

Conclusions sous l'affaire E...n°1603262

Rapporteur : M. Gualandi

Dans quelles conditions une commune peut-elle décider de faire usage de son droit de préemption commerciale sur un fonds de commerce et quel est le contrôle du juge pour assurer le respect du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre ? Le point sur le droit de préemption commerciale de l'article L. 214-1 du code de l'urbanisme.

DPC : droit de préemption en matière commerciale (article L. 214-1 et suivants du code de l'urbanisme).

DPU : droit de préemption urbain (article L. 211-1 et suivants du code de l'urbanisme).

Une cession de droit au bail concernant des locaux situés au 32 avenue Léonard de Vinci à Courbevoie a été envisagée entre la SAS Starbucks coffee France et les époux E..., désireux d'exploiter une activité de bar à salades sous l'enseigne Ankka.

Mais, se fondant sur une délibération du conseil municipal en date du 15 décembre 2014 établissant un périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité et autorisant le maire à exercer le droit de préemption à l'intérieur de ce périmètre, le maire de Courbevoie a précisément décidé d'exercer son droit de préemption sur le droit au bail portant sur les locaux alors détenus par Starbucks France, par l'arrêté en litige du 12 février 2016.

S'agissant d'une préemption fondée sur un constat vicié, nous allons vous proposer d'annuler la décision du 12 février 2016, pour un moyen de fond tiré d'une erreur d'appréciation. Mais, dans un premier temps, nous dirons quelques mots des moyens que nous vous proposons de ne pas retenir.

1) S'agissant des moyens qui pourront être écartés :

a) Au titre des moyens de légalité externe :

- les requérants soutiennent que la décision de préemption du 12 février 2016 est prise par une autorité incompétente, le maire de Courbevoie, qui ne bénéficie pas du droit de signer les décisions de préemption. Toutefois, on l'a vu, le conseil municipal a autorisé le maire par délibération du 15 décembre 2014 à exercer le droit de préemption commercial de l'article L. 214-1 du code de l'urbanisme, et ce en application de l'article L. 2122-22 du CGCT qui dispose que « *le maire peut, en outre, par délégation du conseil municipal être chargé (...) 15° D'exercer au nom de la commune les droits de préemption définis par le code de l'urbanisme* ». Cette délibération n'a pas à fixer les conditions particulières d'une telle délégation, comme le fait à juste titre remarquer la commune : CE 2 mars 2011 **Commune de Brétignolles-sur-Mer**, n°315880, B (sur ce point). Aussi, le maire de Courbevoie était-il, à la date du 12 février 2016, parfaitement compétent pour signer la décision de préemption commerciale en litige.

- Les requérants soutiennent également que la décision de préemption est insuffisamment motivée. Les décisions de préemption doivent être motivées en application, non de la loi du 11 juillet 1979 désormais intégrée au CRPA mais en application de l'article L. 210-1 du code de l'urbanisme qui dispose que « *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 (...)* Toute décision de préemption doit mentionner l'objet pour lequel ce droit est exercé ». L'article L. 210-1 s'applique explicitement « *aux droits de préemption institués par le présent titre* », parmi lesquels se trouvent le DPU mais aussi le droit de préemption en matière commerciale. Autrement dit, la logique issue de l'arrêt Meung sur Loire (CE 7 mars 2008 **Commune de Meung sur Loire** n°288371, A) est susceptible de s'appliquer aux décisions de préemption commerciale et rien ne justifie que l'on raisonne différemment pour le DPU et le droit de préemption commercial, et ce, contrairement à ce que la commune de Courbevoie allègue en défense. Les arrêts appliquent du reste les articles L. 210-1 et L. 300-1 du code de l'urbanisme et la logique de l'arrêt Meung sur Loire au droit de préemption commerciale : voir par exemple CE 26 avril 2013 **Xu**, n°362949, C, et plus explicite : CAA Bordeaux 26 mars 2013 **MmeC...**, n°11BX3234, C ou CAA Bordeaux 12 juillet 2016 **Commune de Cahors** n°14BX03382, ou CAA Versailles 20 octobre 2016 **SCI Gary C**, n°14VE01828. Précisément, le CE considère, dans l'arrêt Meung sur Loire qu'il résulte des dispositions des articles L. 210-1 et L. 300-1 du code de l'urbanisme « *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* ». C'est dire que le CE a considérablement assoupli la jurisprudence antérieure qui exigeait que la commune justifiât d'un projet précis à la date de la décision de préemption. En l'espèce, la décision de préemption nous paraît suffisamment motivée par référence à la « *volonté de préserver la diversité commerciale du quartier du Faubourg de l'Arche* », par « *la nécessité de veiller à une composition commerciale cohérente et dynamique du quartier du Faubourg de l'Arche, participant à son animation de jour comme de nuit tant la semaine qu'en fin de semaine* », et par le souhait « *de proposer une offre de restauration qualifiante et traditionnelle plus importante afin de répondre aux besoins de la population aussi bien active que résidentielle* », en rétablissant « *l'équilibre entre l'offre de restauration traditionnelle en déficit et la restauration rapide sur-représentée dans le quartier* », étant précisé que, selon l'arrêté, le quartier compte 14 locaux destinés à la restauration rapide pour 4 brasseries traditionnelles.

Il est vrai que la décision ne vise aucun projet à venir ou en attente, mais il faut nécessairement tenir compte de la spécificité du droit de préemption commerciale, qui veut qu'en application de l'article L. 214-2 du code de l'urbanisme, la commune acquière un fonds de commerce ou un bail commercial en vue de le rétrocéder à « *une entreprise (...) 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* », et ce dans un délai de principe de 2 ans. Il n'est donc nullement exigé de la commune, contrairement à ce que soutiennent les requérants, qu'elle justifie à la date de la préemption d'un projet de rétrocession précis ni qu'elle connaisse l'identité de l'entreprise à laquelle elle envisage de rétrocéder le bien. Elle doit seulement justifier de la réalité d'un projet d'action ou d'opération d'aménagement répondant à l'un des objets mentionnés par l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, à savoir un projet destiné « *à organiser le maintien, l'extension ou l'accueil d'activités économiques* », ce qui est en l'espèce suffisamment caractérisé par renvoi à la délibération du 15 décembre 2014 instituant le droit de préemption commercial et par la motivation de la décision qui tend à rééquilibrer l'offre entre restauration traditionnelle et restauration rapide. Autrement dit, la décision nous paraît suffisamment motivée et vous pourrez écarter le moyen.

b) Au titre des moyens de légalité interne :

- Les requérants soutiennent d'abord que la délibération du 15 décembre 2014, qui institue le droit de préemption commerciale sur la commune de Courbevoie, serait inopposable, en l'absence des mesures de publicité adéquates. Dès lors, privée de fondement, la décision de préemption serait entachée d'une erreur de droit et donc illégale. Les délibérations instituant le droit de préemption commerciale dans un périmètre donné, doivent, au terme de l'article R. 214-2, faire l'objet des mesures de publicité prévues à l'article R. 211-2, qui prévoit un affichage en mairie d'un mois, et une publication dans deux journaux du département. En effet, le juge censure des décisions individuelles de préemption intervenues sur la base d'une délibération instituant le droit de préemption, incomplètement publiée et donc incapable de produire des effets juridiques : en ce sens, très clair, CAA Nancy 20 mai 2010 **Commune d'Achen** n°09NC01076, C, et CAA Versailles 28 mai 2009 **SCI Jeromi de la Victoire**, n°08VE01373, C.

En l'espèce, la délibération du 15 décembre 2014 a été affichée en mairie pendant un mois à compter du 18 décembre 2014 et a fait l'objet des deux publications obligatoires le 2 janvier 2015. Elle a également été transmise au préfet le 18 décembre 2014. Dans la mesure où, aux termes de l'article L. 2131-1 du CGCT, « *les actes pris par les autorités communales sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication ou affichage (...). Le maire certifie, sous sa responsabilité, le caractère exécutoire de ces actes* », le CE a toujours considéré que les certificats d'affichage signés par le maire, dont les requérants contestent l'efficacité, font foi jusqu'à preuve du contraire, laquelle n'est en l'espèce pas apportée : CE 31 janvier 1973 **Epoux B...**n°85359, A. Autrement dit, la délibération a bien été publiée, transmise au préfet et à la date du 12 février 2016, elle était devenue définitive.

- les requérants soutiennent ensuite que la délibération du 15 décembre 2014 serait illégale par voie d'exception, notamment parce qu'elle ne serait pas correctement motivée. Rappelons tout d'abord que ce moyen est toujours un moyen de légalité interne, même s'il s'agit comme en l'espèce, de remettre en cause la légalité externe de la décision base, c'est-à-dire, de la délibération de 2014 : CE 10 juillet 1995 **Commune de la Tremblade**, n°1408139, B. Ensuite, il faut se demander si le moyen tiré de l'illégalité de la délibération instituant le droit de préemption commerciale est recevable, eu égard aux règles qui régissent l'exception d'illégalité.

La réponse est clairement négative : les délibérations instituant le DPU (et donc aussi celles instaurant le DPC) ne constituent pas des actes réglementaires (mais des actes dits d'espèce, intermédiaires ou mixtes) et leur légalité ne peut être invoquée sans délai par la voie de l'exception d'illégalité, à la différence de ce qu'il en serait s'il s'était agi d'un règlement. Autrement dit, l'exception d'illégalité de ces actes d'espèce ne peut être soulevée que s'ils ne sont pas devenus définitifs. S'ils sont devenus définitifs, ils deviennent intouchables, sauf à ce qu'il puisse être fait application de la théorie des opérations complexes, ce qui n'est pas le cas. C'est ce que d'abord jugé la CAA Paris formation plénière, 8 juillet 2008 **Sté Foncière Paris 11**, n°05PA02723, B, puis, récemment, le CE 10 mai 2017 **Sté ABH Investissements**, n°398736, B à propos d'une délibération instituant le DPU : le CE juge que : « *L'illégalité d'un acte administratif, qu'il soit ou non réglementaire, ne peut être utilement invoquée par voie d'exception à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative ultérieure que si cette dernière décision a pour base légale le premier acte ou été prise pour son application. En outre, s'agissant d'un acte non réglementaire, l'exception n'est recevable que si l'acte n'est pas devenu définitif à la date à laquelle elle est invoquée, sauf dans le cas où, l'acte et la décision ultérieure constituant les éléments d'une même opération complexe, l'illégalité dont l'acte serait entaché peut être invoquée en dépit du caractère définitif de cet acte.* (JP Okosun) *L'illégalité de l'acte instituant un droit de préemption urbain peut être utilement invoquée par voie d'exception à l'appui de conclusions dirigées contre une décision de préemption. Toutefois, cet acte, qui se borne à rendre applicables dans la zone qu'il délimite les dispositions législatives et réglementaires régissant l'exercice de ce*

droit, sans comporter lui-même aucune disposition normative nouvelle, ne revêt pas un caractère réglementaire et ne forme pas avec les décisions individuelles de préemption prises dans la zone une opération administrative unique comportant un lien tel qu'un requérant serait encore recevable à invoquer par la voie de l'exception les illégalités qui l'affecteraient, alors qu'il aurait acquis un caractère définitif. ». La solution est donc désormais claire et s'étend bien évidemment aux délibérations instituant non le DPU mais le DPC : pour une application récente : CAA Bordeaux 12 juillet 2016 **Commune de Cahors**, n°14BX03382. Le moyen selon lequel la délibération du 15 décembre 2014 serait entachée de diverses illégalités, soulevé par la voie de l'exception est donc irrecevable, dans la mesure, où, on l'a vu, ladite délibération était depuis longtemps définitive à la date du 12 février 2016.

2) S'agissant du moyen de légalité interne qui pourra être retenu :

On en vient donc au dernier moyen qui fait tout le sel de cette histoire de salade et qui ne manque pas d'interroger sur les intentions réelles de la commune de Courbevoie. Les requérants soutiennent que la commune aurait commis une erreur d'appréciation et nous vous invitons à les suivre.

A titre liminaire, se pose la question du degré de contrôle du juge : selon le CE, le juge exerce un contrôle normal de la qualification juridique des faits, dans le cadre des décisions de préemption urbain et vérifie que le projet d'opération envisagé soit de nature à justifier légalement l'exercice du droit de préemption urbain : CE 6 juin 2012 **Sté RD Machines outils**, n°342328, A (sur ce point). Nous vous proposons d'appliquer ce même type de contrôle aux décisions de préemption commerciale, comme l'ont fait notamment la CAA Paris 1^{er} octobre 2015 **l'Orchidée Bleue**, n°14PA04037 et la CAA Versailles 9 juillet 2015 **Commune de Puteaux** n°14VE00631.

Sur le fond, la décision de la commune de Courbevoie nous paraît reposer sur une étrange définition de ce qu'est la restauration traditionnelle, à comparer avec la restauration rapide. Pour la commune, il y aurait dans le quartier 14 restaurants de restauration rapide pour 4 restaurants de restauration traditionnelle. Présenté comme cela, on serait tenté de la suivre et d'approuver sa volonté de redynamiser le quartier le soir et de permettre aux résidents, et pas seulement aux salariés de passage le midi, de bénéficier d'une restauration assise, de qualité et traditionnelle.

Sauf que l'analyse de la commune nous paraît vicier par l'examen de la réalité du terrain. Il y a en fait 21 locaux de restauration évoqués par la commune. Le document que la commune a communiqué au juge des référés, qu'elle a étonnamment omis de communiquer dans le présent dossier, document qui a d'ailleurs justifié la suspension de la décision en litige, identifie certes 16 restaurants rapides et 5 restaurants classiques dans le quartier, mais si l'on creuse un tant soit peu, on découvre que sur les 16 restaurants dits rapides, 10 d'entre eux constituent des restaurants classiques, avec une salle de restauration où les clients peuvent rester longuement pour déjeuner ou dîner. C'est le cas des pizzérias Da Vinci et la Taglietta, le Bistrot de Courbevoie, du restaurant libanais Rihab, des restaurants asiatiques le Soleil d'Or, Tokyo la Défense, Sushis Tokyo, et Lune Sushis, de la pizzéria Pasta Mamma, qui a fermé depuis. Ces restaurants sont ouverts le midi et le soir, même tard, et répondent à ce qu'il est convenu d'appeler des restaurants traditionnels, qui ne sont donc pas uniquement destinés à la clientèle des bureaux ou la clientèle de passage, mais qui sont aussi destinés aux résidents de Courbevoie, ce que la commune entend légitimement promouvoir.

Si bien que pour la commune de Courbevoie, les seuls restaurants qui répondent à sa définition de restaurants traditionnels, sont les restaurants français « la table des artistes, le bistrot des faubourgs, la bonne adresse, le bistrot d'Edouard et Marcus », que le mémoire en défense

identifie comme restaurants qualitatifs, l'expression revenant souvent. On peut, comme la commune, éprouver un certain scepticisme devant la multiplication des japo-chinois et partager son trouble devant d'improbables pizzérias, mais la définition de ce qui est bon ou mauvais, nous semble assez éloignée de la distinction entre restauration traditionnelle et restauration rapide et nous paraît cautionner une utilisation abusive du droit de préemption. Autant l'on comprend le souhait de la commune de revigorer le quartier, d'en faire aussi un quartier vivant le soir et donc de limiter les commerces de restauration rapide qui ne sont souvent ouverts que le midi ou en début de soirée seulement, autant on peine à la suivre lorsqu'elle exclut de la définition des restaurants traditionnels, des restaurants où l'on reste assis et où l'on mange sur place, des restaurants dans lesquels on peut rester dîner, sous prétexte qu'il s'agirait de pizzérias ou de restaurants asiatiques. Cette disqualification d'emblée de ce type de restaurant qui, par principe, ne pourraient pas être qualifiés de qualitatifs, est assez surprenante, d'autant qu'au moins deux des restaurants cités disposent d'appréciations correctes sur Tripadvisor.

Enfin, si l'on partage l'avis de la commune selon lequel les bars à salade de la franchise Ankka correspondent davantage à une logique de restauration rapide qu'au restaurant traditionnel, on note que le restaurant Starbucks qui était jusqu'alors titulaire du fonds de commerce en litige, peut aussi être assimilé à de la restauration rapide, et que son remplacement par la franchise Ankka n'ajouterait pas un restaurant rapide de plus mais en remplacerait un par un autre.

Ainsi, il nous semble que la commune de Courbevoie a commis une erreur d'appréciation en estimant que la préemption se justifiait par la volonté d'améliorer et de diversifier l'offre de restauration réservée aux habitants de Courbevoie, alors que le déséquilibre annoncé entre les restaurants rapides et les restaurants traditionnels n'apparaît pas établi et que la sur-représentation des premiers provient surtout de ce que la commune assimile les restaurants italiens et asiatiques à de la restauration rapide.

PCMNC à l'annulation de la décision attaquée.