositions au paiement du prix par tout créancier du précédent propriétaire sont à respecter.

La mise en œuvre de ces dispositions posera très certainement des difficultés. Les textes

À NOTER

L'exigence que le prix d'acquisition soit réglé au moment de l'établissement de l'acte risque de ne pas être compatible avec le processus de paiement en vigueur dans les collectivités.

ne précisent pas, par exemple, quelles seront les conséquences de l'absence d'établissement de l'acte constatant le transfert dans le délai de trois mois. Le cédant retrouvera-

til sa liberté pour désigner un nouvel acquéreur alors même que le prix et les conditions de la cession ont été arrêtés?

De même, l'exigence que le prix d'acquisition soit réglé au moment de l'établissement de l'acte risque de ne pas être compatible avec le processus de paiement en vigueur dans les collectivités.

L'année précédant la rétrocession du fonds ou du bail

Le fonds, ou le bail, acquis par voie de préemption doit faire l'objet d'une rétrocession dans le délai d'un an à compter de la prise d'effet de ladite cession et, durant cette année, le régime des baux commerciaux est inapplicable au bien préempté.

Les communes, qui n'ont pas vocation à exploiter des fonds de commerce, pourront décider de ne pas maintenir l'activité pendant cette période.

Un tel choix pourra avoir des conséquences non négligeables sur les éléments du fonds (baisse de clientèle) et donc sur sa valeur. Au contraire, si des communes décidaient d'exploiter le fonds, comment cette solution s'articulerait-elle avec les règles régissant l'interventionnisme économique des communes?

D'autres collectivités pourront encore chercher à valoriser le bien en envisageant de conclure des conventions temporaires avec des tiers, si tant est que des tiers soient intéressés par une telle exploitation de durée limitée.

La question se posera alors de savoir si les communes pourront recourir, par exemple, à la location-gérance pendant cette année de transition.

La rétrocession du fonds ou du bail

La commune qui a préempté un fonds de commerce ou un bail commercial est tenue de le rétrocéder dans le délai d'un an à compter de la prise d'effet de la cession, afin d'en permettre une nouvelle exploitation préservant l'activité commerciale ou artisanale dans le périmètre concerné.

Afin de préparer la rétrocession, le conseil municipal doit approuver un cahier des charges qui comporte

À NOTER

Afin de préparer la rétrocession, le conseil municipal doit approuver un cahier des charges qui comporte les clauses utiles pour assurer le respect de l'objectif de diversité de l'activité.

les clauses utiles pour assurer le respect de l'objectif de diversité de l'activité.

Un avis d'information doit ensuite être affiché

en mairie pendant quinze jours. Il comporte un appel à candidatures, la description du fonds ou du bail à rétrocéder, le prix proposé et le délai dans lequel les candidatures devront être présentées.

Il précise également que le cahier des charges de la rétrocession est consultable en mairie et que si la rétrocession porte sur un bail commercial, cette dernière est subordonnée à l'accord préalable du bailleur. Dans ce dernier cas, afin de recueillir l'avis du bailleur, le projet d'acte de cession et le cahier des charges lui sont communiqués. Celui-ci peut alors s'opposer au projet en saisissant le juge des référés du tribunal de grande instance du lieu de situation de l'immeuble pour « faire valider son opposition à la rétrocession ».

Les textes ne précisent cependant pas quels sont les pouvoirs du juge dans le cadre de cette saisine. Devra-t-il se contenter d'enregistrer l'opposition du bailleur?

Enfin, si le bailleur ne notifie pas à la commune, dans le délai de deux mois à compter de la réception du projet d'acte, le justificatif de la saisine motivée du juge, il est réputé avoir donné son accord à la rétrocession.

La délibération doit préciser les conditions de la rétrocession et les raisons du choix du cessionnaire. Ce dernier doit nécessairement être immatriculé au Registre du commerce et des sociétés ou au Répertoire des métiers. Si le cessionnaire choisi est établi dans un autre Etat membre de l'Union européenne, il est tenu de produire un titre équivalent lui conférant ou lui reconnaissant la qualité de commerçant ou d'artisan. Les textes ne précisent cependant pas les critères en application desquels le choix du cessionnaire est réalisé. Dès lors, l'acte de rétrocession peut être établi et passé suivant le régime des cessions de fonds de commerce. Le contenu de l'acte est précisé par le Code. Il doit notamment indiquer les conditions dans lesquelles il pourra être résilié en cas d'inexécution par le cessionnaire du cahier des charges. Dans le

À NOTER

L'acte de rétrocession doit indiquer les conditions dans lesquelles il pourra être résilié en cas d'inexécution par le cessionnaire du cahier des charges.

mois suivant la signature de l'acte de rétrocession, le maire doit procéder à des formalités de publicité.

Il convient de relever enfin que les

textes ne précisent pas les sanctions applicables en cas de non-rétrocession du fonds ou du bail dans le délai d'un an. Il est uniquement indiqué que, dans ce cas, l'acquéreur initialement évincé, s'il est connu et s'il est toujours intéressé par l'acquisition, bénéficie d'un droit de priorité pour l'acquisition du bien.

Des questions subsistent donc sur ce point. Au-delà de ce délai d'un an, dès lors que le régime des baux commerciaux redevient en principe applicable, le bailleur pourra-t-il résilier pour défaut d'exploitation par la commune? Plus généralement, au terme de ce délai et faute d'avoir trouvé un cessionnaire, la décision de préemption sera-t-elle toujours valable?

Ces questions seront peut-être étudiées lors de l'examen du rapport d'étape du Credoc (centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie) qui vient d'être remis au gouvernement et qui propose trente-quatre pistes de réflexions pour favoriser le commerce de proximité et de centre-ville. ■

Profiter d'une offre d'emploi pour évoluer et d'informations exclusives pour préparer un concours

La Gazette c'est votre territoire !

Partager avec son équipe les mêmes sources, les mêmes références

Multiplier les moyens d'accéder à l'information recherchée

Pour vous abonner maintenant, tapez www.lagazette.fr

la Gazette

lignes+presse