



Laurence Legrain

Diplôme supérieur du Notariat

Loi Pinel : Le législateur reconnaît la possible existence d'un fonds de commerce sur le domaine public

La négation de l'existence d'un fonds de commerce sur le domaine public par la jurisprudence administrative nous paraît être la conséquence d'une confusion entre la reconnaissance d'un fonds de commerce et l'impossibilité de grever le domaine public d'un bail commercial (protégé par des règles d'ordre public, tel que le droit au renouvellement automatique, sauf versement d'une indemnité d'éviction).

Ainsi, dans une décision du 31 juillet 2009¹, le Conseil d'Etat reconnaît à l'occupant du domaine public un droit à indemnisation en cas de rupture de son contrat pour un motif d'intérêt général et en l'absence de toute faute, à « réparation du préjudice direct et certain en résultant, tel que la perte des bénéfices découlant d'une occupation du domaine conforme aux prescriptions de la convention et des dépenses exposées pour l'occupation normale du domaine ». Néanmoins « eu égard au caractère révocable, pour un motif d'intérêt général, d'une convention portant autorisation d'occupation du domaine public, ainsi que du caractère personnel et non cessible de cette occupation, celle-ci ne peut donner lieu à la constitution d'un fonds de commerce dont l'occupant serait propriétaire ».

Le juge administratif n'aurait-il pas commis une confusion ? De l'impossibilité de consentir sur le domaine public un bail commercial, il a déduit l'impossibilité de constituer un fonds de commerce dont l'occupant serait propriétaire. Or, ce qui pose problème, c'est l'incompatibilité entre les règles d'ordre public applicables au domaine public (caractère personnel, précaire et révocable

1- CE, 31 juillet 2009, *Société Jonathan Loisirs*, req n° 316534, RDI 2010, p 158.

des conventions d'occupation) et les règles d'ordre public applicables en matière de propriété commerciale. Cependant, un fonds de commerce peut exister, sans avoir pour support un bail commercial (hypothèse des commerces ambulants, par exemple).

Par le passé, la jurisprudence administrative avait fluctué quant à l'admission d'un fonds de commerce sur le domaine public². Mais depuis une cinquantaine d'années, le Conseil d'Etat y était opposé³. De leur côté, les juridictions judiciaires reconnaissaient cette possibilité (à condition de prouver l'existence d'une clientèle propre).

L'intervention du législateur s'imposait pour lever ce verrou au développement de l'activité commerciale sur le domaine public, et par voie de conséquence, ce frein à la valorisation du domaine public.

La loi n°2014-626 du 18 juin 2014, relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, dite « loi Pinel » a introduit dans le Code Général de la Propriété des Personnes Publiques (CGPPP), quatre articles, qui constituent une Section VII du Chapitre IV, intitulée « Utilisation du domaine Public dans le cadre de l'exploitation de certaines activités commerciales »⁴.

Il s'agit là de la reconnaissance officielle de la compatibilité entre fonds de commerce et domaine public. Ce texte admet l'exploitation d'un fonds de commerce sur ledit domaine, à la condition qu'existe une clientèle propre. Il ne va pas, cependant, jusqu'à admettre la possibilité de grever le domaine public d'un bail commercial.

Ces dispositions nouvelles s'appliquent à l'ensemble du domaine public immobilier artificiel, que celui-ci appartienne à l'Etat, à une collectivité territoriale ou à un établissement public. Seul le domaine public naturel est exclu du bénéfice de celles-ci.

L'existence d'un fonds de commerce sur le domaine public devrait permettre à son propriétaire d'aliéner celui-ci, au profit d'un tiers qui sollicitera du propriétaire du domaine (ou de son gestionnaire) un titre d'occupation du domaine public ; la cession du fonds de commerce ne prenant effet qu'au jour de la délivrance de ce titre.

Néanmoins, le titre d'occupation du domaine public conserve ses caractéristiques essentielles : caractère personnel, précaire et révocable, même si le caractère « personnel » s'estompe.

Mais, à l'expiration du contrat d'occupation du domaine public, son titulaire ne disposera d'aucun droit au maintien dans les lieux. Par conséquent, la « valorisation » de son fonds de commerce est conditionnée par la possibilité pour son successeur d'obtenir une nouvelle autorisation d'occupation.

I. Conditions d'existence du fonds de commerce sur le domaine public et transmissibilité du titre d'occupation

Après avoir précisé les conditions d'existence du fonds de commerce sur le domaine public, nous nous attacherons à étudier les conditions de sa cession, les particularités du titre d'occupation en cas de décès de son titulaire, puis les conséquences de la rupture anticipée de celui-ci.

2- Cf. pour la reconnaissance d'un fonds de commerce : CE, 4 juin 1958, Tossounian, pour la non admission de l'existence d'un fonds de commerce : CE, 28 avril 1965, Asso. T. L. Lamarque, AJDA 1965, p 655 et s.

3- Cf. commentaire de Mme Caroline Chamard-Heim, et M. Philippe Yolka, sous CE, 31 juillet 2009, Société Jonathan Loisirs, req n° 316534, précité in « La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public », AJDA 2014, p 1641.

4- Précisons ici que l'article 71 de la loi PINEL a également instauré un droit de présentation pour les commerçants titulaires d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public communal dans une halle ou un marché sous certaines conditions, permettant au successeur d'un occupant qui cède son fonds d'être subrogé dans les droits du titulaire de l'AOT (cf. L. 2224-18-1 CGCT).

A. L'existence d'une clientèle propre, condition indispensable à l'existence d'un fonds de commerce sur le domaine public artificiel

Attachons nous tout d'abord à définir la notion de fonds de commerce.

Il n'existe pas dans les textes de définition du fonds de commerce. C'est la jurisprudence qui en a dessiné les contours.

Le fonds de commerce se définit comme un ensemble de biens mobiliers, matériels et immatériels (nom commercial, enseigne, brevets, licences, autorisations, etc.) affectés à l'exercice d'une activité commerciale.

Quant au bail commercial, s'il confère à son bénéficiaire une protection importante, grâce aux règles d'ordre public contenues dans le code de commerce (droit au renouvellement⁵, indemnité d'éviction⁶), il ne constitue pas pour autant un élément indispensable du fonds de commerce.

En revanche, si un fonds de commerce peut exister sans bail commercial, il ne peut le faire sans clientèle propre⁷.

L'article L. 2124-32-1 du CGPPP (issu de l'art. 72 de la Loi Pinel) dispose : « *Un fonds de commerce peut être exploité sur le domaine public sous réserve de l'existence d'une clientèle propre* ».

Cela suppose que la personne qui exploite son activité commerciale sur le domaine public artificiel, a développé une clientèle distincte de celle drainée par le lieu lui-même. Ainsi, il est probable que l'exploitant du kiosque à journaux situé dans un hall de gare ou l'exploitant d'une buvette dans un parc public ouverte exclusivement pendant les horaires d'ouverture du parc ne se verra pas reconnaître une clientèle propre.

L'article L. 2124-33 du CGPPP poursuit : « *Toute personne souhaitant se porter acquéreur d'un fonds de commerce ou d'un fonds agricole⁸ peut, par anticipation, demander à l'autorité compétente une autorisation d'occupation temporaire du domaine public pour l'exploitation de ce fonds.*

L'autorisation prend effet à compter de la réception par l'autorité compétente de la preuve de la réalisation de la cession du fonds ».

Le commerçant qui exploite son activité sur le domaine public pourra donc vendre un fonds de commerce, sans droit au bail, au profit d'un tiers, sous la condition suspensive de l'obtention par celui-ci d'un titre d'occupation du domaine public. Il s'agit en quelque sorte de la reconnaissance légale d'un droit de présentation, qui permet de valoriser le fonds de commerce, mais aussi le domaine public, pour l'occupation duquel les redevances seront probablement plus élevées qu'elles ne l'étaient auparavant. Dans cette hypothèse, le cessionnaire du fonds de commerce sera titulaire d'une nouvelle autorisation, et ne poursuit pas le contrat de son cédant.

On peut cependant imaginer qu'en l'absence de délivrance d'un nouveau titre d'occupation du domaine public, un contentieux se noue entre l'exploitant et le propriétaire (ou le cas échéant, le gestionnaire) du domaine, relativement à l'existence d'un fonds de commerce.

Enfin, l'article L. 2124-35 du CGPPP affirme le principe selon lequel l'occupation du domaine public naturel ne pourra jamais donner lieu à reconnaissance d'un fonds de commerce. Il s'agit d'une exception à la reconnaissance d'un fonds de commerce ; et cela même si l'occupant développe sur ledit domaine une clientèle propre.

5- Cf. art. L. 145-15 C. Commerce

6- Cf. art. L. 145-8 et L. 145-14 C. Commerce

7- Cf. Cass. Com. 27 avril 1993, n° 91-10819, cts Schertzer.

8- Dans quelle hypothèse le domaine public pourra-t-il être le support d'un fonds agricole ? On peut penser au contrat d'occupation portant – par exemple – sur un centre équestre dans un parc public ?

B. Décès de l'exploitant et « transmissibilité » du titre d'occupation

Des dispositions spécifiques ont été prévues en cas de décès de l'exploitant. En effet, l'article L. 2124-34 du CGPPP dispose : « *En cas de décès d'une personne physique exploitant un fonds de commerce ou un fonds agricole en vertu d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public, l'autorité compétente délivre à la demande de ses ayants droit, sauf si un motif d'intérêt général s'y oppose, une autorisation d'occupation temporaire du domaine public identique à celle accordée à l'ancien titulaire pour la seule poursuite de l'exploitation du fonds, durant trois mois.*

Si les ayants droit ne poursuivent pas l'exploitation du fonds, ils peuvent, dans le délai de six mois à compter du décès, présenter à l'autorité compétente une personne comme successeur. En cas d'acceptation de l'autorité compétente, cette personne est subrogée dans les droits et obligations de l'ancien titulaire.

La décision est notifiée aux ayants droit ayant sollicité l'autorisation ou ayant présenté un successeur ainsi que, le cas échéant, au successeur présenté. Toute décision de refus est motivée ».

Il semblerait donc qu'en cas de décès du titulaire du titre d'occupation du domaine public, les ayants-droit qui ne souhaitent pas perdre « le bénéfice » de celle-ci aient deux possibilités :

- Ils ont un droit acquis à utiliser l'autorisation délivrée à leur auteur pour une période de trois mois (pour la seule poursuite de l'exploitation du fonds). Seul l'intérêt général pouvant motiver le refus de la délivrance d'une « autorisation identique » ;
- Ils bénéficient du droit de présenter un successeur (dans les six mois à compter du décès). Dans ce cas, l'autorité compétente ne délivre pas un nouveau titre, mais accepte que celui-ci se poursuive, le texte précisant que le successeur est subrogé dans les droits et obligations de l'ancien titulaire. Le titre d'occupation du domaine public est en quelque sorte transféré – par un avenant – avec ses caractéristiques propres. Le motif de refus concernant l'agrément du cessionnaire du fonds de commerce, ne pourra être que « l'intérêt général ». Un tel refus pourra bien entendu faire l'objet d'un recours contentieux (par les ayant-droits du cédant ou le cessionnaire du fonds de commerce).

C . Les conséquences de la rupture anticipée du titre

Le fait d'admettre qu'un fonds de commerce puisse exister sur le domaine public n'altère pas les prérogatives de l'autorité compétente, quant à la gestion de celui-ci. Mais, en cas de résiliation de l'autorisation d'occupation, pour motif d'intérêt général, l'occupant pourra - plus facilement qu'auparavant - prétendre à une indemnisation couvrant la perte d'un fonds de commerce ne comprenant pas de droit au bail (si l'occupant peut prouver l'existence d'une clientèle propre).

Le principe de cette juste indemnisation est déjà consacré – de manière générale – par l'article R. 2125-5 du CGPPP⁹, qui dispose : « *Lorsque l'autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public est retirée, avant l'expiration du terme fixé, pour un motif d'intérêt général, le titulaire évincé peut prétendre, outre à la restitution de la partie de la redevance versée d'avance et correspondant à la période restant à courir, à une indemnité égale, sous déduction de l'amortissement calculé dans les conditions fixées par le titre d'autorisation, au montant des dépenses exposées pour la réalisation des*

9- Créé par le décret n° 2011-1612 du 22 novembre 2011, portant codification de la partie réglementaire du CGPPP.

équipements et installations expressément autorisés, dans la mesure où ceux-ci subsistent à la date du retrait.

Ce montant est fixé sur la base des dépenses réelles justifiées à l'autorité qui a délivré le titre. Celles-ci sont déterminées à partir du devis joint à la demande d'autorisation, rectifié au plus tard dans les six mois de l'achèvement des travaux ou de chaque tranche de travaux.

L'amortissement des équipements et installations édifiés par l'occupant ne peut pas être pratiqué sur une période excédant la validité du titre restant à courir ».

Les dispositions de la loi PINEL « ne manqueront pas d'entraîner des conséquences directes sur le contentieux de la responsabilité administrative, dans le cadre de la réparation du préjudice causé par la résiliation de la convention d'occupation. Désormais, pour indemniser le préjudice éventuellement causé par la résiliation, sur l'intégrité du fonds de commerce, le Conseil d'Etat devrait être conduit à rechercher l'existence d'une clientèle propre. Devant le juge judiciaire, l'existence de cette clientèle est établie selon le canevas dégagé par la jurisprudence en matière d'autonomie de clientèle, qu'il s'agisse des commerces inclus ou des réseaux de distribution. Les exploitants du domaine public disposeraient ainsi d'une clientèle partagée : celle uniquement attachée à leurs efforts, et celle liée au domaine public »¹⁰.

La résiliation pour faute du titulaire du titre d'occupation, comme il est de règle générale en la matière, ne donnera lieu à aucune indemnisation.

II. Les limites de la reconnaissance de l'existence d'un fonds de commerce sur le domaine public

Ces limites sont de deux ordres : l'une tient au maintien de l'interdiction des baux commerciaux sur le domaine public, l'autre tient au critère de l'application de la loi dans le temps.

A. L'interdiction de consentir des baux commerciaux sur le domaine public

Cette interdiction traditionnelle (le domaine public ne pouvant faire l'objet de contrats de droit privé) n'est nullement remise en cause par la loi nouvelle. Or, faute de bail commercial (et donc de droit acquis au renouvellement) quelle sera la valeur du fonds de commerce, dont l'existence même pourra être contestée par le propriétaire ou le gestionnaire du domaine public à l'expiration normale du titre d'occupation ? Le non renouvellement de celui-ci met-il à la charge du propriétaire du domaine le versement d'une indemnité au profit du propriétaire du fonds de commerce¹¹ ? L'admettre n'équivaut-il pas à reconnaître une « quasi » propriété commerciale ?

Il nous faudra attendre que des décisions de justice soient rendues en la matière, pour apprécier les conséquences de l'absence de bail commercial sur la valeur du fonds.

Pour l'heure, à l'occasion d'une toute récente question posée au ministre, concernant le droit pour l'occupant du domaine public de se prévaloir, à l'expiration de son titre, d'un droit au maintien dans les lieux ou au renouvellement de l'AOT, il a été répondu que les nouvelles dispositions législatives ne modifient pas les compétences des maires en matière d'attribution des places de marché, ni les règles d'occupation du domaine public. « Le maire

10- « la consécration législative du fonds de commerce sur le domaine public », Joseph Andréani, Bastien Brignon, Dalloz 2014, p 1883.

11- Pour Monsieur Philippe HANSEN, la réponse paraît négative, puisqu'il estime que la « valeur du fonds de commerce subit donc nécessairement une dépréciation progressive à mesure que le terme du titre d'occupation approche » in « l'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public », JCP, éd. Administrations et collectivités territoriales, n° 36, 8 septembre 2014, 2250. Pour M. Jérémy BOUSQUET, le non renouvellement de l'autorisation d'occupation donnera lieu à indemnité d'éviction au profit de l'occupant, propriétaire d'un fonds de commerce : « clientèle propre et domaine public : quand un cépage peut sublimer un terroir », Contrats et Marchés publics, n° 5, Mai 2015, étude 6.

fonde sa décision sur les critères établis dans le cahier des charges ou le règlement du marché pour accorder ou non l'AOT à la personne présentée par le titulaire de l'autorisation, dans les mêmes conditions que pour une AOT sans présentation. La loi du 18 juin 2014 n'entraîne pas d'automatisme dans l'attribution de ces autorisations, qui sont personnelles, précaires et révocables. Le maire peut refuser l'attribution de l'autorisation d'occupation du domaine public dont bénéficiait l'ancien titulaire, en fondant le refus sur les règles établies par le cahier des charges ou par le règlement du marché, sur un motif d'intérêt général ou un motif de bon fonctionnement du marché... »¹²

Mais la reconnaissance d'un fonds de commerce sur le domaine public – qui, selon la Convention européenne des droits de l'homme est un bien qui mérite protection¹³ – ne pouvait que faire l'objet d'une consécration législative.

Néanmoins, la loi nouvelle n'autorise pas la conclusion d'un bail commercial.

Le Conseil d'Etat l'a affirmé de façon très nette dans un arrêt du 24 novembre 2014¹⁴ : « en raison du caractère précaire et personnel des titres d'occupation du domaine public et des droits qui sont garantis au titulaire d'un bail commercial, un tel bail ne saurait être conclu sur le domaine public ».

Pour M. Gweltaz EVEILLARD¹⁵, cette interdiction « signifie que les fonds de commerce qui pourront être constitués en application de la loi Pinel ne seront pas fondés sur un bail commercial et ne comporteront donc pas de droit au bail ». Aussi, « dans le cas où le gestionnaire du domaine public met fin au titre d'occupation domaniale qui avait permis cette constitution... la perte du droit au bail ne pourra être indemnisée, puisqu'un tel droit ne peut exister ». Mais « l'occupant évincé devrait pouvoir obtenir réparation pour la perte de clientèle » (à condition de justifier le caractère « propre » de celle-ci).

Il nous faudra attendre que des décisions de justice soient rendues en la matière, pour apprécier les conséquences de l'absence de bail commercial sur la valeur du fonds¹⁶.

Le nouveau dispositif législatif marque une avancée importante dans le sens d'une valorisation du domaine public. Mais il demeure incomplet, et on peut penser qu'une évolution sur ce point ne manquera pas de se faire sentir...

B. L'application dans le temps de la loi nouvelle

Peu de temps après l'entrée en vigueur de la loi du 18 juin 2014 précitée, le Conseil d'Etat est venu préciser le champ d'application temporel de la loi Pinel, dans un arrêt du 24 novembre 2014¹⁷, dans les termes suivants : « Si la loi du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises a introduit dans le code général de la propriété des personnes publiques un article L. 2124-32-1, aux termes duquel « un fonds de commerce peut être exploité sur le domaine public sous réserve de l'existence d'une clientèle propre », ces dispositions ne sont, dès lors que la loi n'en a pas disposé autrement, applicables qu'aux fonds de commerce dont les exploitants occupent le domaine public en vertu de titres délivrés à compter de son entrée en vigueur. Par suite, l'exploitant qui occupe le domaine public ou doit être regardé comme l'occupant en vertu d'un titre délivré avant cette date, qui n'a jamais été légalement propriétaire d'un fonds de commerce, ne peut prétendre à l'indemnisation de la perte d'un tels fonds ».

Cette solution ne peut qu'être approuvée et est conforme aux principes s'appliquant en matière d'application de la loi dans le temps aux contrats administratifs en cours. En effet, reconnaître au profit des occupants – en

12- RM Assemblée Nationale, JO 12 mai 2015, p 3582, réponse transposable à tout titre d'occupation du domaine public artificiel.

13- Cf. CEDH, 26 avril 2011, n° 32521/05, Di Marco/Italie, Dalloz, 2011, 2298.

14- CE, 24 novembre 2014, Ste de remontée mécaniques Les Houches Saint Gervais.

15- Note sous CE, 24 novembre 2014, Ste de remontée mécaniques Les Houches Saint Gervais, Droit administratif, Mars 2015, 21.

16- Le juge compétent sera le juge judiciaire ou le juge administratif en fonction de la nature du contentieux : en cas de litige concernant l'existence d'un fonds de commerce : juridiction judiciaire, en cas de recours contre une décision refusant le renouvellement du contrat : juridiction administrative.

17- Cf., note 14 ci-dessus.

vertu de titres anciens – du domaine public, l'existence de fonds de commerce – du simple fait de l'introduction dans l'ordonnancement juridique du nouvel article L. 2124-32-1 du CGPPP aurait attribué à ceux-ci « une rente de situation » non justifiée et risquant de grever le budget des personnes publiques (« en permettant, entre autres, la possibilité d'être indemnisés de la perte du fonds en cas de résiliation de leur titre »¹⁸).

En conclusion, seuls les titres d'occupation du domaine public délivrés après l'entrée en vigueur de la loi Pinel permettront de donner naissance à fonds de commerce (sous réserve de l'existence d'une clientèle propre).

L'occupant du domaine public, qui exploite une activité commerciale, sur la base d'un contrat antérieur au 20 juin 2014, souhaitant « valoriser » son fonds de commerce n'aura donc pas d'autre solution que de solliciter la résiliation du contrat en cours, et la conclusion d'un nouveau contrat d'occupation. Mais l'autorité compétente pourrait refuser la délivrance d'un nouveau titre. Elle pourrait également l'accepter, à des conditions financières différentes (redevance majorée), le but avoué de cette loi étant de « valoriser » le domaine public.

On peut d'ores et déjà imaginer que c'est à l'occasion de la cession du fonds de commerce (régularisée sous la condition suspensive de l'obtention, par le cessionnaire d'un titre d'occupation du domaine public) que le notaire devra aborder les zones d'ombre évoquées ci-dessus, notamment les incertitudes quant à l'existence même du bien vendu, celle-ci étant subordonnée à la preuve d'une clientèle propre.

18- Cf. « La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public », Caroline Chamard-Heim, et Philippe Yolka, AJDA 2014, p 1641.