

Conclusions sous *Sté Connected World France c/ Commune de Clichy-la-Garenne N°1602666*

Rapporteur : M. Gualandi
Rapporteur public : A. Bories
Audience du 9 mars 2018
(renvoi de l'audience du 22 décembre 2017)

La société The Phone House, ancien nom de la société requérante, était une société spécialisée dans la distribution de services et produits de téléphonie mobile et son activité résultait de partenariats avec les opérateurs historiques lui confiant la distribution d'offres low coast. Mais l'entrée sur le marché de la société Free en janvier 2012 a accru la concurrence et contraint les opérateurs historiques à développer eux-mêmes des offres low coast en réponse à la politique tarifaire agressive de Free. Dans ce cadre, les opérateurs historiques ont la plupart du temps décidé de mettre fin aux partenariats dont ils disposaient ici et là avec des sous-traitants ou des sociétés de reventes de services comme The Phone House. Tel fut le cas de Bouygues Telecom puis d'Orange qui ont résilié ou n'ont pas renouvelé les contrats qui les liaient avec la société The Phone House, contraignant notamment celle-ci à fermer la plupart de ses magasins « physiques » et à revoir son modèle de développement.

Dans ce cadre, elle a notamment cherché à se séparer d'un de ses points de vente situés au 95 boulevard Jean Jaurès à Clichy-la-Garenne, point de vente sur lequel elle disposait d'un bail commercial, pour un loyer annuel de 15 588 euros HT et Hors charge. Elle engage alors une négociation avec la société Les Métaux Précieux pour la cession de son bail commercial et parvient à un accord sur un prix de cession de 50 000 euros auquel il convient d'ajouter 10 000 euros de frais d'agence payables par l'acquéreur. La société The Phone House notifie alors à la commune le 26 avril 2013 une déclaration d'intention d'aliéner pour un montant total de 60 000 euros. La commune de Clichy décide d'exercer son droit de préemption commerciale sur ce bail, le 29 mai 2013, en application d'une délibération du CM du 19 juin 2008, qui instaure un périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité dans le secteur.

Par la suite, deux procédures ont été engagées en lien avec cette préemption : d'une part, le juge de l'expropriation a été saisi afin de déterminer la valeur vénale du bail commercial, qu'il a finalement évaluée à 30 424 euros par un jugement du 26 mars 2014, auquel s'ajoutent les 10 000 euros de frais d'agence. D'autre part, le tribunal de céans, saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre la décision du 29 mai 2013 a fait droit le 3 avril 2015 aux conclusions à fin d'annulation de la société The Phone House et a annulé la préemption pour un motif de fond tenant au fait, que d'une part le local n'était pas vacant, et que, d'autre part, l'activité de l'acquéreur évincé pouvait contribuer à la variété de l'offre de commerces ou d'artisanat sur la commune, puisqu'aucune autre activité semblable n'était répertoriée sur la commune, ce contrôle de la justification s'exerçant au regard des motifs de la délibération de 2008 instituant le droit de préemption commerciale.

Par la suite, il faut encore dire que, par une décision du 2 juin 2014, la commune a renoncé à acquérir le bail commercial au prix fixé par le juge de l'expropriation, et qu'elle a également renoncé à l'acquérir alors même que la société requérante lui avait adressé en juillet 2014 une nouvelle déclaration d'intention d'aliéner à un prix mentionné de 10 000 euros.

La société requérante, ex The Phone House devenue Sté Connected World Services France a alors déposé en novembre 2015 une demande d'indemnisation auprès de la commune, demande qui s'est muée le 18 mars 2016 en requête indemnitaires déposée devant le tribunal de céans. La société demande le versement d'une somme de 71736,71 euros en réparation des préjudices qu'elle estime avoir subis, comprenant 50000 euros résultant de la privation du prix de la vente envisagée avec la société Les Métaux Précieux en avril 2013, 5000 euros résultant de l'impossibilité de bénéficier du prix de cession pendant le gel de la période d'immobilisation du bien, liée à la préemption, et 16 736,71 euros résultant des loyers et charges dus en pure perte au propriétaire des murs pour la période courant du 29 mai 2013 au 2 juin 2014, date de renonciation à acquérir de la commune.

Le comportement de la commune de Clichy, dans cette affaire, laisse pantois puisqu'elle a exercé cette préemption en toute illégalité, refusant ensuite d'acquérir le bail au prix fixé par le juge de l'expropriation et même au prix finalement proposé de 10 000 euros. Entre amateurisme et insouciance, la commune donne l'impression d'avoir « tenté le coup » de la préemption, sans trop y croire, sans vrai projet alternatif et sans avoir jamais songé à budgéter l'atteinte au droit de propriété et à la libre entreprise que sa décision de préemption ne manquait pas d'entraîner. Si nous sommes assez souvent, hélas, témoins de préemptions aussi hasardeuses et impréparées, nous ne pouvons toutefois que vous inviter à suivre l'approche extrêmement prudente de la jurisprudence, s'agissant de l'indemnisation des préemptions illégales. Dès lors, il nous semble que vous ne pourrez pas faire droit à l'intégralité des prétentions indemnitaires de la société dont les préjudices ne sont pas tous certains.

Précisons que dans ce dossier, l'une des difficultés pratique tient à ce qu'est en cause l'usage illégal du droit de préemption commercial de l'article L. 214-1, alors que l'essentiel sinon la totalité des jurisprudences pertinentes proviennent du droit de préemption urbain. Il faut donc raisonner par analogie ce qui pourra, dans certains cas, s'avérer délicat.

1) Illégalité et responsabilité

Il y a, personne ne le discute, une illégalité à l'origine de la décision de préemption, le maire ayant agi alors que sa décision contrevenait aux motifs de la délibération de 2008 instaurant le droit de préemption en matière commerciale sur un périmètre donné. Il s'agit là d'une annulation pour un motif de fond, plus précisément pour une erreur d'appréciation commise dans l'opération de qualification juridique des faits. Le jugement du 3 avril 2015 n'a d'ailleurs pas été frappé d'appel.

Certes, toute illégalité est fautive, comme l'a rappelé le CE Sect 26 janvier 1973 *Driancourt*, n°84768, A mais la jurisprudence postérieure est bien venue préciser que toute faute n'entraîne l'indemnisation que si elle est à l'origine directe et certaine du préjudice dont les requérants se prévalent. Et il ne peut y avoir indemnisation si la décision est légalement justifiée sur le fond, c'est-à-dire si le préjudice résulte, non de l'illégalité commise mais de l'application justifiée de dispositions législatives ou réglementaires qui permettent à l'autorité publique d'agir. CE Sect 19 juin 1981 *Mme Carliez*, n°20619, A. Faisant application de l'arrêt *Mme Carliez* au droit de préemption urbain, le CE 30 juillet 1997 *Commune de Montreuil-sous-Bois* n°160968, A a précisé que l'illégalité n'entraîne l'indemnisation qu'à la condition que la préemption ne soit pas justifiée au fond par des motifs d'intérêt général, qui auraient permis à la

commune de reprendre la même décision en la purgeant du vice de légalité dont elle était entachée. Voir aussi CE 21 mars 2008 *Sté Terres et Demeures* n°279074, C. Autrement dit, si toute illégalité est fautive, toute faute n'entraîne pas automatiquement la responsabilité. Mais en l'espèce, cet aspect n'est pas discutable puisque la décision de préemption a bien été annulée pour un motif de fond comme n'étant pas justifiée. Autrement dit, le fait générateur, la faute, n'est pas discutée, et cette faute est bien à l'origine du préjudice. Reste donc à savoir si le préjudice invoqué est suffisamment certain et réel pour permettre l'indemnisation. C'est sur ce terrain -et non sur celui du lien de causalité- que sont intervenues les « restrictions » du Conseil d'Etat.

2) Le caractère certain du préjudice

Toute la question est là et il s'agit ici de s'inspirer des jurisprudences rendues en matière de DPU.

A titre liminaire, il convient de vérifier que la cession du bail commercial à la société Les Métaux Précieux était suffisamment probable en avril 2013, ce que conteste la commune. Il est vrai que la société The Phone House ne dispose pas de promesse de vente, de contrat de cession de bail ou d'avant contrat de cession. Il s'agit ici d'une cession directe, pratique courante en matière de cession de droit au bail, beaucoup moins encadrée et complexe que pour une acquisition immobilière.¹

La société requérante, titulaire du bail commercial, communique au tribunal des éléments donnant à penser que la cession du bail à la société Les Métaux Précieux était suffisamment probable : attestations du gérant de la société Les Métaux Précieux établie en janvier 2017, du consultant immobilier de la société requérante, éléments mentionnés dans le protocole transactionnel rédigé entre la société requérante et le propriétaire des locaux, le 31 octobre 2014, projet de contrat de cession non daté entre les deux sociétés, échanges de plusieurs mails de 2012 et 2013 dont l'un comporte en PJ une fiche de validation qui contient des renseignements sur le cessionnaire, c'est-à-dire sur la société LMP Précieux, et dont un autre, du 23 novembre 2012, comporte des plans du projet de la société LMP destinés au propriétaire du local. En bref, comme l'exige la jurisprudence, la cession entre la société The Phone House et la société LMP nous paraît, suffisamment probable : CE 6 octobre 1999 *SARL CMED* n°183722, C ; Pour un fichage : CE 15 mai 2006 *Commune de Fayet*, n°266495, A. Il est donc possible d'admettre, dans ce dossier, au vu du faisceau d'indices constitué par les pièces fournies et en dépit d'une relative hésitation, que la cession de bail de la société The Phone House au profit de la société Les Métaux Précieux, présente un caractère suffisamment probable. La première condition que doit remplir le titulaire du bail empêché de céder son bail du fait d'une décision illégale de préemption nous paraît donc remplie. Mais il y a d'autres conditions susceptibles de faire échec à l'indemnisation de chacun des chefs de préjudice invoqués, que nous vous proposons d'analyser un par un.

a) Le préjudice résultant de la privation du montant de la cession de bail, qui aurait dû être réalisé en avril 2013 au profit de la société LMP, est évalué par la société requérante à 50000 euros, soit la somme exacte correspondant au montant de la cession. Si l'on doit raisonner par analogie par rapport au DPU, il convient de préciser ce que l'on entend comparer : en effet, dans le cadre du DPU, le propriétaire d'un immeuble frappé d'une préemption illégale recouvre, à la date de la renonciation de la personne publique à faire usage de son droit de

¹ <https://www.litinerant.fr/ceder-droit-bail.html>

préemption, le droit, soit d'essayer de vendre à nouveau son bien, soit de ne pas le vendre. Dans le cadre d'une préemption commerciale, l'alternative qui s'offre à lui est plus complexe puisqu'à la date de la renonciation de la personne publique, le titulaire d'un bail commercial peut, soit de nouveau tenter de céder son bail commercial, soit continuer à occuper les lieux et à verser le loyer au propriétaire, soit enfin tenter d'obtenir la résiliation du bail, choix qu'a fini par faire la société The Phone House.

Dans le cadre du DPU, la jurisprudence distingue selon que le vendeur, ici le cédant du bail commercial, est finalement parvenu ou non à vendre son immeuble après renonciation de la collectivité publique. Cette distinction est issue des deux arrêts récents rendus en matière de droit de préemption commerciale, ainsi que des conclusions des rapporteurs publics dans ces deux affaires : CE 15 mai 2006 **Commune de Fayet** n°266495, A aux conclusions de JH. Stahl et CE 10 mars 2010 **SCI GFM** n°323543, B, aux conclusions d'Anne Courrèges. La distinction selon que le vendeur a finalement réussi ou non, à vendre son bien, ou à céder son bail commercial, est également reprise par René Hostiou et Yves Struillou dans leur ouvrage « Expropriation et préemption » paru chez Litec, 5^{ème} édition.

Si le vendeur ou le cédant du bail commercial a cédé le bien après renonciation de la collectivité publique, le CE juge que *« son préjudice résulte, dès lors que les termes de la promesse de vente initiale faisaient apparaître que la réalisation de cette vente était probable, de la différence entre le prix figurant dans cet acte et la valeur vénale du bien à la date de la décision de renonciation »*. Il s'agit là d'indemniser le manque à gagner du vendeur dont le bien a fait l'objet d'une préemption illégale.

En revanche, lorsque le vendeur n'est pas parvenu à vendre, soit qu'il n'a pas souhaité remettre son bien en vente, soit qu'il n'a trouvé aucun acquéreur, il reste propriétaire du bien ou titulaire du bail et peut donc continuer à en jouir ou à en percevoir les fruits. Et selon Anne Courrèges, qui conclut dans l'affaire SCI GFM particulièrement topique pour le dossier en litige, cette *« différence n'est pas neutre »*, puisqu'il *« est difficile d'affirmer avec certitude que le propriétaire a été privé de la possibilité de recevoir le prix initialement convenu »*. Tant que le vendeur n'a pas vendu, tant que le titulaire du bail ne l'a pas cédé, son préjudice reste éventuel, *« il n'a rien perdu et conserve la possibilité de faire une bonne affaire »*. Le CE entend ainsi éviter d'avoir à indemniser un vendeur pour le manque à gagner résultant d'une vente empêchée par une préemption illégale, alors qu'une vente future à un prix aussi intéressant, voire plus intéressant, reste possible. Le CE a fait application de cette logique dans l'arrêt SCI GFM et refuse d'indemniser le manque à gagner trop éventuel d'une société qui, au moment où elle a retrouvé la libre disposition de son bien, n'a pas cherché à le remettre sur le marché.

En l'espèce, la sté requérante Connected World Services France nous dit n'être pas parvenue à céder à nouveau son bail et contrairement à ce qu'il en était lors de la première audience, établit avoir tenté de le remettre sur le marché et avoir eu une proposition, restée sans suite, de la société Nalys, société de commerce de bar à ongle pour une somme de 10000 euros. Elle a dans ce cadre soumis une nouvelle déclaration d'aliéner le 18 juillet 2014, à laquelle on le sait la commune n'a pas non plus donné suite. En résiliant son bail en novembre 2014, moyennant le versement d'une indemnité compensatoire de plus de 18000 euros, la société requérante nous paraît avoir cherché à s'en débarrasser, sans doute en raison de sa situation financière délicate, ce que l'on peut comprendre. Mais cette résiliation ne saurait s'assimiler à une cession du bail à un prix bradé, contrairement à ce que tente de nous faire croire la société requérante dans son mémoire en réplique. Si la requérante a finalement résilié son bail, ce n'est pas en raison de l'illégalité de la préemption mais parce qu'elle n'était plus en mesure d'assurer l'exploitation commerciale d'un magasin, pour les raisons évoquées en introduction. Dans une situation normale, la société requérante aurait pu, à compter de la renonciation à la préemption,

soit tenter de nouveau de céder son bail, soit poursuivre l'exploitation commerciale encore quelques temps. Le fait que la société ait préféré abandonner son bail et le résilier est étranger aux turpitudes que la commune de Clichy lui a fait subir et s'explique uniquement par le contexte économique et commercial dans lequel la perte de ses contrats principaux l'a plongée. Pour reprendre les termes du mémoire en réplique, si la société s'est trouvée « contrainte » de résilier son bail, c'est pour des raisons qui lui sont propres et certainement pas à cause de la commune. Aussi, la cession finale du bien ne nous paraît pas provoquée par l'illégalité de la préemption mais par la situation de la société. Aussi, nous pensons que, soit le lien de causalité n'y est pas, soit que le préjudice reste trop hypothétique et incertain. Dans ces conditions le « manque à gagner » de 50000 euros ne saurait être indemnisé.

Il faut toutefois, selon nous, tenir compte du préjudice subi par un vendeur qui après avoir récupéré la libre disposition de son bien, a vainement cherché à le remettre en vente, sans recevoir de proposition. Il s'agirait d'indemniser la victime d'une préemption illégale, non à travers son manque à gagner qui, en l'absence de vente finale, reste éventuel et incertain, mais à travers la perte de chances qu'elle aurait eu de pouvoir vendre son bien à un prix intéressant. Cette voie est esquissée par Anne Courrèges dans ses conclusions et reprise par l'avocate de la société requérante. Nous vous proposons de les suivre.

Anne Courrèges indique en effet qu'il ne faudrait pas déduire de la comparaison entre les deux décisions « *Commune de Fayet* » et « *SCI GFM* » que « *seule la revente après la renonciation ouvrirait droit à indemnisation. On ne peut en effet exclure que, dans certaines circonstances particulières, la perte de l'occasion de faire la bonne affaire initialement convenue soit suffisamment caractérisée.* Mais ces circonstances particulières doivent être invoquées et naturellement, établies. Anne Courrèges indique que ces circonstances particulières pourraient tenir par exemple au fait « *qu'il n'y avait qu'un acquéreur qui était disposé à payer bien plus que la valeur vénale du bien pour des raisons personnelles, ou au regard de ses projets propres, le bien ayant alors perdu une partie de cette valeur subjective* ». On pense par exemple à une opération d'aménagement ou de construction importante à laquelle un promoteur a finalement renoncé. Ces circonstances particulières pourraient aussi tenir au fait que « *le bien a objectivement perdu de sa valeur du fait d'événements postérieurs* », comme par exemple, un changement des règles d'urbanisme réduisant la constructibilité. Il nous semble qu'il y a là l'idée que l'on pourrait indemniser le vendeur illégalement empêché de vendre dans le cas où il démontrerait qu'il ne pourra plus jamais bénéficier d'une promesse de vente aussi avantageuse, en raison de circonstances particulières liées à l'espèce. Ainsi, alors même que le vendeur reste, après renonciation à préempter, propriétaire de son bien et qu'il peut le revendre ou qu'il peut céder son bail, il pourrait être indemnisé de la perte de chance d'avoir pu le céder, avant la préemption, à un prix nettement plus favorable qu'il ne pourra jamais obtenir. L'indemnisation de la perte de chance doit être ainsi distinguée de celle résultant du manque à gagner que le CE refuse dans le cas où le vendeur n'a finalement pas vendu son bien. Elle n'a pas la même automaticité et doit surtout s'appuyer sur des « circonstances particulières ».

Il nous semble précisément que les nouvelles pièces produites attestent de cette perte de chance de réaliser une affaire exceptionnelle. Le prix proposé par la société LMP, de 50000 euros, était particulièrement avantageux, par rapport au prix fixé par le juge de l'expropriation de 30424 euros, et à fortiori par rapport au prix mentionné dans l'avis du domaine de 15600 euros, et au prix fixé par le commissaire du gouvernement de 15588 euros, dans le cadre de la procédure d'expropriation.

La perte de chance nous paraît donc constituée, mais la perte de chance ne peut à notre avis que représenter une fraction du préjudice. En attendant un peu et en ne se précipitant pas comme elle l'a fait, quelques semaines après la renonciation de la commune et après le refus de la société Nalys, bref, en attendant avant de céder son bail, la société requérante aurait pu espérer, sans doute, une meilleure indemnité, et surtout ne pas avoir à verser 18000 euros pour se sortir de son bail de façon anticipée. Il nous semble dans ce cas, que la société doit être indemnisée de la part de l'argent qu'elle n'aurait de toutes façons eu aucune chance de percevoir, tant le marché apparaît éloigné de l'opportunité de la première fois. Aussi, par un raisonnement au « doigt mouillé », nous vous proposons d'estimer qu'en attendant un peu, la société aurait pu sûrement céder son bail à un prix compris entre les 10000 euros de l'offre de la société Nalys, intégrant les estimations du commissaire du gouvernement et du service des domaines, et allant jusqu'aux 30000 euros fixés par le juge de l'expropriation, soit une somme médiane de 25000 euros, qu'il convient donc de déduire des 50000 euros initialement proposés.

b) Le préjudice résultant de l'impossibilité de disposer du prix de la vente entre la date de cession prévue, ici en avril 2013, et la date de renonciation de la commune, ici en juin 2014.

L'indemnisation de ce type de préjudice est assurée et acceptée par le CE. Il s'agit d'un préjudice plus restreint destiné à indemniser la perte financière résultant de l'immobilisation des fonds pendant la période de gel de la transaction. Le vendeur ou cédant peut faire valoir, à condition que l'opération initiale ait été suffisamment probable, « le préjudice résultant de l'impossibilité de disposer du prix figurant dans la promesse de vente entre la date de cession initialement prévue et la date de vente effective, dès lors que cette dernière a eu lieu dans un délai raisonnable après la renonciation de la collectivité. » : CE 2006 ***Commune de Fayet*** op. cit. Et dans le cas où la vente n'a finalement pas eu lieu, c'est la date de la renonciation qu'il faut prendre en compte pour clore cette période de gel : CE 2010 ***SCI GFM***.

En principe, ce préjudice est calculé en appliquant le taux d'intérêt légal au prix initial pendant la période de responsabilité. Mais lorsque le taux d'intérêt légal est particulièrement faible, comme pendant les années 2013 et 2014, le CE fait une estimation du préjudice, là encore, au « doigt mouillé ». Dans l'affaire SCI GFM, il avait retenu une rémunération approximative d'environ 5% par an, s'agissant d'une somme, certes plus importante, qui n'avait été immobilisée que pendant 2 mois et 23 jours. Il nous semble qu'en l'espèce, en retenant le même mode de calcul, la société Connected World Services France peut prétendre à une indemnisation de 2500 euros environ. Ne soyez pas surpris d'avoir à indemniser ce chef de préjudice, qui est indépendant du manque à gagner : c'est précisément ce qu'a fait le CE dans son arrêt ***SCI GFM*** de 2010, en réglant l'affaire au fond et en accordant une somme de 5000 euros sur ce seul chef de préjudice à la société requérante.

c) Le dernier chef de préjudice invoqué par la requérante, à savoir le montant des loyers à régler pendant la période de gel de la transaction ne nous paraît pas pouvoir être indemnisé, non parce qu'il est incertain ou éventuel, mais en raison de l'absence de lien de causalité avéré. La décision de préemption a seulement eu pour effet de priver la société The Phone House de la possibilité de céder son bail commercial en avril 2013 à un prix de 50 000 euros. Elle n'a pas eu pour effet de priver cette société de la possibilité de poursuivre, pendant cette période de gel, son activité commerciale. La commune n'est à cet égard pas responsable, et

on souscrit à son argumentation, de la perte brutale de revenus de la société The Phone House et l'usage de son droit de préemption est évidemment indépendant de la situation financière du commerce préempté. Vous ne pouvez, nous semble-t-il envisager d'indemniser une société sous prétexte qu'elle n'aurait pu poursuivre son activité commerciale, alors qu'une autre, qui aurait été également illégalement préemptée, aurait continué son exploitation en versant normalement ses loyers.

Ainsi, même si l'on comprend la société requérante de vouloir se débarrasser au plus vite du versement de loyers pour un commerce qu'elle ne peut plus exploiter, cette situation n'est pas le fait de la commune et vous ne pourrez accorder d'indemnisation pour ce chef de préjudice.

PCMNC à ce que la commune soit condamnée à verser une somme totale de 25 000 euros + 2 500 euros à la société Connected World Services France, tous intérêts échus.