

B - INCESSIBILITÉ ET INTRANSMISSIBILITÉ DES AUTORISATIONS STRICTEMENT RÉSERVÉES À LA VEFA : UNE ATTEINTE À LA CRÉATION ET À LA LIBERTÉ CONTRACTUELLES ?

Personne ne l'attendait là ! Beaucoup se sont grattés la tête... en découvrant, au détour de l'article 22 bis de la loi Pinel, un alinéa ainsi rédigé pour couper court à toute «spéculation sur les autorisations administratives» : «Par exception au principe d'incessibilité, lorsque l'autorisation d'exploitation commerciale est sollicitée par le demandeur en qualité de promoteur, celui-ci peut procéder à la vente en l'état futur d'achèvement du projet. Le demandeur doit alors indiquer dans sa demande que le projet sera cédé, avant l'ouverture des surfaces de vente au public. L'acquéreur en l'état futur d'achèvement, qui ne peut se faire substituer, doit procéder à l'ouverture au public des surfaces de vente autorisées.» Explications...

Les articles 39 et 51 de la petite loi issue du Sénat le 5 juin 2014 réaffirment en l'aménageant le principe d'incessibilité et d'intransmissibilité des autorisations d'exploitation commerciale (Aec). Permission est prise d'émettre certaines critiques sur ces aménagements.

Le nouvel article L. 425-4 du Code de l'urbanisme rétabli par l'article 39 prévoit que «Le permis de construire, le permis d'aménager ou la décision prise sur la déclaration préalable valant autorisation d'exploitation commerciale est incessible et intransmissible».

Il peut d'ores et déjà être émis une première critique portant sur la référence au permis d'aménager et à la décision prise sur la déclaration préalable qui est incompréhensible dans la mesure où la loi n'institue qu'un permis de construire tenant lieu d'autorisation d'exploitation commerciale (Aec) et aucunement un permis d'aménager ou une déclaration préalable valant autorisation d'exploitation commerciale.

Quant à l'article 51, il complète l'article L. 752-15 du Code de commerce qui édictait déjà le principe d'incessibilité et d'intransmissi-

bilité des autorisations d'exploitation commerciale¹ en prévoyant expressément l'exception de la vente en l'état futur d'achèvement (Vefa) : «L'autorisation préalable requise pour la création de magasins de commerce de détail n'est ni cessible ni transmissible. Par exception au principe d'incessibilité, lorsque l'autorisation d'exploitation commerciale est sollicitée par le demandeur en qualité de promoteur, celui-ci peut procéder à la vente en l'état futur d'achèvement du projet. Le demandeur doit alors indiquer dans sa demande que le projet sera cédé, avant l'ouverture des surfaces de vente au public.

L'acquéreur en l'état futur d'achèvement, qui ne peut se faire substituer, doit procéder à l'ouverture au public des surfaces de vente autorisées.»². Rappelons que la demande d'autorisation d'exploitation commerciale peut être présentée en différentes qualités : propriétaire ou futur propriétaire, promoteur (c'est-à-dire maître d'ouvrage), exploitant ou futur exploitant³ ; les permis de construire peuvent en principe être transférés via un permis de transfert et les autorisations d'exploitation commerciale sont incessibles et intransmissibles.

Il en résulte que le projet ne peut être réalisé

que par le titulaire de l'Aec, agissant avec la qualité en laquelle il l'a sollicitée et obtenue⁴. En d'autres termes, ce qui ne doit pas être cédé est la qualité en laquelle l'autorisation a été accordée.

Ainsi, l'obtention d'une autorisation d'exploitation par le promoteur implique que celui-ci réalise le projet, c'est-à-dire conserve la maîtrise d'ouvrage de l'opération jusqu'à son achèvement. C'est pour cette raison que le juge administratif a considéré que le permis ne pouvait être délivré ou transféré qu'au bénéficiaire de l'autorisation d'exploitation⁵ : «Si, en règle générale, le permis de construire n'est pas délivré en considération de la personne qui en devient titulaire et peut être transféré à un autre bénéficiaire remplissant les conditions fixées par le Code de l'urbanisme et notamment par son article R. 421-1, il résulte des articles 28, 29 et 32 de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat que le permis de construire ne peut être délivré ou transféré qu'à une personne justifiant de l'autorisation préalable prévue par l'article 29 de la loi précitée.

Par suite, et même si la société X, titulaire d'une

autorisation de la commission départementale d'urbanisme commercial, doit demeurer le futur exploitant d'un centre commercial, le préfet ne pouvait légalement transférer à la société Y, qui n'est pas titulaire d'une autorisation préalable, le permis de construire délivré à la société X».

Cette solution se justifie pleinement lorsque l'autorisation d'exploitation a été délivrée au promoteur. En effet, dans cette hypothèse, le bénéficiaire de l'autorisation d'exploitation doit être pétitionnaire du permis de construire et doit conserver la maîtrise d'ouvrage de l'opération⁶. En revanche, lorsque la demande d'autorisation a été présentée par le futur exploitant en cette qualité, il est admis que celui-ci puisse céder à un tiers la maîtrise d'ouvrage et la propriété de l'immeuble, si le demandeur reste l'exploitant⁷.

En ce sens, le Conseil d'Etat a admis la régularité d'un montage prévoyant que l'autorisation d'exploitation commerciale et le permis de construire soient délivrés à deux personnes différentes dès lors que le montage est clairement exposé dans le dossier et que la commission d'équipement commercial est parfaitement

Suite page 8

informée du contexte de réalisation de l'opération. Il a ainsi considéré que : «En ce qui concerne les conséquences du caractère cessible, ni transmissible de l'autorisation pour les réalisations définies au 1°, de l'article 29 précité ; précisément aux paragraphes :

d) Lorsque le bénéficiaire d'une autorisation conclut avec un preneur futur exploitant un bail à construction, ladite autorisation demeure valable si cet exploitant a été désigné dans la demande présentée à la commission. Dans le cas contraire, le titulaire du bail à construction ne pourra exercer que s'il obtient de la commission une autre autorisation ;

e) Enfin, l'autorisation accordée au futur exploitant demeure valable dans le cas où celui-ci, sans renoncer à exploiter, cède la maîtrise d'ouvrage et la propriété de l'immeuble où le fonds est installé à un tiers, notamment à une société immobilière pour le commerce et l'industrie dans le cadre d'un contrat de crédit-bail»⁸.

Dans les deux cas de figure, du bail à construction⁹ et du crédit-bail¹⁰, le pétitionnaire est propriétaire et cède cette qualité. Pourtant, cette perte de la qualité ne conduit pas à opérer une cession illégale de l'autorisation d'exploitation. Précisons toutefois que, dans ces deux hypothèses, le pétitionnaire ne doit pas agir en qualité de propriétaire pour que la solution consacrée par le Conseil d'Etat soit valable. Ainsi, avant même la loi Pinel, dès lors que le projet est réalisé par le promoteur, en cette seule qualité, il doit être considéré que ce dernier a mis en œuvre son autorisation et qu'il peut ainsi vendre la construction sans violer le principe d'incessibilité, notamment dans le cadre d'une Vefa.

Cette conclusion a été expressément consacrée par le juge judiciaire. En effet, la cour d'appel de Metz de 2000, confirmée par la Cour de cassation en 2002, a jugé : «Attendu que l'article 29 dernier alinéa de la loi du 27 décembre 1973 dispose que l'autorisation préalable requise pour les réalisations définies au 1° du même texte ne sont ni cessibles ni transmissibles ; que cette prohibition ne peut s'entendre que de l'incessibilité ou la non transmission de ladite autorisation avant l'achèvement de la phase de réalisation du projet ainsi autorisé, et ne peut être comprise comme le voudraient les intimés comme une interdiction de cession alors que l'exploitation n'est pas commencée ; que les textes en vigueur à la date à laquelle l'autorisation querrelée a été donnée (16 mars 1992) et les textes actuellement en vigueur prévoient expressément cette possibilité de cession après

réalisation du projet puisque la demande d'autorisation peut être présentée par un exploitant ou futur exploitant, un propriétaire ou futur propriétaire, et un promoteur ;

Attendu que tel est le cas en l'espèce de la Sci Les Melèzes qui s'est présentée dans le cadre de sa demande d'autorisation comme promoteur (page 3 du dossier présenté à la Cduc) en précisant que la réalisation du projet serait entièrement réalisée par ses soins et que l'ensemble était destiné à être vendu (page 10 de ce dossier) ;

Attendu encore qu'il ressort de l'acte de vente en l'état futur d'achèvement passé entre la Sci Les Melèzes et la Snc Euroloisirs :

- que l'acquéreur ne deviendrait propriétaire du sol et des constructions existantes qu'à compter du jour de la réalisation des conditions suspensives ci-après stipulées (page 7 de l'acte) ;

- que le vendeur conservait la qualité de maître de l'ouvrage vis à vis de toutes administrations, et aurait en conséquence seul qualité tant pour donner des instructions nécessaires à la poursuite des travaux que pour prononcer la réception des ouvrages ainsi effectués (pages 15 et 16) ;

- que l'une des deux conditions suspensives prévues à l'acte consistait dans l'obligation pour le vendeur de justifier avant le 28 juillet 1995 du caractère définitif du permis de construire modificatif délivré le 18 mai 1995, cette condition étant stipulée dans le seul intérêt de l'acquéreur (pages 21 et 22 de l'acte) ;

Attendu que c'est bien en cette qualité de maître de l'ouvrage poursuivant la réalisation des travaux que la Sci Les Melèzes a obtenu le 18 mai 1995 un permis modificatif, assorti d'un avis favorable du secrétariat de la Cduc (...)

Attendu que par conséquence le 10 mai 1996 lorsqu'il a entrepris de commencer effectivement l'exploitation de son établissement, et lorsqu'il a fait l'objet du procès-verbal dressé par la Ddcorf, M. Langlade pouvait se prévaloir de l'autorisation du 16 mars 1992, qui ne lui avait été transmise qu'après réalisation du projet visé par cette autorisation»¹¹.

Ainsi, sans même le nouveau texte, il était déjà tout à fait possible de conclure une Vefa sans risque de violation du principe d'incessibilité de l'Aec.

Mais, avant l'entrée en vigueur de la loi Pinel, on l'a vu, d'autres montages pouvaient être

envisagés tels que le bail à construction ou le crédit-bail.

Qu'en sera-t-il après son entrée en vigueur ? Par une lecture littérale et prudente du nouvel article L. 752-15 faudra-t-il bannir le bail à construction (Bac) et/ou le crédit-bail ou bien se dire que le principe étant inchangé les jurisprudences et doctrines administratives passées trouvent encore à s'appliquer et que la Vefa est un exemple parmi d'autres ? Faut-il considérer qu'il s'agit d'un recul par rapport au droit existant dans la mesure où, par exemple, aujourd'hui le bail à construction peut être envisagé ? Et, qu'en est-il de la vente à terme et du contrat de promotion immobilière (Cpi) ? Pourquoi ces contrats n'ont-ils pas été pris en compte ?

Que de questions en suspens !

Pour répondre aux buts poursuivis d'absence de marchandage des Aec et de transparence du système, il aurait pu être envisagé un mécanisme de cession sous le contrôle de l'administration par un permis de construire de transfert soumis à avis de la Cduc. A tout le moins, il aurait dû ne pas être fait référence spécifiquement à la Vefa dans le texte. A la place, il aurait pu être précisé, comme le prévoit déjà la jurisprudence et la doctrine administrative développées supra, que le pétitionnaire doit présenter le montage contractuel dans le dossier de demande sans pouvoir le modifier avant ouverture au public. Ainsi, auraient été pris en compte les montages contractuels classiques que sont non seulement la Vefa mais aussi le bail à construction, la vente à termes, le Cpi, le crédit-bail et tout autre type de contrat existant ou à inventer.

Pour aller plus loin, la seule référence à la Vefa comme exception pourrait être considérée comme contraire au droit constitutionnel et, plus précisément, comme portant une atteinte excessive à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre qui sont protégées par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. On peut également se poser la question de l'erreur manifeste dans l'appréciation des moyens mis en œuvre pour atteindre l'objectif poursuivi. Si le conseil constitutionnel n'est pas saisi a priori, une question prioritaire de constitutionnalité (Qpc) lui sera posée à coup sûr sur ce point. Il faudra avoir la patience d'attendre la réponse de la Haute Assemblée.

Notes

1. Ce principe d'incessibilité et d'intransmissibilité existe depuis la naissance de l'urbanisme commercial et figurait déjà dans l'article 29 de la loi Royer

du 27 décembre 1973, l'objectif étant d'empêcher le marchandage des autorisations d'exploitation commerciale.

2. Ces nouvelles dispositions n'entreront en vigueur qu'après l'adoption d'un décret d'application qui doit intervenir dans un délai de 6 mois à compter de la promulgation de la loi relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises : article 60 I de la petite loi : «Les articles 39 à 58, à l'exception de l'article 57, entrent en vigueur à une date fixée par décret en Conseil d'Etat et au plus tard six mois à compter de la promulgation de la présente loi.»

3. Articles R. 752-6 et point I. 2 de l'annexe 1 de l'annexe 7-8 de l'article A. 752-1.

4. Fresneau (J. A.) / Schwartz (R.) Guide juridique et pratique de l'urbanisme commercial, EFE, 3ème éd. 2007, p. 308, n° 3144.

5. TA Poitiers 31 mars 1982 Fédération des associations commerciales de Charente et autres, req. n° 8203 : Rec. CE p. 479 - Voir également dans le même sens TA Lille 6 juillet 1999 Société Lidl cf commune de Dunkerque, req. n° 97-2446.

6. Comme le rappelle également la circulaire du 16 janvier 1997 portant application des dispositions de la loi d'orientation du commerce et de l'artisanat du 27 décembre 1973, Chap. II, II, 1. Cette circulaire n'est plus aujourd'hui en vigueur. Il est toutefois toujours possible de s'y référer, pour les besoins du raisonnement, dès lors que le principe d'incessibilité et d'intransmissibilité a été conservé par la législation en vigueur.

7. En ce sens, la circulaire du 15 juin 2001 (Pme, commerce, artisanat, consommation) relative à l'application des dispositions du Code de commerce relatives à l'équipement commercial, point I.1.A. ; ou encore Rép. min. n° 36524, Joan Q. 25 juin 2004, p. 4955 ; voir aussi Fresneau (J. A.) / Schwartz (R.) Guide juridique et pratique de l'urbanisme commercial, EFE, 3ème éd. 2008, p. 308, n° 3147.

8. Avis du Conseil d'Etat du 28 octobre 1975 cité in Jci Administratif, Fasc 450-31 Urbanisme Commercial point 103. Notons que cet avis n'est ni publié, ni communiqué par le Conseil d'Etat.

9. Com. 24 juin 1997, pourvoi n° 95-13038 : Bull. IV, n° 202 : «dans un bail à construction, le preneur bénéficie sur le terrain d'un droit réel immobilier et sur les constructions d'un droit de propriété temporaire et que le bailleur, propriétaire du sol, devient, sauf convention contraire, propriétaire des constructions en fin de bails.»

10. Aux termes de l'article L. 313-7, alinéa 2, du Code monétaire et financier, les opérations de crédit-bail immobilier sont «des opérations par lesquelles une entreprise donne en location des biens immobiliers à usage professionnel, achetés par elle ou construits pour son compte, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, permettent aux locataires de devenir propriétaires de tout ou partie des biens loués, au plus tard à l'expiration du bail, soit par cession en exécution d'une promesse unilatérale de vente, soit par acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain sur lequel ont été édifiés le ou les immeubles loués, soit par transfert de plein droit de la propriété des constructions édifiées sur le terrain appartenant audit locataire.»

11. CA Metz Chambre correctionnelle 22 décembre 2000 M Langlade cf SA Foinant-matériaux et a., RG n° 1320/2000. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par Cass. crim. 29 janvier 2002, req. n° 01-80672.

LES INCIDENCES DE LA LOI PINEL SUR LE DROIT DES AUTORISATIONS D'AMÉNAGEMENT COMMERCIAL - III

La loi Pinel, ou la complexité augmentée LES MODIFICATIONS APPORTÉES À L'AMÉNAGEMENT COMMERCIAL EN SEPT ÉTAPES COMMENTÉES ET DEUX TABLEAUX COMPARATIFS

La route semble toujours plus difficile quand on l'emprunte pour la première fois. Mais on cherche en vain, dans la réforme de l'urbanisme commercial contenue dans la loi Pinel, un quelconque choc de simplification ! Le document d'aménagement commercial est toujours là, mais il devient facultatif, les critères d'attributions des projets passent de six à onze et sentent l'étude d'impact économique, le refus du Pc entraîne une nouvelle Cdac et l'on ne sait pas bien qui, de la Cnac, s'auto saisit des projets de plus de 20 000 m2.

Par Philippe Cattiaux (Cattiaux Conseils)

La loi relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, modifie en matière d'urbanisme commercial, le Code de l'urbanisme et le Code du commerce.

D'un régime de délivrance du permis de construire avec autorisation préalable instauré

par loi d'orientation du commerce et de l'artisanat du 27 décembre 1973 (Loca plus connue sous le nom de loi Royer) dont le principe était resté inchangé en dépit des nombreuses lois rectificatives, on passe avec la nouvelle loi sur l'artisanat, le commerce et les petites entreprises, en cours de promulgation, à un régime

de délivrance du permis de construire avec avis conforme d'une commission départementale spécialisée.

La première conséquence est la fusion du contentieux de l'autorisation commerciale avec celui du permis de construire, mais un conten-

tieux néanmoins spécifique avec saisine préalable d'une commission nationale. Cependant ce contentieux suivra la procédure classique, ce qui doit réjouir le Conseil d'Etat qui cherchait, depuis plusieurs années à se débarrasser de ce contentieux de la commission nationale.

Suite page 9