

## ● Focus

# 40 Faut-il purger le droit de préemption PINEL en cas de cession d'un local commercial ou artisanal faisant l'objet d'un bail en l'état futur d'achèvement ?



par David GILLIG,  
avocat au barreau de Strasbourg,  
associé de la SELARL SOLER-COUTEAUX et ASSOCIÉS,  
chargé d'enseignement à la faculté  
de droit de Strasbourg

Source : Rép. min. n° 21155 : JO Sénat 22 avr. 2021, p. 2702

Le statut des baux commerciaux a instauré depuis 1926 le droit au renouvellement du bail à l'issue de sa durée initiale, ainsi que la propriété commerciale qui permet au commerçant de céder le bail avec le fonds. Ces deux principes ont été considérés longtemps comme suffisants pour assurer la stabilité du preneur à bail commercial. En revanche, la législation ne conférait pas à ce dernier un « droit de préférence » (CA Bordeaux, 18 mars 2021, n° 18/03890. – CA Colmar, 25 janv. 2021, n° 19/02259. – CA Paris, 27 mai 2020, n° 19/0963) ou « droit de préemption » (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 nov. 2020, n° 19-16.927. – CA Rouen, 15 avr. 2021, n° 20/03132. – CA Douai, 13 févr. 2020, n° 18/02720) en cas de vente du local commercial ou artisanal dans lequel il exerce son activité. Ce droit, prévu au bénéfice des locataires de baux d'habitation depuis les lois n° 75-1351 du 31 décembre 1975 relative à la protection des occupants de locaux à usage d'habitation et n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, a été étendu au profit des preneurs d'un local à usage commercial ou artisanal, par la loi PINEL du 18 juin 2014. Celle-ci a introduit dans le Code de commerce un article L. 145-46-1 aux termes duquel « lorsque le propriétaire d'un local à usage commercial ou artisanal envisage de vendre celui-ci, il en informe le locataire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, ou remise en main propre contre récépissé ou émargement. Cette notification doit, à peine de nullité, indiquer le prix et les conditions de la vente envisagée. Elle vaut offre de vente au profit du locataire. Ce dernier dispose d'un délai d'un mois à compter de la réception de cette offre pour se prononcer. En cas d'acceptation, le locataire dispose, à compter de la date d'envoi de sa réponse au bailleur, d'un délai de deux mois pour la réalisation de la vente. Si, dans sa réponse, il notifie son intention de recourir à un prêt, l'acceptation par le locataire de l'offre de vente est subordonnée à l'obtention du prêt et le délai de réalisation de la vente est porté à quatre mois ».

Ces dispositions sont d'ordre public (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 juin 2018, n° 17-14.605 : JurisData n° 2018-011180 ; Loyers et copr. 2018, comm. 201, note Ph.-H. Brault ; JCP G 2018, 984, note Ch. Gijssbers. – CA Douai, 13 févr. 2020, n° 18/02720. – Rép. min. n° 5054 : JOAN 14 août 2018, p. 5318 : Constr.-Urb. 2018, alerte 59, note G. Durand-Pasquier) de sorte qu'il ne peut y être dérogé du seul accord des parties.

Le champ d'application de ce droit de préemption particulier n'a pas encore été entièrement exploré par la jurisprudence et la doctrine. Aujourd'hui encore, il suscite des interrogations auxquelles le ministre de l'économie ne répond pas intégralement, étant précisé que la question qui lui avait été posée portait exclusivement sur la soumission au droit de préemption d'une vente d'un immeuble dont l'usage principal correspond à une des sous-destinations énumérées au 5° de l'article R. 151-28 du Code de l'urbanisme, à savoir : « industrie, entrepôt, bureau, centre de congrès et d'exposition ».

### 1. Les certitudes

Le champ d'application *ratione temporis* du droit de préemption prévu à l'article L. 145-46-1 du Code de commerce ne pose aucune

difficulté. En effet, comme la Cour de cassation l'a jugé, ce droit de préemption « s'applique à toute cession conclue six mois après la promulgation de la loi, soit le 18 décembre 2014 » (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 nov. 2020, n° 19-16.927).

En ce qui concerne le champ d'application *ratione personae* de ce droit de préemption, la quasi-totalité des difficultés soulevées ont trouvé réponse.

En particulier, il est certain que ce droit ne bénéficie pas à tous les locataires bénéficiant d'un bail commercial, mais aux seuls titulaires d'un bail portant sur un local commercial ou artisanal. Bien que la cour d'appel de Basse-Terre ait pu juger que ce droit est applicable en cas de vente du local par le propriétaire bailleur « dans lequel une activité industrielle est exercée » (CA Basse-Terre, 22 juin 2020, n° 19/005311), il fait assez peu de doute, au vu des travaux parlementaires qui ont précédé le vote de la loi Pinel, que le législateur a entendu écarter les preneurs de baux commerciaux qui portent sur des locaux à usage industriel, de bureaux ou d'entrepôts.

La question de l'application du droit de préemption aux locaux industriels ou aux bureaux ne demeure donc pas en suspens (V. en sens contraire E. Chavance, *Sur l'étendue du droit de préemption : Loyers et copr. 2019, comm. 7*). Il doit d'autant plus en aller ainsi que, s'agissant d'une disposition venant restreindre le droit du bailleur de disposer de son bien, elle doit être interprétée de manière restrictive (Rép. min. n° 98594 : JOAN 6 déc. 2016, p. 10078), comme le rappelle la réponse ministérielle sélectionnée.

Celle-ci précise également que « si le locataire est une société, le droit de préférence lui revient, et ne peut bénéficier individuellement à un actionnaire, un dirigeant ou un salarié, fut-il occupant des lieux ». Par suite, les sous-locataires, les occupants à titre précaire (notamment, ceux dont le bail a été résilié, mais qui occupent encore les lieux contre le versement d'une indemnité d'occupation ou qui les occupent à titre gratuit), ou les usufruitiers ne bénéficient pas de ce droit.

Enfin, le législateur a exclu un certain nombre de ventes du champ d'application du droit de préemption. Ces cas d'exclusion sont limitativement énumérés au dernier alinéa de l'article L. 145-46-1 du Code de commerce. Il s'agit de la « cession unique de plusieurs locaux d'un ensemble commercial », de « la cession unique de locaux commerciaux distincts ou cession d'un local commercial au copropriétaire d'un ensemble commercial et de la cession globale d'un immeuble comprenant des locaux commerciaux » ainsi que de « la cession d'un local au conjoint du bailleur, ou à un ascendant ou un descendant du bailleur ou de son conjoint ». Ainsi que l'a rappelé la cour d'appel d'Amiens, ces exceptions sont d'interprétation stricte (CA Amiens, 2 juin 2020, n° 18/03859).

Une vente qui n'est pas limitée à un ou plusieurs locaux commerciaux ou artisanaux donnés à bail, mais qui porte sur la globalité de l'immeuble échappe donc au droit de préemption (CA Saint-Denis de la Réunion, n° 18/00997. – CA Bordeaux, 18 mars 2021, n° 18/03890), y compris en cas de cession globale d'un immeuble ne comportant qu'un seul local commercial (Rép. min. n° 5054 : JOAN 14 août 2018, p. 5318 : Constr.-Urb. 2018, alerte 59, note G. Durand-Pasquier). Cette solution est rappelée par le ministre, qui s'appuie sur les travaux parlementaires de la loi Pinel, citant l'avis n° 446 de M<sup>me</sup> Bonnefoy au nom de la commission des lois du Sénat du 9 avril 2014 indiquant qu'il s'agit là « [d'] exempter du droit de préférence la cession globale d'un immeuble, de quelque nature qu'il soit, qui comporterait un local commercial [...] ». Le législateur ayant visé spécifiquement la vente d'un local à usage commercial ou artisanal et non la vente globale d'un immeuble pouvant inclure des



locaux ayant un usage artisanal ou commercial conforme à leur destination, le propriétaire est donc libre de procéder à la vente globale de l'immeuble sans purger le droit de préemption. Le ministre souligne qu'une interprétation contraire obligerait le propriétaire du local commercial ou artisanal à procéder à une vente par lots contre sa volonté de procéder à une vente globale, pour satisfaire une obligation vis-à-vis du preneur d'un lot mis à bail, et qu'il s'agirait là d'une « atteinte disproportionnée aux conditions d'exercice du droit de propriété du bailleur », en tant qu'elle donnerait au locataire un pouvoir de blocage.

Il en va de même en cas de cession à un même acquéreur de plusieurs locaux commerciaux (CAA Paris, 20 mai 2020, n° 18/24248).

## 2. Les questions qui restent en suspens

La principale question, qui demeure en suspens et qui n'a toujours pas été tranchée à ce jour de manière ferme par la jurisprudence ou la doctrine administrative, porte sur la soumission au droit de préemption de la vente d'un local à usage commercial ou artisanal ayant fait objet d'un bail en l'état futur d'achèvement (BEFA), lorsque cette vente intervient antérieurement à l'achèvement dudit local.

Plusieurs éléments militent en faveur d'une exemption.

Tout d'abord, dans l'étude d'impact du projet de loi relatif à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises (20 août 2013), il a été précisé que la reconnaissance d'un droit de préférence au preneur lors de la vente du bien vise à favoriser « le maintien » des très petites entreprises commerciales et artisanales dans les zones de centre-ville soumises à une pression immobilière (p. 6). Ce dispositif contribue ainsi à la pérennité du tissu économique local et à son dynamisme. Il s'agit de permettre à un locataire en place « de poursuivre son activité » dans de meilleures conditions économiques au regard de la prévisibilité de la charge que représenteront les murs (p. 22). L'étude d'impact ajoute que le « nouvel article L. 145-46-1 [...] permettra à l'exploitant d'acheter, s'il le souhaite, le local, ce qui lui permettra de poursuivre son activité, s'il le juge utile, dans de meilleures conditions » (p. 24). Eu égard à ces objectifs, il est possible de considérer que le droit de préemption n'a donc pas vocation à s'appliquer au cas d'une vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) d'un local à usage commercial ou artisanal qui doit être édifié. Il ne peut être mis en œuvre que dans l'hypothèse où un local est déjà exploité.

Ensuite, les travaux parlementaires de la loi Pinel confirment cette analyse. On peut notamment y lire (Rapp. n° 1739 de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée Nationale, 29 janv. 2014) que le projet de loi crée une « procédure d'information du bailleur au locataire préalablement à la mise en vente du local à usage commercial, [...] ou artisanal dans lequel celui-ci exploite son fonds de commerce ».

L'exercice du droit de préemption prévu par l'article L. 145-46-1 du Code de commerce est donc subordonné à une occupation par le locataire du local commercial ou artisanal dont la vente est envisagée. Ce droit vise en effet à permettre à l'exploitant de poursuivre son activité. Conçu comme une transposition du droit de préférence prévu au profit des locataires de baux d'habitation aux locataires commerçants, le droit de préemption institué au bénéfice de ces derniers ne peut jouer qu'en cas d'occupation de ce local. C'est au demeurant ce qui résulte encore des travaux parlementaires de la loi Pinel où l'article 6 (introduit à l'article L. 145-46-1 du Code de commerce) est présenté comme ayant pour objet : « Droit de préférence pour le locataire en cas de vente du local commercial qu'il occupe ».

Partant, le droit de préemption institué à l'article L. 145-46-1 du Code de commerce ne s'applique que lorsque deux conditions cumulatives sont réunies : d'une part, le propriétaire d'un local à usage commercial ou artisanal souhaite vendre cet immeuble ; d'autre part, ce local est occupé par un locataire, qui y exerce une activité commerciale ou artisanale.

C'est d'ailleurs en ce sens que le ministre se prononce dans la réponse commentée, en considérant que l'article L. 145-46-1 du Code de commerce a instauré un droit de préférence au profit du locataire, en cas de vente du local commercial ou artisanal « dans lequel il exerce son activité » (V. également Rép. min. n° 985 : JOAN 6 déc. 2016, p. 10078). L'exercice de l'activité commerciale ou artisanale du locataire doit donc être effectif pour qu'il puisse se prévaloir du droit de préemption. Ainsi, selon le ministre, un « locataire qui a déclaré la cessation de son activité ne saurait, en principe, se prévaloir de ce droit postérieurement à la cessation de cette activité ».

Cela corrobore l'interprétation qui peut être donnée de plusieurs arrêts de la cour d'appel de Paris, dont il résulte que le droit de préemption ne peut s'exercer que si un fonds est d'ores et déjà exploité (CA Paris, 21 mars 2018, n° 14143. – CA Paris, 16 janv. 2019, n° 16/14143. – CA Paris, 28 mars 2018, n° 16/13272 : précisant que la loi Pinel « a instauré un droit de préemption au bénéfice du locataire commercial en cas de mise en vente des locaux à usage commercial ou artisanal dans lequel est exploité le fonds »).

En effet, la finalité du droit de préemption est de permettre à l'exploitant d'un fonds de commerce d'acquérir les locaux nécessaires à son activité commerciale afin d'assurer son maintien dans les locaux et donc de préserver son exploitation. Un futur locataire ne peut revendiquer un droit qui est attaché à la qualité de titulaire d'un bail en cours portant sur un local commercial qui n'existe pas encore. Tant que les locaux n'ont pas été livrés au locataire, le futur locataire ne peut se prévaloir du droit de préemption réservé aux locataires en place qu'il convient de maintenir. Ainsi, il n'y a pas lieu de purger le droit de préemption prévu à l'article L. 145-46-1 du Code de commerce.

Dans l'hypothèse particulière d'une VEFA portant sur un immeuble pour lequel le vendeur a conclu un BEFA, le droit de préemption n'a donc pas à être purgé si cet immeuble est vendu antérieurement à son achèvement. En effet, dans le cadre d'un BEFA, tant que l'immeuble n'est pas achevé, il n'y a pas de local, donc pas de vente d'un local. En outre, en présence d'un BEFA, il n'y a pas de bail en cours d'exécution dont le preneur puisse se prévaloir.

Ainsi qu'il a été rappelé plus haut, la finalité de l'article L. 145-46-1 du Code de commerce est de permettre à l'exploitant d'un fonds de commerce d'acquérir les locaux d'exploitation pour assurer définitivement son maintien dans ses locaux, et donc de préserver la pérennité de son activité. Or, au stade d'un BEFA, il n'existe pas de fonds à protéger ni de bail en cours d'exécution, puisque l'obligation de délivrance du bailleur n'a pas encore été exécutée.

Il a été exposé précédemment que les deux conditions essentielles de mise en œuvre du droit de préemption institué par l'article L. 145-46-1 du Code de commerce sont la vente d'un local commercial ou artisanal et l'existence d'un locataire bénéficiaire d'un bail commercial. Ces deux conditions ont un point commun, à savoir l'existence d'un local. Or, cette condition essentielle à l'exercice du droit de préemption du preneur d'un bail commercial fait défaut en cas de BEFA. En effet, la vente d'un immeuble en l'état futur d'achèvement ne saurait être assimilée à la vente d'un local commercial ou artisanal au sens et pour l'application de l'article L. 145-46-1 du Code de commerce. La notion de local en droit commercial suppose un lieu clos et couvert existant. Il s'agit d'ailleurs d'une condition d'existence du statut des baux commerciaux. En outre, le bénéficiaire d'un BEFA ne dispose pas d'un bail en cours d'exécution, de sorte qu'il ne peut invoquer le bénéfice des dispositions de l'article L. 145-46-1 du Code de commerce. Tant que l'immeuble n'est pas achevé, le titulaire d'un BEFA ne dispose que d'une promesse de bail. Or, au cours de cette période, l'obligation de délivrance est différée à la livraison du local loué et la prise d'effet du bail est reportée à cette date. À défaut d'un bail en cours d'exécution, le preneur ne peut donc invoquer ces dispositions.