

Domaine / Patrimoine - Loi Pinel et domaine public : le puits sans fonds - Commentaire par Christophe Roux

[Visualiser l'article dans sa version PDF](#)

La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 21, 30 mai 2022, 2168

Loi Pinel et domaine public : le puits sans fonds

Commentaire par Christophe Roux professeur de droit public - directeur de l'EDPL - université Jean Moulin – Lyon 3

Solution. – Une clause contractuelle venant exclure la constitution d'un fonds de commerce sur le domaine public (**CGPPP, art. L. 2124-32-1**) est illégale. Toutefois, celle-ci n'est pas au nombre des irrégularités constituant un vice d'une particulière gravité, susceptible comme tel d'entraîner l'annulation partielle ou totale de la convention.

Impact. – Déjà bien entamée, la faculté de constituer un fonds de commerce sur le domaine public ressort encore amoindrie de cette décision, l'illégalité de l'exclusion conventionnelle entraînant un effet platonique sur la validité du contrat.

[CE, 11 mars 2022, n° 453440, G. c/ Cne Cap d'Ail : Lebon T. ; JCP A 2022, act. 209](#)

[...]

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que M. L... et M. B... exploitent, sur une parcelle appartenant à la commune de Cap-d'Ail, un restaurant sous l'enseigne « La Pinède ». A la suite de l'expiration d'une précédente convention d'occupation conclue en 1995, la commune de Cap-d'Ail a conclu le 15 février 2016 avec M. L... et M. B... une convention d'occupation précaire de cette parcelle pour une durée de cinq ans. Ces derniers ont saisi le tribunal administratif de Nice d'une demande tendant, à titre principal, à ce qu'il déclare nulle ou annule cette convention et, à titre subsidiaire, à ce qu'il annule certaines clauses de cette convention dont une clause stipulant que l'occupation ne donnerait lieu à la création d'aucun fonds de commerce. Ils se pourvoient en cassation contre l'arrêt du 9 avril 2021 par lequel la cour administrative d'appel de Marseille a rejeté l'appel qu'ils avaient formé contre le jugement du 26 juin 2018 de ce tribunal rejetant leur demande.

Sur la compétence de la juridiction administrative :

2. Avant l'entrée en vigueur de la partie législative du Code général de la propriété des personnes publiques, intervenue, le 1er juillet 2006, l'appartenance d'un bien au domaine public était, sauf si ce bien était directement affecté à l'usage du public, subordonnée à la double condition qu'il ait été affecté à un service public et spécialement aménagé en vue du service public auquel il était destiné.

3. Il résulte des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la parcelle sur laquelle est situé l'établissement des requérants appartient à un terrain acquis par la commune de Cap-d'Ail à la suite d'un arrêté préfectoral du 7 avril 1951 portant déclaration d'utilité publique pour la création d'un espace libre ouvert au public, que des escaliers ont été construits sur ce terrain pour permettre au public de rejoindre, depuis la voie communale, le chemin des douaniers aménagé sur les rochers surplombant la mer et que la commune y a installé une aire de pique-nique, des toilettes et une douche. En déduisant de ces faits, qu'elle a souverainement appréciés sans les dénaturer, que ce terrain était directement affecté à l'usage du public et appartenait par suite au domaine public de la commune, la cour

administrative d'appel de Marseille, par un arrêt suffisamment motivé, ne les pas inexactement qualifiés. Elle a pu, sans erreur de droit, en déduire que le litige portant sur la convention d'occupation précaire conclue entre la commune et les requérants pour permettre l'exploitation d'un restaurant sur une partie de ce terrain ressortissait à la compétence de la juridiction administrative.

Sur la contestation de la validité de la convention d'occupation :

4. D'une part, les parties à un contrat administratif peuvent saisir le juge d'un recours de plein contentieux contestant la validité du contrat qui les lie. Il appartient alors au juge, lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités, d'en apprécier l'importance et les conséquences, après avoir vérifié que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui. Il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ou, en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, son annulation.

5. D'autre part, aux termes de [l'article L. 2124-32-1 du Code général de la propriété des personnes publiques](#) : « Un fonds de commerce peut être exploité sur le domaine public sous réserve de l'existence d'une clientèle propre ». Il résulte de ces dispositions, issues de la loi du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises et applicables à la convention en litige conclue après l'entrée de cette loi, que le législateur a reconnu aux occupants d'une dépendance du domaine public, lorsque celle-ci ne se trouve pas sur le domaine public naturel, le droit d'exploiter un fonds de commerce sur cette dépendance pendant la durée du titre d'occupation à la condition qu'ils disposent d'une clientèle propre distincte des usagers du domaine public.

6. La cour administrative d'appel de Marseille a estimé, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, que la clause figurant à l'article 3 de la convention litigieuse, selon laquelle l'occupation du domaine ne donnerait pas lieu à la création d'un fonds de commerce, formait un ensemble indivisible avec les autres stipulations. En jugeant que la méconnaissance par une telle clause des dispositions de l'article L. 2124-32-1 du code général des propriétés publiques ne pouvait constituer, à elle seule, un vice d'une particulière gravité justifiant l'annulation de la convention ou de cette seule clause indivisible du reste de la convention, la cour, par un arrêt suffisamment motivé, n'a pas commis d'erreur de droit.

7. Il résulte de tout ce qui précède que M. L... et M. B... ne sont pas fondés à demander l'annulation de l'arrêt qu'ils attaquent.

Sur les conclusions présentées au titre des dispositions de [l'article L. 761-1 du Code de justice administrative](#) :

Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge des requérants la somme de 3 000 euros au titre de [l'article L. 761-1 du Code de justice administrative](#).

Note :

À mesure que les « *espoirs déçus* » (V. dès l'édition du CGPPP, F. Llorens et P. Soler-Couteaux, *Les occupations privatives du domaine public : un espoir déçu* : RFDA 2006, p. 935) s'amoncellent au sujet de l'occupation privative, il ne sera pas interdit, dans quelques mois ou années, de conter une autre histoire de la valorisation économique du domaine public. Avancée par le législateur, souvent perçue et relayée comme telle par la doctrine (*pour les études pionnières*, V. J. Morand-Deville, *La valorisation économique du domaine public*, in *Mél. R. Drago : Economica*, 1996, p. 273. – J.-Ph. Brouant, *Le régime domanial à l'épreuve de la valorisation économique*, thèse dactyl., Paris 1, 1995), la visée semble en effet atteinte d'un strabisme – peut-être héréditaire – qui lui fait régulièrement rater sa cible, le tout au gré de quelques feux de pailles (la flamme du droit de la concurrence semble éteinte), de vents contraires (tourbillonnant, le « *droit de la mise en concurrence* » peine à porter ses fruits quand il ne vient pas, en sus, obérer l'efflorescence d'autres mécanismes) ou de puits législatifs sans fond (s). C'est précisément d'un de ceux-ci dont il sera question ici, le Conseil d'État étant venu, par la décision commentée,

apporter des précisions au sujet de la relation entre occupation privative du domaine public, d'une part, faculté d'y constituer un fonds de commerce, d'autre part.

Présentée comme une évolution majeure, l'[article L. 2124-32-1 du CGPPP](#) issu de la loi « Pinel » a en effet entériné, *via* sa dissociation préalable du bail commercial, la possibilité pour l'occupant privatif de constituer un tel fonds, tentant ainsi de renforcer la valorisation dans sa face « externe » (c'est-à-dire par rapport à l'occupant privatif), celle-ci devant logiquement rejaillir sur sa face « interne », les gestionnaires consolidant par là même l'attractivité de leurs domaines ([L. n° 2014-626, 18 juin 2014, relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises](#) ; [JCP A 2014, 2250, étude Ph. S. Hansen](#) ; [AJDA 2014, p. 1641, étude C. Chamard-Heim et Ph. Yolka](#) ; [Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 213, étude G. Clamour](#) ; [Dr. adm. 2015, étude 5, étude C. Bainvel et S. Papapolychroniou](#)). Rapidement toutefois, le mécanisme se grippa, « *déstabilisé par une sorte d'effet domino tenant au choc de rationalités contradictoires* » ([JCl. Propriétés publiques, fasc. 79-62, 2019, § 111, Baux commerciaux – Fonds de commerce, par Ph. Yolka](#)), le présent arrêt en constituant l'illustration topique, si ce n'est l'aboutissement par usure (tant va la cruche à l'eau qu'à la fin elle se casse...).

En l'espèce, les exploitants d'un restaurant cossu situé (en bord de mer) sur le domaine de la commune de Cap d'Ail, avaient saisi les tribunaux d'une demande tendant, à titre principal, à obtenir l'annulation de la convention d'occupation qui les liait à la municipalité depuis 1995, celle-ci ayant été renouvelée en 2016 pour une durée de 5 ans ; à titre subsidiaire, ils réclamaient l'annulation partielle de certaines de ses clauses, plus particulièrement son article 3 disposant que l'occupation « *ne donne pas lieu à la création d'un fonds de commerce* ». Par un jugement du 26 juin 2018, le tribunal administratif de Nice devait rejeter leurs prétentions en estimant que l'[article L. 2124-32-1 du CGPPP](#) « *n'ouvre qu'une faculté pour une personne publique d'autoriser l'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public artificiel* » ([TA Nice, 26 juin 2018, n° 1601897, M. B.](#) ; [JCPA 2019, 2033, note C. Chamard-Heim](#)). Sans reprendre à son compte cette position, la cour administrative d'appel de Marseille, après avoir validé la domanialité publique des parcelles occupées, confirmait le jugement en axant toutefois son raisonnement sur les pouvoirs du juge du contrat, tels que renouvelés par la jurisprudence Béziers I ([CE, ass., 28 déc. 2009,](#)

n° 304802 : Lebon, p. 509 ; *JCPA 2010, 2072*, note F. Linditch ; *Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 123*, note Ph. Rees ; *RFDA 2010, p. 506*, concl. E. Glaser ; *GAJA, 23e éd., Dalloz, 2021, n° 106*). « À supposer même que cette clause serait illégale » soufflait-elle, celle-ci forme avec les stipulations de la convention un « ensemble indivisible », dès lors que l'absence de fonds de commerce a pour contrepartie, selon la Cour, le faible montant des redevances domaniales à acquitter. Partant, cette clause autant que le contrat dans son ensemble ne pouvaient souffrir l'annulation, l'illégalité n'étant pas au nombre des vices d'une particulière gravité, susceptibles seuls de générer une telle sanction (*CAA Marseille, 9 avr. 2021, n° 18MA03151, D. et B. c/Cne Cap d'Ail ; JCPA 2021, 2233*, obs. Ph. Yolka ; *Contrats-Marchés publ. 2021, comm. 188*, obs. É. Muller ; *Dr. voirie et domaine public 2021, n° 220, p. 115*, note Ch. Roux).

C'est ce raisonnement que le Conseil d'État vient ici valider, du reste sans pleinement reprendre les conclusions de son rapporteur public (*R. Victor, concl. disponibles sur ariane.web*), lequel invitait la Haute Juridiction à considérer que le litige avait perdu son objet, la convention domaniale ayant depuis lors expiré. Certes, le recours en contestation de la validité du contrat demeure ouvert durant toute sa durée mais aussi postérieurement à son extinction (*CE, 10 juill. 2020, n° 420045, Sté Lacroix Signalisation : Lebon, p. 276 ; JCPA 2020, 2238*, note J. Martin ; *BJCP 2020, p. 400*, concl. M. Le Corre ; *Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 254*, note M. Ubaud-Bergeron ; *Dr. adm. 2020, comm. 40*, note F. Brenet ; *AJDA 2020, p. 1897*, chron. E. Glaser), l'illégalité constatée assurant le dénouement du litige sur le terrain de la responsabilité quasi-délictuelle (*pour une analyse critique : J. Bousquet, Responsabilité contractuelle et sanction de l'irrégularité d'un contrat administratif : pour une autonomisation : Contrats-Marchés publ. 2018, étude 5*). Le rapporteur public, toutefois, de faire part de ses doutes quant à leurs caractères réel et certain. Quand bien même les requérants auraient pu se prévaloir d'un tel fonds, sa valeur se serait définitivement éteinte à l'échéance de la convention domaniale sans qu'ils puissent, par ailleurs, se prévaloir d'un quelconque droit au renouvellement. Le rapporteur public de conclure ainsi : « ce que l'affaire nous fait toucher du doigt, c'est le caractère dérisoire, si ce n'est illusoire, des dispositions de la loi « Pinel » qui, ainsi que le montrent les travaux préparatoires, doivent être combinées avec les principes généraux de la domanialité publique, d'hier et d'aujourd'hui [...] ».

Peut-être afin de ne pas enfoncer le couteau dans la plaie, le Conseil d'État a choisi de s'en tenir à l'approche promue par la cour administrative d'appel de Marseille. Il n'en a pas, pour autant, bouleversé l'immutabilité des principes en question, ces derniers formant une chape de plomb domaniale sur laquelle la floraison des fonds de commerce confine à l'exception de nature. La vanité du dispositif issu de la loi « *Pinel* » en ressort même confortée, ici, par l'appui de l'office étroit du juge de la validité du contrat. De fait, tout en admettant qu'une clause écartant l'existence d'un fonds de commerce sur le domaine public est frappée d'illégalité (1), le Conseil d'État lui confère un effet platonique, celle-ci n'étant pas, à elle seule, de nature à constituer un vice d'une particulière gravité emportant l'annulation de la convention (2).

1. Un prêt : l'illégalité de l'exclusion conventionnelle du fonds de commerce

En regardant le verre à moitié plein, il faudra tenter de se délecter de la première gorgée offerte par la présente décision, laquelle vient affirmer l'illégalité d'une clause contractuelle excluant par principe la constitution d'un fonds de commerce sur le domaine public. Susurrée déjà par certains arrêts ([CAA Douai, 5 avr. 2018, n° 16DA00899](#) ; [JCP A 2018, 2221, obs. Ch. Roux](#)), l'idée contraire avait été, on l'a dit, soutenue par le tribunal administratif de Nice dans cette affaire, ce dernier s'appuyant sur une analyse littérale de l'[article L. 2124-32-1 du CGPPP](#) évoquant le fait qu'un fonds de commerce « *peut* » être constitué sur le domaine public. Le choix du verbe laissait donc entendre, selon le tribunal, que l'autorité domaniale dispose de toute latitude pour, le cas échéant, écarter l'existence d'un tel fonds, quand bien même ses éléments constitutifs seraient présents.

Il était pourtant malaisé, en premier lieu, de trouver en ce sens quelconque soutien au sein de la loi « *Pinel* » et de ses travaux préparatoires. Le silence du législateur sur cet aspect pouvait au contraire être compris comme restreignant la liberté contractuelle, l'autorité domaniale étant en revanche tenue – et seulement dans ces hypothèses – d'exclure la constitution d'un fonds dans les cas limitativement énumérés par la loi (lorsque l'occupation n'emporte pas l'exercice d'une activité commerciale ou, alternativement, lorsqu'elle se situe sur le domaine public naturel). Dans une optique téléologique, admettre une telle exclusion conventionnelle venait sans doute altérer l'intention du législateur, celui-ci n'ayant pas « *entendu faire dépendre*

la reconnaissance de l'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public, dont l'existence se constate davantage qu'elle ne se décrète, d'un acte de volonté du propriétaire du domaine public, ni même d'un accord de sa part [...] » (concl. préc.).

Plus sûrement, en deuxième lieu, le droit privé récuse cette conception, la constitution d'un fonds de commerce étant, pour ainsi dire, indépendante de la volonté de l'autorité domaniale, voire de celle de son propre titulaire. On relèvera, d'une part, que l'[article L. 145-16 du Code de commerce](#) dispose que sont réputées non écrites les clauses d'un bail venant à exclure la faculté de transmettre un fonds de commerce. D'autre part, l'existence d'un fonds est déliée de tout support contractuel : outre qu'il peut exister des fonds de commerce sans bail commercial ([Cass. com., 27 avr. 1993, n° 91-10.819, Schertzer](#) ; [RTD civ. 1993, p. 488, note J. Derrupé](#)), il est loisible de céder le second tout en conservant le premier. Sa constitution repose en somme sur des critères factuels et objectifs, à commencer par l'existence d'une clientèle propre, élément « *le plus essentiel, celui sans lequel un fonds de commerce ne saurait exister* » ([Cass. com., 29 mai 1953 : JCP G 1954, II, 7220, note A. Cohen](#)). Or cette clientèle peut parfois se déduire de la simple ouverture de l'activité commerciale ([Cass. 1re civ., 4 déc. 2013, n° 12-28.076 ; JCP N 2014, 1099, note V. Barabé-Bouchard ; Dr. fam. 2014, comm. 37, B. Beignier](#). – *En ce sens, P. Didier, À quoi sert le concept de clientèle ?*, in [Mél. J. Calais Auloy : Dalloz, 2004, p. 339](#)) quand, parfois encore, il est également retenu qu'elle peut préexister à l'ouverture du fonds ([Cass. com., 27 févr. 1973 ; JCP G 1973, II, 17403, note A. S.](#)). Sa valeur, quant à elle, reste suspendue et dévoilée seulement par l'intervention des tiers au contrat : les créanciers du commerçant, si le fonds fait l'objet d'un nantissement ([C. com., art. L. 142-2](#)) ; le cessionnaire du fonds, si sa transmissibilité est engagée.

En troisième lieu, s'il est possible de trouver au sein du droit positif des pouvoirs que le bailleur public ou le gestionnaire du domaine public exercent sur le fonds de commerce, c'est uniquement postérieurement à sa constitution, son avènement échappant donc à leur emprise. C'est ce que marque l'exigence d'agrément préalable du cessionnaire ([Cass. 3e civ., 2 oct. 2002, n° 01-02.035 : D. 2002, p. 2943, obs. Rouquet ; D. 2002, p. 2943 ; Loyers et copr. 2003, comm. 9](#)), cette dernière étant reprise dans le cadre de la cessibilité des titres d'occupation du domaine public ([CE, 18 sept. 2015, n° 387315, Sté Prest'Air ; AJDA 2016, p. 157 ; GDDAB : Dalloz, 3e éd., 2018,](#)

comm. 61, note C. Chamard-Heim ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 271, note J.-P. Pietri ; Dr. adm. 2016, comm. 3, note G. Éveillard ; JCP A 2015, 2315, note M. Cornille). C'est ce que révèle, encore, le (mal-nommé) mécanisme du « *rescrit domanial* » (*CGPPP, art. R. 2122-21-1*), lequel permet à l'occupant en place de sécuriser son projet visant à transmettre ou céder son titre d'occupation, en suscitant une pré-décision de l'autorité domaniale (*sur le sujet : La prise de position provoquée en droit administratif des biens, in N. Gabayet et X. Lenou (dir.), La prise de position provoquée en droit administratif : IFJD, 2020, p. 168. – Ph. S. Hansen, Le mécanisme de rescrit appliqué aux transferts de titres d'occupation du domaine public : JCP A 2016, act. 220. – G. Clamour, La pré-décision domaniale : Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 273*).

Last but not least, il eut été délicat d'admettre la faculté d'écarter l'existence d'un fonds de commerce au regard de la jurisprudence européenne, celle-ci reconnaissant, indépendamment de tout bail commercial ou fonds de commerce d'ailleurs, que la clientèle constitue une valeur patrimoniale protégée au titre de l'article 1er du protocole n° 1 annexé à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (*CEDH, 26 avr. 2011, n° 32521/05, Di Marco c/Italie : RDI 2011, p. 387, note R. Hostiou ; D. 2011, p. 2298, chron. B. Mallet-Bricout et N. Reboul-Maupin*). De surcroît, la Cour n'accorde pas le moindre égard quant à la nullité ou non de l'acte (unilatéral ou contractuel) sur lequel a reposé la possibilité de constituer cette clientèle (*CEDH, 25 mars 1999, n° 31107/96, Iatridis c/Grèce ; JCP G 2000, I, 202, obs. F. Sudre*).

*

Tout en taisant les raisons pour lesquelles une telle exclusion conventionnelle est illégale, la présente décision pourra donc s'entourer de nombreux fondements. D'un point de vue panoramique, il faudra s'en contenter, celle-ci venant utilement – certes marginalement – tempérer l'essor d'une « *domanialité publique conventionnelle* » dont les ramifications touffues mériteraient une étude d'envergure. Manifestation éclatante de la liberté de gestion domaniale, on veut, par cette terminologie, désigner l'ensemble des hypothèses où le droit commun de la domanialité publique fait l'objet d'un aménagement, d'une atténuation, voire d'une torsion par le biais contractuel, quitte à perdre de vue ou sacrifier la *ratio legis* originelle. Il

y aurait en effet œuvre utile à défricher ce maquis pour mieux en révéler l'ampleur mais aussi la variété des gammes sur lesquelles la domanialité publique est instrumentalisée ou mise en sourdine. L'entreprise exigerait, d'abord, le recensement des dispositions offrant une telle latitude conventionnelle aux gestionnaires, tout en sériant les barrières – souples et visiblement franchissables – qu'elles instaurent. Sans exhaustivité, l'on peut penser à la faculté de conférer (ou non) des droits réels à l'occupant privatif (*CGCT, art. L. 1311-5*) ; à la distribution des charges d'entretien entre les parties ; au bénéfice discrétionnaire de la gratuité d'occupation (*CGPPP, art. L. 2125-1*) ; à l'obligation, sur courant alternatif, de remettre en l'état le domaine ou de conserver les ouvrages construits par l'occupant (*CE, 4 mars 1991, Palanque : Lebon T., p. 976 ; D. 1992, Somm., p. 379, obs. P. Bon*)... Il y aurait tout lieu, encore, de compléter la démarche en égrainant les libertés que la jurisprudence a progressivement reconnues aux parties (comme *s'agissant de la distribution des biens des concessions : CE, ass., 21 déc. 2012, n° 342788, Cne Douai : GDDAB, Dalloz, 3e éd., 2018, n° 63, note F. Melleray ; JCPA 2013, 2044, note Boda ; JCPA 2013, 2045, note Vila ; Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 41, note Eckert ; Contrats-Marchés publ. 2013, étude 7 ; Dr. adm. 2013, comm. 20, note Eveillard*) ou, du moins, certaines d'entre elles (comme *la faculté de reporter sur l'occupant la taxe foncière ou la possibilité d'écarter toute sous-location. V. respectivement CAA Lyon, 16 déc. 2014, n° 13LY03454, Sté d'équipement de Villard-de-Lans ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 47, obs. M. Ubaud-Bergeron – CE, 2 févr. 1979, n° 01881, Ville de Châlons-sur-Marne : Lebon, p. 618 ; RDP 1980, p. 1480*). Tout lieu, enfin, de parfaire cette analyse en révélant les traits saillants de la « pratique » conventionnelle sur le terrain, laquelle se démarque sans doute de l'économie générale souhaitée par le législateur

Cette parenthèse refermée, la solution ne permettra pas de verser dans l'enthousiasme, si l'on veut bien rappeler combien le champ d'application de la loi « Pinel » reste miné d'obstacles. Le premier réside tout entier dans ses limites temporelles. Le fonds ne possède une valeur que pendant la durée du titre, le déblocage de celle-ci ne pouvant intervenir qu'en cas de cessibilité (*V. P.-M. Murgue, La cession « administrée » d'un fonds de commerce exploité sur le domaine public : RFDA 2019, p. 471*) ou de résiliation du titre avant terme : à son échéance (normale), le principe de précarité autant que l'inaliénabilité s'opposeront à ce que l'occupant soit indemnisé de sa perte. Opportune sous l'angle domanial, la déliaison entre bail commercial et fonds de

commerce se double ainsi d'une coûteuse rançon par rapport au droit privé, l'absence du premier emportant corrélativement disparition du droit au renouvellement ou, alternativement, de l'indemnité d'éviction.

Structurellement, il faut encore admettre que la durée des titres domaniaux joue à contretemps pour assurer l'émergence de tels fonds, leur formation étant intrinsèquement favorisée par le long terme (V. Ph. Yolka, *JCl.*, *préc.*). Or les occupants privatifs n'en disposent guère (V. en dernier lieu C. Cubaynes, *La durée des contrats administratifs* : LGDJ, 2021) : sous la menace constante du principe de précarité, en l'absence de droit au renouvellement, ils doivent désormais composer avec la durée limitée de l'avantage qui leur est conféré, la temporalité étant balisée pour conforter l'objectif de remise en concurrence périodique (*CGPPP*, art. L. 2122-2). Ajoutons à cela que les occupants ne peuvent se prévaloir de leur antériorité dans les lieux, le coup de grâce étant intervenu lorsque le Conseil d'État a retenu que le bénéfice de la loi « Pinel » est réservé aux seuls exploitants installés en vertu de titres délivrés postérieurement à son entrée en vigueur (*CE*, 24 nov. 2014, n° 352402, *Sté des remontées mécaniques Les Houches-Saint-Gervais* : Lebon, p. 350 ; *BJCP* 2015, n° 99, p. 119, *concl. B. Bonhert* ; *JCPA* 2015, 2106, *note E. Langelier* ; *Contrats-Marchés publ.* 2015, *comm. 12*, *note P. Devillers* ; *Dr. adm.* 2015, *comm. 21*, *note G. Eveillard* ; *GDDAB*, 3e éd., Dalloz, 2018, n° 60, *note Ph. Yolka*). En l'espèce, c'est dire que les requérants ne pouvaient, en tout état de cause, se prévaloir d'un tel fonds qu'à partir de 2016, date du dernier renouvellement de leur titre, leur labeur du passé étant donc réputé n'avoir jamais existé, au grand dam d'une partie de la doctrine (Ph. Terneyre et T. Laloum, *Droit des contrats administratifs : renversons quelques tables pour la reprise économique !* : *Contrats-Marchés publ.* 2021, *étude 5*).

Sans s'y attarder longuement, le second obstacle tient à la difficulté de prouver l'existence d'une clientèle propre sur le domaine public (*le juge administratif étant alors seul compétent pour apprécier la constitution du fonds* : *Rép. min.* n° 20326 : *JO Sénat*, 23 sept. 2021, p. 5504 : *JCPA* 2022, n° 2017, *obs. Ch. Roux* ; *Loyers et copr.* 2022, *alerte 91*), étant entendu que, pour être appréhendée comme telle, elle devra se démarquer nettement du flux des usagers arpentant le domaine (*J. Bousquet, Clientèle propre et domaine public : quand un cépage peut sublimer un terroir* : *Contrats-Marchés publ.* 2017, *étude 6*). En somme, la clientèle doit résulter de l'attractivité commerciale et non de celle inhérente au domaine, circonstance délicate à entériner en présence de biens publics sans équivalents (parcs publics, monuments...) ou d'espaces

et infrastructures (plages publiques, gares, aéroports...) drainant mécaniquement une masse de quidams-consommateurs d'un jour qu'on peine à distinguer des clients réguliers. Pour parfaire ce tableau, l'absence d'autonomie dont jouit l'occupant contribue également à densifier les lignes de fuite : il en va ainsi lorsque l'accès à l'activité commerciale n'est pas indépendant de celui propre à la dépendance qui en est le support ; il en va de même lorsque l'autorité domaniale vient, en amont, encadrer l'activité de l'occupant par des sujétions diverses (*Cass. 3e civ., 5 avr. 2018, n° 17-10.446 ; JCPA 2018, 2165, obs. Ph. Yolka ; AJDA 2018, p. 1679, note J. Bousquet*).

Il reste, enfin, à mettre en exergue combien l'innovation issue de la loi « Pinel » souffre d'une circonscription par trop généreuse du domaine public. On pourrait croire la circonstance de nul effet, à partir du moment où, indépendamment de la nature de la dépendance lovant l'activité en cause, la faculté de disposer d'un fonds de commerce est désormais admise. Il n'en est rien. D'une part, on l'a dit, la qualification contribue à minorer dans le temps l'émergence de cette universalité, celle-ci n'ayant pu éclore sur le domaine public avant l'entrée en vigueur de la loi « Pinel » (*CE, 24 nov. 2014, n° 352402, Sté des remontées mécaniques Les Houches-Saint-Gervais : Lebon, p. 350 ; préc.*). D'autre part, alors que les interrogations se multiplient sur la pérennité du régime des baux commerciaux sur le domaine privé (*V. TJ Mans, 19 août 2021, n° 20/00813 : JCPA 2021, 2311, note P.-M. Murgue-Varoquier. – CAA Bordeaux, 2 nov. 2021, n° 19BX03590 ; JCPA 2022, 2014 ; Dr. voirie et domaine public 2022, n° 224, p. 25, note Ch. Roux ; Contrats-Marchés publ. 2022, comm. 21, note G. Eckert ; AJDA 2022, p. 84, note I. Le Bris. – Lire également, F. Kendérian et C. Bourgeois, Le statut français des baux commerciaux face à la problématique européenne : RIDE 2013, p. 265*), il est un fait que, sur ces dépendances, les utilisateurs commerciaux sont mieux protégés que leurs homologues du domaine public : arrimé le plus souvent à un bail commercial, leur fonds de commerce voit sa valeur garantie par le droit à renouvellement ou le versement d'une indemnité d'éviction. Ceci précisé, l'on comprendra mieux pourquoi les requérants tentaient, dans la présente affaire, de convaincre de l'appartenance au domaine privé de la parcelle occupée : la circonstance les aurait autorisés à faire valoir la titularité du fonds de commerce dès leur installation (en 1995). Le Conseil d'État s'est cependant, à l'instar de la Cour phocéenne, rangé en faveur de la domanialité publique des lieux, en reconnaissant que, indivisible, la parcelle

était affectée à l'usage direct du public, ce que tendait à accréditer l'aire de pique-nique aménagée sur celle-ci ainsi que les escaliers permettant l'accès aux sentiers des douaniers en contrebas du restaurant. On pointera le paradoxe, l'aménagement (indispensable) révélant ici l'affectation alors même que, dans cette branche de l'alternative conceptuelle (CGPPP, [art. L. 2111-1](#)), leur présence n'est en théorie pas (ou plus) exigible. On relèvera surtout que la qualification n'était en rien évidente, l'autonomie fonctionnelle du restaurant s'étant affermie au fil du temps (pose de portes et barrières venant la séparer du reste de l'emprise). En revenant à la situation originelle (en 1995, date de la première convention) et en instrumentalisant la jurisprudence Port-Vendres – cristallisant l'étendue antérieure du domaine public, sauf en présence d'une mesure de déclasserement ([CE, 3 oct. 2012, n° 353915 : Lebon T., p. 742 ; BJCP 2013, p. 44, concl. B. Dacosta ; JCPA 2013, 2125, chron. C. Chamard-Heim ; AJDA 2013, p. 471, note É. Fatôme, M. Raunet et R. Léonetti](#)) – le Conseil d'État a écarté ces conjectures, le contrat accréditant par ailleurs l'indissociabilité domaniale, les occupants étant assujettis à plusieurs obligations (d'accès libre à l'aire de pique-nique ; d'entretien des installations en présence...).

Nul doute que les requérants du jour auront quelque mal à saisir pourquoi la date de référence domaniale (1995) diffère de celle qui, au niveau contractuel, les autorisait à se prévaloir – enfin – d'un fonds de commerce (2016). Si la logique juridique le commande, il faudra admettre que la non-rétroactivité des dispositions du CGPPP et de celles issues de la loi « *Pinel* » se révèle pour le moins protectrice de l'intérêt financier des personnes publiques. Sans doute les requérants ont-ils éprouvé encore davantage de difficultés à comprendre comment une convention domaniale pourvue d'une illégalité manifeste... n'entraîne pourtant pas son annulation.

2. Un rendu : l'absence de vice d'une particulière gravité

En regardant le verre à moitié vide, la salvatrice gorgée initiale aura quoi qu'il en soit bien du mal à faire passer cette pilule finale. Avant de parvenir à cette conclusion toutefois, le Conseil d'État a d'abord ratifié les prémisses du raisonnement de la cour administrative d'appel, celle-ci ayant jugé que la clause litigieuse n'était pas divisible des autres stipulations contractuelles et, partant, insusceptible de faire l'objet d'une annulation *ut singuli*.

L'on précisera que, depuis 2009, le juge reconnaît la faculté pour les parties

de contester une clause contractuelle de manière solitaire, son indivisibilité des autres stipulations n'étant plus un facteur d'irrecevabilité mais, simplement, un agrégat pour déterminer l'étendue de la nullité contractuelle (CE, 1er juill. 2009, n° 306756, Cie des transports de La Roche-sur-Yon ; JCPA 2009, 2229, note G. Mollion). Essentiellement traitée par la doctrine civiliste (V. Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques* : LGDJ, 1969. – En droit public, V. toutefois, J.-P. Payre, *Recherches sur la notion d'indivisibilité des contrats administratifs*, in Mél. P. Montane de la Roque : Presses de l'IEP de Toulouse, 1986, t. 1, p. 505. – D. Pouyaud, *La nullité des contrats administratifs* : LGDJ, 1991. – M. Staub, *L'indivisibilité en droit administratif* : LGDJ, 1999), la technique de la divisibilité ou de l'indivisibilité inter ou intra-contractuelle est régulièrement dénoncée pour son caractère flou et aisément malléable (V. J. Carbonnier, *RTD civ.* 1950, p. 69), à tel point que la conviction du juge en la matière relèverait « *d'avantage de l'art divinatoire que d'une analyse rationnelle* » (M. Staub, *thèse, préc.*, § 537). Si tant est que l'on parvienne à mettre de l'ordre, la divisibilité semble appréhendée par la négative et au travers d'un prisme subjectif. Ainsi, en droit privé, une clause pourra être jugée divisible du reste du contrat dès lors qu'elle ne constitue pas la « *cause impulsive et déterminante du contrat* » ou, du moins, « *la condition déterminante* » de l'engagement des parties (V. M. Staub, *thèse préc.*, spéc. § 521 et s.). Sans reprendre toujours cette terminologie, le juge administratif s'en tiendrait peu ou prou à la même idée, en visant le caractère « *essentiel* » de la clause au regard de l'existence même de la convention (CE, 14 févr. 1849, *Cne Cenon-La-Bastide c/Letellier* : Lebon, p. 102) ou, alternativement, son aspect « *déterminant* » dans l'esprit des cocontractants (CE, 6 mai 1985, n° 41589, *Association Eurolat* : Lebon, p. 141 ; RFDA 1986, p. 21, concl. B. Genevois ; AJDA 1985, p. 620, note É. Fatôme et J. Moreau). L'on y adjoindrait parfois une approche objective conduisant à se demander si la convention conserve son sens et son économie générale, même amputée des clauses litigieuses (V. concl. D. Labetoulle sur CE, ass., 2 déc. 1983, *Conféd. syndicats médicaux français* : Lebon, p. 469 ; Dr. soc. 1984, p. 144).

La sécabilité des clauses contractuelles demeure toutefois rarement admise dans le cadre du contentieux des parties (V. néanmoins, *précisément en matière domaniale*, CE, 4 mai 2011, n° 340089, *Cté de communes du Queyras* : Lebon, p. 200 ; BJCP 2011, p. 353, concl. B. Dacosta ; JCPA 2011, act. 355, obs. J.-G. Sorbara ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 179, note G. Eckert) alors qu'elle connaît des excroissances notables au sujet du contentieux des

tiers, comme en témoigne la possibilité de diriger un recours pour excès de pouvoir à l'encontre des clauses réglementaires ([CE, ass., 10 juill. 1996, n° 138536, Cayzeele](#) : [Lebon](#), p. 274 ; [AJDA 1996](#), p. 372, [chron. Chauvaux et Girardot](#) ; [CJEG 1996](#), p. 382, [note Ph. Terneyre](#) ; [RFDA 1997](#), p. 89, [note P. Delvolvé](#)). De fait, le caractère synallagmatique du contrat tend à réduire la survenance de l'hypothèse, dans la mesure où la convention est censée réaliser un équilibre des obligations, cet équilibre reposant précisément sur la conjonction de plusieurs clauses formant un tout indissociable. En l'espèce, il était ardu d'admettre que la clause litigieuse ait pu former une cause déterminante et essentielle du consentement des parties, lors même que, comme les propos précédents ont tenté de la démontrer, le « droit » au fonds de commerce reste incertain dans sa constitution et précaire dans le temps. La cour administrative d'appel de Marseille, de son côté, avait principalement justifié cette indivisibilité au regard des « *contreparties* » dont auraient bénéficiées les requérants, l'absence de fonds étant compensée par le faible montant des redevances à acquitter. Outre que, dans l'arrêt d'appel, cette circonstance était plus assenée que démontrée (l'absence de fonds de commerce « *trouve nécessairement une contrepartie pour les bénéficiaires dans le montant de la redevance d'occupation du domaine public mise par celle-ci à leur charge* »), l'on peine à valider sa pertinence ou, du moins, sa cohérence. De fait, le droit positif vient plutôt au soutien de l'identité de calcul entre les différentes hypothèses, fonds de commerce ou non du reste. Ainsi, [l'article L. 2125-3 du CGPPP](#) ne mentionne que les « *avantages de toute nature* » procurés au titre de l'utilisation... en oubliant sciemment, peut-être, d'évoquer ses désavantages (comparatifs), signe d'une valorisation à géométrie variable pour ne pas dire univoque. La légalité des redevances mises à la charge des utilisateurs privatifs est encore régulièrement vérifiée au regard de leur similitude par rapport à des loyers perçus sur des dépendances comparables du domaine privé ou des biens privés ([Cass. 1re civ., 13 mai 2014, n° 12-16.784, CGT](#) ; [Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 199, note G. Eckert](#) ; [AJDA 2014](#), p. 1949, [note C. Haury](#). - [CE, 11 oct. 2004, n° 254236](#) : [BJCL 2005](#), n° 1, p. 29, [concl. L. Olléon](#)). Leur montant, quant à lui, est habituellement fonction du chiffre d'affaires réalisé par l'occupant (*V. par ex.* [CAA Paris, 17 déc. 2009, n° 08PA00530, SETIL aéroports](#) ; [JCP A 2010, 2086, chron. Chamard-Heim](#) ; [Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 365, note G. Eckert](#)), ce dernier, ironiquement, formant la base traditionnelle de calcul... de la valeur d'un fonds de commerce ([A. Reygrobellet, Fonds de commerce :](#)

Dalloz, 3e éd., 2018. – S. Rezek, *Achat et vente de fonds de commerce* : LexisNexis, 9e éd., 2018). Autant d'éléments qui, s'ils autorisent à percevoir sur le papier un lien objectif entre les clauses (celles relatives au fonds de commerce et celles relatives aux redevances domaniales), marquent aussi, en pratique, une potentielle distanciation.

*

Il restait dès lors à se demander quel sort réserver au contrat, dans son ensemble, eu égard à l'illégalité constatée de la clause litigieuse. Ici comme ailleurs, il ne faisait guère de doutes que les chances de succès étaient minces, tant il est vrai que le renouvellement de l'office du juge du contrat et les lignes directrices qui lui sont assignées rendent peu propice cette finalité. Comme on le sait, tout ou presque y concourt. D'une part, le rôle du juge est surdéterminé par l'objectif de stabilité des relations contractuelles impliquant que seuls les vices les plus graves soient susceptibles de le compromettre (E. Kalnins, *Essai sur la stabilité des contrats administratifs*, thèse dactyl. Paris 2, 2020. – S. Douteaud, *La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité*, thèse dactyl., Pau, 2017) ; la circonstance que le contrat soit éteint (comme en l'espèce) ne l'invite certainement pas à faire preuve d'une témérité sans lendemain. D'autre part, de la loyauté des relations contractuelles découle une nette réduction des moyens susceptibles d'être invoqués par les parties, notamment quand celles-ci avaient connaissance dès l'origine de certains vices tout en s'accommodant de leur présence durant la vie du contrat (J.-Fr. Lafaix, *La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat*, in Mél. L. Richer : LGDJ, 2013, p. 365. – J.-Fr. Sestier, *La loyauté dans l'exécution des relations contractuelles : un standard juridique commode ?*, in Mél. L. Richer, préc., p. 451. – L. Marguery, *La « loyauté des relations contractuelles » en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel* : RFDA 2012, p. 663). À cet égard, l'instrumentalisation de cette finalité aurait peut-être pu permettre *ipso facto* d'écarter les prétentions, comme, nous semble-t-il, les conclusions du rapporteur public le laissent entendre (« Vous avez face à vous des requérants qui ont occupé le domaine pendant toute la durée de leur titre et dont la jouissance n'a pas été troublée, qui ne se sont jamais plaints du montant de la redevance et non seulement n'ont sollicité aucune indemnisation ou restitution mais n'ont aucun droit à indemnisation ou restitution »).

Il convenait alors de se déporter sur la possibilité qu'une telle illégalité soit considérée comme affectant le contrat d'un vice d'une particulière gravité, lequel « *notamment* » résulte « *des conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement* » (E. Glaser, *Béziers I*, à propos d'un « *notamment* », in *Mél. L. Richer : préc.*, p. 641). La jurisprudence en a certes identifié au-delà des seuls vices du consentement (V. D. Thébault, *Les « vices d'une particulière gravité » affectant le contrat administratif : tentative de clarification. D'un juge réparateur à un juge censeur : RDP 2021, p. 945*) : ainsi, par exemple, de celles affectant l'objet, le contenu ou la cause du contrat ; ou, plus récemment, de celles méconnaissant le principe d'impartialité ([CE, 25 nov. 2021, n° 454466, Sté Corsica Networks](#) ; [JCPA 2021, act. 731](#) ; [Dr. adm. 2022, comm. 13](#), note M. Amilhat et J.-Fr. Kerléo ; [AJCT 2022, p. 168, obs. S. Dyens](#) ; [RTD com. 2021, p. 785, obs. F. Lombard](#) ; [Contrats-Marchés publ. 2022, comm. 39](#), note H. Hoepffner). Modeste, la liste reste parfois ésotérique puisque, en guise d'ultime bouée de sauvetage, un bilan contractuel quant aux inconvénients et avantages que présenterait l'annulation pourra maintenir à flot le navire contractuel. En l'espèce, les requérants estimaient que la collectivité se serait rendue coupable d'un comportement dolosif (du reste peut-être plus proche de « *la violence* » au sens civiliste du terme) par l'insertion de cette clause, les requérants s'étant sentis victimes d'une véritable « *extorsion* » (*concl. préc.*) de la commune : en les menaçant de ne pas renouveler leurs titres, elles les auraient contraints d'accepter cette clause. Quoique s'écartant des schèmes civilistes originels, le moyen tiré d'un quasi-vice du consentement connaît depuis quelque temps un singulier bain de jouvence (V. F. Lichère, *Le nouveau régime contentieux des pratiques anti-concurrentielles* ; [Contrats-Marchés publ. 2020, étude 8](#). – P. Levallois, *Les progrès de l'action indemnitaire en private enforcement* ; [Contrats-Marchés publ. 2020, étude 9](#)), notamment pour sanctionner les pratiques anti-concurrentielles lovées dans les contrats publics ([CE, 10 juill. 2020, n° 430864, Sté Négoce comptoir équipement : Lebon, p. 81](#) ; [JCPA 2020, act. 431](#) ; [Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 257](#), note Ph. Rees ; [Dr. adm. 2020, comm. 36](#), obs. F. Brenet ; [AJDA 2021, p. 164](#), note J.-C. Rotouillé ; [BJCP 2020, p. 320, concl. G. Pellissier](#). – [CE, 22 nov. 2019, n° 418645, SNCF Mobilités : JCPA 2020, 2071](#), note J. Martin ; [Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 48](#), obs. É. Muller ; [Contrats, conc. consom. 2020, comm. 47](#), obs. D. Bosco ; [BJCP 2020, p. 63, concl. M. Le Corre](#), obs. S. Nicinski). À ceci près, cela n'aura sans doute échappé à personne, que le moyen vise davantage à sanctionner les agissements abusifs des

cocontractants que ceux dont se serait rendue coupable l'autorité publique, preuve étant faite que l'applicabilité du droit de la concurrence aux personnes publiques propriétaires et/ou contractantes reste un immense (et asymétrique) impensé. Sans davantage d'explications, le vice du consentement à ce faisant été écarté.

* * *

Au final, d'aucuns jugeront que le mixage de l'indissociabilité domaniale et de l'indivisibilité contractuelle, le tout marinée à la sauce juridictionnelle biterroise, forme un cocktail un peu indigeste pour les occupants privatifs, à moins qu'il ne s'agisse, plutôt, d'un elixir destiné à soigner tous les maux des gestionnaires domaniaux. En pratique, et il sera difficile de la juger autrement, la solution vient paradoxalement renforcer l'inanité du dispositif issu de la loi « *Pinel* », les gestionnaires pouvant, sans vraiment craindre les foudres contentieuses, restreindre la capacité de constituer un fonds de commerce sur le domaine public. Il n'est pourtant nullement certain qu'ils s'en relèvent sans veisalgie. L'ivresse de la victoire contentieuse cache certainement des lendemains plus difficiles, à mesure que l'attractivité du domaine public pour les commerçants ne cesse de décliner sous les coups de boutoirs législatifs et juridictionnels, les vagues rêves de valorisation laissant place, au réveil, aux sempiternels relents d'échec.

Mots clés : Domaine / Patrimoine. - Fonds de commerce.

© LexisNexis SA