

Proposition de loi

portant sur la zone de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité et le droit de préemption des communes en matière commerciale et artisanale et modifiant la loi du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain

Avis du Conseil d'État

(14 novembre 2023)

Par dépêche du 10 octobre 2017, le Président de la Chambre des députés a informé le Conseil d'État que la proposition de loi sous rubrique, déposée le 1^{er} septembre 2017 par le député Serge Wilmes, a été déclarée recevable le 10 octobre 2017.

Par dépêche du 12 octobre 2017, le président de la Chambre des députés a soumis à l'avis du Conseil d'État la proposition de loi sous rubrique.

Le texte de la proposition de loi était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles ainsi que d'une fiche financière.

Les avis de la Chambre de commerce et de la Chambre des salariés ont été communiqués au Conseil d'État en date des 29 mai et 19 juin 2018.

Considérations générales

La proposition de loi sous avis vise à remédier à la fermeture des commerces de proximité et à préserver le commerce et l'artisanat dans les communes afin de maintenir, voire d'améliorer, la qualité de vie dans les localités. Elle a pour objet, selon l'exposé des motifs, « d'habiliter les communes, dans le cadre et conformément aux objectifs de l'aménagement communal et du développement urbain, à déterminer sur leur territoire une zone de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité à l'intérieur de laquelle elles disposent d'un droit de préemption sur les fonds de commerce, les fonds artisanaux, le cas échéant, sur les baux commerciaux et enfin sur les immeubles à destination commerciale ou artisanale. » Un mécanisme similaire existe en France au sein du code de l'urbanisme, prévu par les articles L. 214-1 à L. 214-3 et R. 214-1 à R. 214-19 de ce code.

Au Luxembourg, la loi modifiée du 22 octobre 2008 portant promotion de l'habitat et création d'un pacte logement avec les communes a introduit un droit de préemption au bénéfice des communes et du Fonds pour le développement du logement et de l'habitat pour les parcelles de terrain sises dans différentes zones déterminées au sens de certaines dispositions de la loi modifiée du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain. La loi précitée prescrit une procédure devant notaire

pour les aliénations de terrains de gré à gré qui semble avoir servi, du moins en partie, de modèle à la proposition de loi sous examen.

Il est prévu d'insérer les nouvelles dispositions dans un chapitre 2 nouveau au sein du titre 6 de la loi précitée du 19 juillet 2004.

Le Conseil d'État relève que la proposition de loi sous examen touche à plusieurs matières qui relèvent de matières réservées à la loi formelle par la Constitution. Ainsi, sont concernés la liberté de commerce et de l'industrie et l'exercice d'une profession libérale (article 35 de la Constitution), qui peuvent être limités par la loi à condition de respecter les prescrits de l'article 37 de la Constitution, et les restrictions au droit de propriété visé à l'article 36 de la Constitution et touchant de manière substantielle aux attributs de ce droit. Est aussi concerné l'article 121 de la Constitution, selon lequel « la composition, l'organisation et les attributions des organes de la commune » relèvent d'une matière réservée à la loi formelle.

Le Conseil d'État note que la loi précitée du 19 juillet 2004 confère aux communes la mission de « garantir le respect de l'intérêt général en assurant à la population de la commune des conditions de vie optimales par une mise en valeur harmonieuse et un développement durable de toutes les parties du territoire ». Il partage le point de vue exprimé par la Chambre de commerce dans son avis du 29 mai 2018 soulignant « l'importance de soutenir davantage les commerces de proximité de petite taille, qui contribuent à la mixité fonctionnelle des quartiers ». La Chambre de commerce estime encore que « [c]omplémentaires aux centres commerciaux et autres commerces de grande distribution, les petits commerces et ateliers artisanaux jouent, en effet, un rôle clé en matière de cohésion sociale et d'attractivité communale ». Les restrictions apportées à certaines libertés publiques correspondent ainsi à un objectif d'intérêt général. Dans la mesure où le texte proposé comporte certaines garanties et limites quant à son champ d'application, le Conseil d'État estime que le droit de préemption ne porte pas aux libertés susmentionnées une atteinte disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi.

Dans la mesure où la proposition de loi sous examen se réfère uniquement à la « commune », le Conseil d'État estime que les décisions à prendre relèvent, en principe, du champ de compétence du collège des bourgmestre et échevins sous l'approbation du conseil communal en application de l'article 3, paragraphe 1^{er}, de la loi précitée du 19 juillet 2004. Il rappelle que le paragraphe 2 de cette disposition prévoit que « [l]e membre du Gouvernement ayant l'aménagement communal et le développement urbain dans ses attributions, dénommé ci-après le ministre, approuve ou refuse d'approuver les projets présentés par les communes et les particuliers. »

Dans un arrêt du 5 janvier 2021, la Cour administrative a considéré que le collège échevinal pouvait prendre la décision d'exercer le droit de préemption prévu par la loi précitée du 22 octobre 2008, cette dernière devant cependant être entérinée par le conseil communal¹. La décision pourrait cependant également être prise directement par le conseil communal.

¹ Cour administrative, arrêt du 5 janvier 2021, n° 44939C du rôle (voir aussi les jugements du Tribunal administratif du 9 mars 2022 (n° 45.172 du rôle) et du 29 septembre 2022 (nos 44.958 et 45.249 du rôle).

Par ailleurs, la jurisprudence administrative définit le droit de préemption sus-indiqué comme un droit de préemption d'affectation « dont l'existence prévue par la loi ne se justifie qu'en raison de l'objectif dans lequel ce mécanisme a été créé ». Il s'ensuit que l'objectif concret justifiant l'exercice du droit de préemption doit obligatoirement être indiqué par la commune avec clarté et précision dès la notification au notaire de la décision d'exercer le droit de préemption². Cette jurisprudence est susceptible de s'appliquer au mécanisme préconisé par la proposition de loi sous avis.

Examen des articles

Article 1^{er}

L'article 1^{er} introduit, au titre 6 de la loi précitée du 19 juillet 2004, un nouveau chapitre 2, comprenant les articles 63 à 67 nouveaux.

Article 63

Au paragraphe 1^{er}, le Conseil d'État tient à souligner que la matière concernée relève d'une matière réservée à la loi en vertu de l'article 35 de la Constitution. Il en découle, selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, et notamment son arrêt n° 177 du 3 mars 2023, l'exigence que « la fixation des objectifs des mesures d'exécution doit être clairement énoncée, de même que les conditions auxquelles elles sont, le cas échéant, soumises. L'orientation et l'encadrement du pouvoir exécutif doivent, en tout état de cause, être consistants, précis et lisibles, l'essentiel des dispositions afférentes étant appelé à figurer dans la loi. »³ Le paragraphe 1^{er} ne satisfaisant pas à cette exigence, le Conseil d'État doit s'y opposer formellement en raison de sa contrariété à l'article 124, alinéa 2, de la Constitution et demande que la détermination des activités de commerce et d'artisanat de proximité ainsi que des zones du plan d'aménagement des communes précisément visées se fasse dans le texte de la loi.

En outre, le Conseil d'État suggère d'abandonner les termes « le cas échéant », qui sont superflus.

Au paragraphe 2, les termes « expresse ou tacite » sont superfétatoires et à supprimer.

Par ailleurs, le Conseil d'État se demande quels sont les critères permettant d'établir si un immeuble ou une partie d'un immeuble est destiné à comporter une surface de vente ou une activité artisanale. Se pose encore la question de savoir si la procédure prévue par la proposition de loi sous revue s'applique aussi lors de la vente d'immeubles entiers partiellement utilisés pour des activités commerciales, mais comportant également des parties utilisées différemment et notamment à usage d'habitation. Il est difficilement envisageable que le droit de préemption puisse alors trouver application. Le Conseil d'État demande tout d'abord de remplacer le terme « également » par celui de « encore ». Ensuite, le Conseil d'État rappelle que la matière concernée relève d'une matière réservée à la loi formelle en vertu de l'article 35 de la Constitution. Le Conseil d'État demande, sous peine d'opposition formelle pour contrariété avec l'article 45, paragraphe 2, de la

² [Circulaire aux administrations communales n° 3951 du 19 janvier 2021 de la ministre de l'Intérieur.](#)

³ Cour constitutionnelle, arrêt n° 177 du 3 mars 2023, Mém. A n° 127 du 10 mars 2023.

Constitution, de préciser dans la loi formelle ce qu'est exactement couvert par le droit de préemption dans le cas susvisé.

En ce qui concerne le paragraphe 4, le Conseil d'État constate que celui-ci considère, en ce qui concerne le droit de préemption, les communes comme étant prioritaires par rapport à tout titulaire d'un droit de préemption conventionnel. N'est pas visée l'hypothèse d'un droit de préemption concurrent de nature légale. Un tel droit a été créé par la loi du 3 février 2018 relative au bail commercial au bénéfice du locataire dont le bail commercial court depuis dix-huit ans (article 1762-13 du Code civil). Le Conseil d'État demande, sous peine d'opposition formelle pour cause d'insécurité juridique, de préciser le rang de priorité dans ce cas.

Le paragraphe 5 renvoie au pouvoir réglementaire le soin de déterminer « les conditions d'application des dispositions du présent chapitre ». Étant donné que la proposition de loi sous rubrique s'inscrit dans plusieurs matières réservées à la loi formelle par la Constitution, la délégation au pouvoir réglementaire n'est pas de nature à satisfaire aux prescrits de l'article 45, paragraphe 2, de la Constitution. Le Conseil d'État doit s'y opposer formellement dans la mesure où les conditions d'application ne peuvent être considérées comme des questions de détail que la loi peut déléguer au pouvoir réglementaire.

Article 64

Le paragraphe 4 prévoit l'hypothèse de la simple cessation d'une activité commerciale ou artisanale, sans aliénation du fonds dépendant de cette activité. La loi de référence française ne connaît pas de disposition similaire. Même dans cette hypothèse, le texte sous examen prévoit une obligation de déclaration à faire à la commune. Le Conseil d'État relève que l'article 63 ne mentionne pas les cessations d'une activité commerciale ou artisanale parmi les actes soumis à un droit de préemption. Ne sont visées que les aliénations à titre onéreux. Cette disposition marque une incohérence par rapport à l'objectif affiché de la proposition de loi qui est source d'insécurité juridique quant à sa finalité et ses effets juridiques. Le Conseil d'État doit s'y opposer formellement.

En ce qui concerne les termes employés, le Conseil d'État relève qu'on ne cesse pas un fonds de commerce ou artisanal, mais une activité commerciale ou artisanale. Le Conseil d'État demande dès lors d'employer les termes « cessation d'une activité commerciale ou artisanale ».

Article 65

L'article 65, tel que proposé, prévoit une procédure de notification de la commune par le notaire en charge d'une aliénation prévue concernant un immeuble ou une partie d'un immeuble comportant ou destiné à comporter une activité artisanale ou commerciale.

Se pose la question de la procédure à suivre lorsqu'aussi bien un immeuble ou une partie d'immeuble qu'un fonds de commerce ou artisanal sont à céder ensemble. Le cédant devra, selon la lecture du Conseil d'État, respecter la procédure tant de l'article 64 que de l'article 65, engendrant ainsi un doublement des délais et formalités administratives. Il est recommandé d'alléger la procédure dans cette hypothèse et de l'intégrer dans le texte.

Le paragraphe 2, alinéa 3, est relatif aux informations « minimales » que le notaire doit communiquer à la commune. Ces informations sont, pour certaines, des données à caractère personnel. En application des articles 31 et 37 de la Constitution, ces données doivent être limitativement énoncées au niveau de la loi et ne sauraient dépendre de la volonté de la commune ou du notaire. Bien que cette formule ait été empruntée de l'article 8 de la loi modifiée précitée du 22 octobre 2008, le Conseil d'État demande, eu égard aux nouvelles dispositions constitutionnelles, sous peine d'opposition formelle, de faire abstraction des termes « au moins » dans cette disposition.

Le paragraphe 5, alinéa 2, prévoit l'hypothèse d'une exécution forcée ou de la condamnation du propriétaire cédant au paiement de dommages et intérêts lorsque celui-ci ne signe pas l'acte authentique avec la commune suite à l'exercice par cette dernière de son droit de préemption. Le Conseil d'État constate que la sanction diffère de celle inscrite à la loi précitée du 22 octobre 2008 qui dispose, en son article 6, que la réalisation d'une aliénation en violation de la loi ouvre droit à une action en nullité au pouvoir préemptant lésé afin d'être déclaré judiciairement propriétaire en lieu et place de l'acquéreur au prix et aux conditions stipulés dans l'acte annulé. Ce texte est repris au paragraphe 7 du texte sous examen.

En droit privé en matière de vente d'immeubles, lorsque le cédant ne signe pas l'acte authentique, il peut en principe uniquement être condamné au paiement d'une clause pénale si celle-ci est prévue dans le compromis de vente. Le Conseil d'État s'interroge sur la détermination du préjudice subi par la commune. Il suggère de faire abstraction des dispositions de l'alinéa 2 et de s'en tenir au dispositif prévu au paragraphe 7.

De façon générale, se pose la question de la mise en œuvre d'une telle procédure lorsqu'il s'agit de céder un immeuble comportant tant des appartements à usage d'habitation que des parties comportant ou destinées à comporter une activité artisanale ou commerciale. Le Conseil d'État renvoie, à cet égard, à ses observations et aux oppositions formelles formulées à l'égard de l'article 63 proposé, les oppositions formelles étant réitérées.

Article 66

Sans observation.

Article 67

Au paragraphe 1^{er}, il y a lieu de préciser la signification des termes « exploitation destinée à préserver la diversité ». Est visée la diversité des activités commerciales et artisanales. En outre, le paragraphe 1^{er} prévoit la prorogation du délai initial de deux ans à trois ans en cas de mise en location-gérance. D'après la lecture du Conseil d'État, cette décision appartient à la commune.

Le Conseil d'État se pose, en outre, la question de la sanction si la commune n'a pas cédé le fonds artisanal ou le fonds de commerce dans le délai prévu. À cet égard, il relève que l'article R. 214-16 du code de l'urbanisme français prévoit un droit de priorité d'acquisition au profit de l'acquéreur évincé.

En ce qui concerne la location-gérance, le Conseil d'État rappelle la nécessité de respecter la loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics.

Au paragraphe 2, le Conseil d'État suggère d'écrire « la commune » au lieu de « le titulaire du droit de préemption », étant donné que l'on se situe, chronologiquement, déjà après l'acte ayant suivi l'exercice du droit de préemption.

Les paragraphes 3 à 7 concernent la notification par la commune de la cession du bail commercial au bailleur. Y est prévue l'hypothèse dans laquelle la commune est preneur dans le cadre d'un bail commercial suite à l'achat d'un fonds de commerce ou artisanal. Le paragraphe 3 prévoit un droit de refus par le bailleur du cessionnaire. Ce refus est cependant sans effet majeur puisqu'il n'a pas d'incidence sur la cession du bail commercial. Il a comme seul effet d'obliger temporairement la commune comme débiteur solidaire et indivisible du bailleur. Il ne s'agit donc pas vraiment d'un réel droit de refus. La solution adoptée diffère de celle de la législation française.

Article 2

Sans observation.

Article 3

Le Conseil d'État ne voit pas l'utilité de déroger aux règles de droit commun en matière de publication et d'entrée en vigueur prévues à l'article 4 de la loi du 23 décembre 2016 concernant le Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg, d'autant plus que la formule employée par les auteurs peut conduire à une réduction du délai de quatre jours de droit commun, dans l'hypothèse où la publication a lieu vers la fin du mois. Si les auteurs souhaitent néanmoins prévoir une entrée en vigueur au premier jour du mois, le Conseil d'État recommande soit de veiller à ce que la publication de l'acte en projet se fasse au moins quatre jours avant la date de l'entrée en vigueur souhaitée soit de prévoir la mise en vigueur le premier jour du deuxième mois qui suit celui de sa publication au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg.

Observations d'ordre légistique

Intitulé

Le Conseil d'État signale que l'intitulé de la proposition de loi laisse croire que le texte sous avis comporte des dispositions à caractère autonome. Ce procédé est à éviter tout en précisant que pour fixer l'attention des personnes qui s'intéressent aux textes en cours d'élaboration et des lecteurs du Journal officiel, il peut s'avérer utile d'indiquer dans l'intitulé d'un acte exclusivement modificatif la portée des modifications qu'il est envisagé d'apporter à un dispositif comportant un nombre important d'articles. Par ailleurs, il y a lieu d'insérer le terme « modifiée » entre la nature et la date de la loi du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain, étant donné que celle-ci a déjà fait l'objet de plusieurs modifications depuis son entrée en vigueur.

Partant, le Conseil d'État propose de recourir à l'intitulé suivant :

« Proposition de loi portant modification de la loi modifiée du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain relative à la zone de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité et au droit de préemption des communes en matière commerciale et artisanale ».

Article 1^{er}

Le Conseil d'État souligne que l'insertion de nouveaux groupements d'articles ou d'articles, paragraphes et énumérations se fait en utilisant des numéros indexés ou suivis du qualificatif *bis*, *ter*, etc. La numérotation du nouveau chapitre de même que celle des articles à insérer dans la loi modifiée du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain est dès lors à adapter en ce sens.

De ce qui précède, il est recommandé de reformuler l'article sous examen comme suit :

« **Art. 1^{er}.** Au titre 6 de la loi modifiée du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain, est inséré après le chapitre 1^{er} un chapitre *1bis* libellé comme suit :

« **Chapitre *1bis*.** – **La zone de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité et le droit de préemption des communes en matière commerciale et artisanale**

Art. 62*bis*. Dispositions générales

(1) Les communes [...].

Art. 62*ter*. Aliénation ou cessation des fonds de commerce ou artisanal

(1) À l'intérieur [...].

Art. 62*quater*. [...]

Art. 62*quinquies*. [...]

Art. 62*sexies*. Cession préservant la diversité et promouvant le développement de l'activité commerciale et artisanale

(1) La commune [...]. ».

Il y a lieu de noter que lorsqu'il est renvoyé à un paragraphe dans le corps du dispositif d'un article, il faut omettre les parenthèses entourant le chiffre faisant référence au paragraphe dont il s'agit. Il convient donc de systématiquement renvoyer au « paragraphe 1^{er} » ou « paragraphe 2 » et non pas au « paragraphe (1) » ou « paragraphe (2) ».

Article 2

L'article sous avis est à supprimer au regard des observations d'ordre légistique émises sous l'article 1^{er}.

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 18 votants, le 14 novembre 2023.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Christophe Schiltz