



La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 25, 25 Juin 2012, 2209

Propriété commerciale des occupants du domaine public : crever l'abcès

Etude rédigée par : Philippe Yolka
professeur de droit public, université de Grenoble

Sommaire

La jurisprudence traditionnelle, en vertu de laquelle les occupants du domaine public ne sauraient avoir ni bail commercial, ni fonds de commerce, repose sur des fondements fragiles ; elle affecte les capacités de financement et d'investissement des intéressés. Le consensus des juridictions se fissure et l'« euro-compatibilité » du droit français prête à discussion. Il paraît donc nécessaire d'engager une réflexion sur le sujet.

1. - La modernisation des règles relatives à l'occupation privative du domaine public avance, décidément, d'une manière curieuse. Depuis un quart de siècle environ, l'effort des pouvoirs publics a porté sur les titres attributifs de droits réels, avec les résultats - sinon le succès - que l'on sait (éclatement des dispositifs, redondances variées, etc.) ; car le but du jeu était surtout de favoriser le financement privé d'équipements publics. Il reste cependant la situation des occupants « ordinaires », qui n'entendent pas tant couler du béton dans un intérêt général plus ou moins avéré que développer leurs activités commerciales ou industrielles dans des conditions de sécurité satisfaisantes. Alors le contraste avec cet activisme législatif brouillon s'avère saisissant : rien de nouveau sous le soleil, ni dans les textes ni en jurisprudence, durant les dernières décennies. La domanialité publique est censée chasser le bail commercial (1), pour des motifs tant juridiques que financiers (2). Pourtant, des éléments tirés - notamment - du droit européen conduisent à s'interroger aujourd'hui sur la perspective d'une réforme (3).

1. L'exclusion du bail commercial

2. - Le Conseil d'État écarte, depuis fort longtemps, l'application des dispositions du décret du 30 septembre 1953 (V. à présent, pour le droit codifié : *C. com., art. L. 145-1 s.*) dans les relations entre l'Administration et les commerçants implantés sur - voire sous - le domaine public (par ex. : *CE, 11 juin 1971, Dame Chanuel, sol. impl. : Rec. CE 1971, p. 439*, à propos de l'occupante d'une vitrine, dans le tréfonds du Palais-Royal. - Ou, au Bois de Boulogne : *CE, 23 févr. 1979, Gourdain : Rec. CE 1979, p. 78 ; D. 1979, inf. rap. p. 263, note Delvolvé*). Et cette jurisprudence a fait tache d'huile dans certains États étrangers, qui se sont inspirés de la domanialité publique « à la française » (V., pour un exemple - belge, s'il faut l'écrire - qui ne s'invente pas, *Comm. Bruxelles, 14 oct. 1991 : Rev. dr. comm. 1993, p. 267* : pas de bail commercial, s'agissant d'une friterie implantée sur le domaine public).

3. - Ainsi les baux commerciaux et les délibérations qui en décident la conclusion sont-ils toujours considérés comme illégaux (pour quelques illustrations : *CE, 15 févr. 2012, n° 338059, SAS TDLC : JurisData n° 2012-003012*. - *CAA Marseille, 3 oct. 2011, n° 10MA00029, Lionel A.* - *CAA Marseille, 3 oct. 2011, n° 09MA03139, Commune d'Antibes.* - *CAA Versailles, 17 nov. 2011, n° 10VE01975, Société Rallye Parc Loisirs.* - *CAA Marseille, 20 déc. 2011, n° 10MA01503 et n° 10MA01504, Commune d'Antibes.* - V. également : *CA Nîmes, 28 oct. 2010, SARL Sophitex : JCP A 2011, 2239, chron. Chamard-Heim.* - *CA Agen, 1er févr. 2012, inédit : à propos du château d'Aynac*).

4. - Cette jurisprudence classique a poussé deux excroissances. En premier lieu, l'interdiction des baux commerciaux s'est étendue aux **contrats** conclus entre personnes privées sur le domaine public (V., dans la période récente : *Cass. 3e civ., 10 mars*

2010, *Société Le New Port* : *Bull. civ.* 2010, III, n° 58 ; *JCP A* 2010, 2262, *chron. Chamard-Heim* ; *BJCP* 2010, p. 298 ; *D.* 2010, p. 825, *note Rouquet* ; *Gaz. Pal.* 20 mars 2010, p. 26 et 17 juill. 2010, p. 28, *note Barbier* ; *JCP E* 2010, 1769, *note Roussille* ; *JCP N* 2010, act. 315 ; *Loyers et copr.* 2010, *comm.* 224, *obs. Brault* ; *RDLC* 2010/50, n° 2897 ; *RLDC oct.* 2010, p. 68, *obs. Perruchot-Triboulet* ; *Rev. loyers* 2010, p. 908, *note Prigent*. - *Cass. 3e civ.*, 17 mai 2011, n° 10-19.175, *Société civile immobilière Michaël* ; une telle solution est discutable, puisqu'elle revient à propager la prohibition, du domaine public aux ouvrages qui y sont édifiés, alors que les occupants pourvus d'un titre régulier sont censés en être propriétaires et que le droit d'accession du maître du domaine ne joue qu'après l'expiration dudit titre. En second lieu, les juridictions administratives ont admis depuis les années 1970 la responsabilité des bailleurs publics induisant leurs cocontractants respectifs en erreur, en leur laissant penser qu'ils disposeraient d'un bail commercial et, en conséquence, d'un « droit au renouvellement » (*C. com.*, art. L. 145-8 s. C'est, en réalité, une prolongation tacite du bail d'origine : *L. n° 2012-387*, 22 mars 2012 de simplification du droit, art. 2) ou, à défaut, à une indemnité d'éviction (par ex., *CAA Marseille*, 24 janv. 2011, n° 09MA00172, *Cne Escaro-Aytua* : *JurisData* n° 2011-004151 ; *JCP A* 2012, 2013, *chron. Chamard-Heim* ; *BJCL* 4/2011, p. 279, *concl. Deliancourt* ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, *comm.* 121, *note Eckert*. - *CAA Nantes*, 3 févr. 2012, n° 10NT01407, *Commune de Saint-Martin-de-la-Place*).

2. Les fondements de la prohibition

5. - L'interdiction des baux commerciaux sur le domaine public n'apparaît qu'en traces dans les textes. Le Code de commerce, souvent cité, l'est en partie à tort : l'exception de domanialité publique n'y est visée qu'en ce qui concerne le cas de certaines personnes publiques preneuses à bail, le statut des baux commerciaux s'appliquant « aux baux [...] nécessaires à la poursuite de l'activité des [...] établissements publics à caractère industriel ou commercial [...] à condition que ces baux ne comportent aucune emprise sur le domaine public » (*C. com.*, art. L. 145-2-I-3°). Quant au Code général de la propriété des personnes publiques, il ne pose aucun principe général en la matière. Tout au plus deux dispositions de sa partie réglementaire, reprenant des décrets antérieurs, visent-elles des situations particulières : ne bénéficient en l'occurrence du statut des baux commerciaux ni les titulaires de concessions d'utilisation du domaine public maritime en dehors des ports (*CGPPP*, art. R. 2124-9, issu du décret n° 2004-308 du 29 mars 2004) ni les titulaires de concessions de plage (*CGPPP*, art. R. 2124-20 al. 2, issu du décret n° 2006-608 du 26 mai 2006).

6. - Il faut se tourner vers la jurisprudence pour identifier le fondement de l'illégalité des baux commerciaux. Le principe d'inaliénabilité du domaine public est quelquefois invoqué (*P. Delvolvé, Droit de propriété et droit public, in Mélanges G. Braibant, Dalloz, p. 149 s., p. 158-159*), mais c'est une façon de voir à laquelle il semble difficile de souscrire : car, si l'inaliénabilité prohibe les aliénations et les droits réels civils (selon le Conseil d'État), les baux commerciaux sont - de jurisprudence constante - attributifs de droits personnels (*V. par ex., Cass. 3e civ.*, 11 mai 1988, n° 86-19.203, *Caniaux et autres*. - *CA Paris*, 16 juin 2010, *Société civile immobilière Fromont Paris Lilas* : *JurisData* n° 2010-016401. - *CA Pau*, 24 nov. 2009, n° 08/03183, *Duvail*. - *CA Toulouse*, 29 mai 2006, n° 05/00052, *Rossignol*. - *CA Aix-en-Provence*, 24 janv. 2002, n° 01/08612, *SA Port Napoléon*. - *CA Paris*, 21 sept. 1982, *Europa* : *JurisData* n° 1982-025105). Il ne faut donc pas exagérer la portée de ce « grand principe de l'inaliénabilité, auquel sans doute on prête parfois plus qu'il n'exige vraiment » (*Y. Gaudemet* : *CJEG* 1991, p. 304).

7. - En toute rigueur, l'explication serait plutôt à rechercher du côté de la précarité des titres d'occupation du domaine public (*R. Chapus, Droit administratif général, Montchrestien, 15e éd., 2001, T. 2, n° 613*), heurté par le droit à la prolongation du bail commercial (aboutissant à une stabilité incompatible avec la protection de l'affectation domaniale) ; à quoi s'ajouterait une contradiction entre le caractère personnel des titres d'occupation du domaine public et la cessibilité du fonds de commerce auquel le bail est attaché. Encore ces fondements juridiques ne sont-ils qu'intermédiaires ; si l'on décape le vernis du droit, apparaît indubitablement un motif financier. En effet, le Code de commerce n'interdit pas dans l'absolu la reprise du bien loué, au terme du bail commercial ; mais il impose le versement au preneur d'une indemnité d'éviction (*C. com.*, art. L. 145-14), à laquelle la personnalité publique du propriétaire et l'invocation d'un motif d'utilité publique ne permettent pas d'échapper (*C. com.*, art. L. 145-26). C'est dire que la jurisprudence du Conseil d'État a fondamentalement pour but, en excluant l'application du statut des baux commerciaux, d'éviter à l'Administration d'avoir à mettre la main à la poche pour reprendre possession de dépendances du domaine public occupées par des commerçants.

8. - Le caractère répulsif d'une telle jurisprudence vis-à-vis des occupants potentiels du domaine public a souvent été dénoncé (*V. par ex., R. Rézenthel, Le régime dérogatoire du droit administratif et l'insécurité juridique, facteurs d'instabilité pour les investissements dans les ports de plaisance : Dr. maritime français oct. 2010, n° 718, doctr., p. 817*), ses risques de contrariété avec le droit de l'Union européenne pointés (*R. Rézenthel, D. Blondel, L'avenir du bail commercial et le déclin de l'exception de la domanialité publique : JCP N 2001, p. 1388 s.*), comme son déphasage avec la « commercialité » croissante des actes administratifs (*V. sur le sujet, not., Fr. Brenet, La patrimonialisation des autorisations administratives - Réalités et implications : Dr. adm. 2007, chron. 14*). Mais, jusqu'à maintenant, rien n'y a fait ; tout s'est passé comme si les pouvoirs publics s'étaient désintéressés d'une situation qu'ils ont laissé pourrir sur pied.

3. Les perspectives de réforme

9. - Comment sortir de l'ornière ? Une première piste, la plus évidente, consisterait en une réécriture des textes (dispositions du Code de commerce et/ou du CGPPP) visant à élargir le champ d'application du statut des baux commerciaux, quitte à aménager les règles applicables pour arrondir les angles en inventant une espèce de « bail commercial administratif » (*R. Rézenthel, D. Blondel, préc.*) ; la question est toutefois de savoir si la création d'un régime *sui generis* apporterait aux commerçants la sécurité juridique qu'ils souhaitent. Sans aller jusque-là, l'on pourrait imaginer d'assouplir les règles en vigueur, d'une façon telle que le droit au renouvellement des titres domaniaux serait reconnu (l'absence de bail commercial se trouvant, de la sorte, compensée) ; l'évolution du droit des marchés publics - qui a dernièrement consacré une tacite reconduction auparavant exclue par la jurisprudence (*D. n° 2011-1000, 25 août 2011, art. 5 : BJCP 2011, p. 398, comm. Terneyre ; Contrats-Marchés publ. 2011, dossier 1 à 6 ; RLCT oct. 2011, comm. Caille. - V. CMP, art. 16*) - offre matière à réflexion.

10. - Il serait également loisible au juge d'assouplir sa jurisprudence, qu'il s'agisse d'un véritable revirement (admission du bail commercial sur le domaine public) ou de mouvements d'une ampleur moindre. D'une part, la Cour de cassation pourrait admettre - afin d'aplanir une partie des difficultés - la légalité des baux commerciaux conclus entre personnes privées sur le domaine public, tout en les déclarant inopposables aux personnes publiques (V. en ce sens, *CA Rennes, 21 oct. 1998, cassé par : Cass. 3e civ., 20 déc. 2000, Société Quimper Plaisance : Bull. civ. 2000, III, n° 194 ; JurisData n° 2000-007481 ; Cah. jur. coll. terr., n° 62, déc. 2001/janv. 2002, p. 18, comm. Rézenthel et Blondel ; D. 2001, act. jurispr., p. 480, obs. Rouquet et Rozès ; JCP N 2001, 1388, note Rézenthel et Blondel ; LPA 24 août 2001, p. 10, note Keita. - CA Montpellier, 7 janv. 2009, cassé par : Cass. 3e civ., 10 mars 2010, Société Le New Port, préc.). D'autre part, une systématisation des stipulations écartant le principe en vertu duquel l'occupant du domaine public n'a pas droit au renouvellement de son titre et ne saurait être indemnisé à raison du refus de renouvellement, paraît envisageable (sachant que la légalité de ces clauses est admise par le juge administratif : *CE, 20 juill. 1990, Duquesnoy : RD publ. 1992, p. 1549. - Auparavant, CE, 21 déc. 1979, n° 07583, Société civile immobilière de la rue Ambroise Croizat. - CE, 24 oct. 1986, SARL Simpa-location : Dr. adm. 1986, comm. 618. - V. aussi, CAA Lyon, 4 juin 1998, n° 94LY00425, Société Provincia. - CAA Marseille, 7 janv. 2010, n° 08MA00393, SARL ANTS*). De telles évolutions, susceptibles de se combiner à d'autres (songeons à l'éventuelle mise en oeuvre de l'action en reprise des relations contractuelles issue de l'arrêt « Béziers II » [*CE, 21 mars 2011, Commune de Béziers : GAJA, Dalloz, 19e éd., 2011, comm. n° 118*] à l'égard de décisions refusant de renouveler des **contrats** d'occupation du domaine public), s'accordent avec l'esprit du Code général de la propriété des personnes publiques, qui a dernièrement étendu le champ de l'indemnisation de l'occupant dont le titre est résilié (*CGPPP, art. R. 2125-5*). Encore faut-il savoir ce qui peut être indemnisé.*

11. - Le point délicat touche l'indemnisation de la perte d'un fonds de commerce. Elle est, pour l'heure, exclue : le Conseil d'État, liant bail commercial et fonds de commerce, considère en effet que l'occupant du domaine public ne saurait être propriétaire d'un fonds de commerce, puisqu'il ne peut légalement disposer d'un bail commercial (*CE, 19 janv. 2011, n° 323924, Cne Limoges : JurisData n° 2011-000410 ; JCP A 2011, act. 88 ; JCP A 2011, 2101 ; JCP A 2012, 2013, chron. Chamard-Heim. - CAA Marseille, 3 oct. 2011, Lionel A., préc.*). Si la boucle paraît bouclée, cette jurisprudence se heurte malgré tout à de sérieuses objections (*R. Rézenthel, Le fonds de commerce et la domanialité publique : Quot. jur. 22 déc. 1987, p. 2 ; L'exploitation du fonds de commerce sur le domaine public : vers la fin d'un malentendu : Gaz. Pal. 1998, 1, p. 196. - O. de David Beauregard-Berthier, Fonds de commerce et domaine public : AJDA 2002, p. 790 ; Le statut du commerçant installé sur le domaine public [Faut-il mettre fin à l'exclusion de l'exercice de la propriété commerciale sur le domaine public ?] : AJDI 2005, p. 633 ; L'activité commerciale sur la plage : le commerçant plagiste peut-il être considéré comme propriétaire d'un fonds de commerce ? : JCP A 2007, 2103*). Relevons, entre autres, l'indépendance relative du droit au bail et du fonds de commerce ; le fait qu'en droit privé, l'existence de conventions précaires n'exclut pas celle du fonds de commerce ; ou encore, la légalité des clauses d'agrément du repreneur dans les baux commerciaux, qui nuance l'opposition entre ces derniers et les autorisations administratives.

12. - La position du juge administratif s'appuie - encore que la motivation des décisions demeure elliptique (V. cependant : *TA Dijon, 2 févr. 2006, Société Les Lions d'or : AJDA 2006, p. 1437, note Rousset*) - sur l'idée d'après laquelle l'occupant du domaine public ne saurait avoir de clientèle personnelle (donc, de fonds de commerce), parce que l'attractivité du commerce exploité sur le domaine public tient à la situation des lieux et non aux qualités du commerçant (position parfaitement exprimée jadis par Marcel Waline : *note sous Trib. civ. Seine, 10 juin 1929, Chem. de fer du Nord : D. 1929, II, p. 135 ; Notes d'arrêts, Dalloz, 2006, vol. III, p. 130*). Or, on a la faiblesse de penser que dans bien des cas - l'examen des espèces à l'origine de nombre d'arrêts rendus en la matière le montre -, le succès d'un commerce installé sur le domaine public ne doit pas tant à l'emplacement qu'aux qualités professionnelles de l'occupant. Au reste, l'emplacement du commerce vaut son poids en droit privé aussi, mais il n'a jamais exclu l'existence d'un fonds (il entre simplement en ligne de compte dans le calcul de sa valeur). Et le caractère absolument déterminant de l'emplacement n'a pas empêché le législateur d'admettre l'existence d'un fonds de commerce dans les marchés d'intérêt national (ce qui permet aux commerçants d'avoir accès au nantissement : *C. com., art. L. 761-9. - C. Vilar, Fonds de commerce et marché d'intérêt national : RTD com. 1973, p. 27*).

13. - La jurisprudence repose ainsi sur un socle friable et les fissures qui la traversent témoignent incontestablement d'un malaise. Car les juridictions judiciaires, Cour de cassation en tête, reconnaissent à l'occasion l'existence de fonds de commerce sur le domaine public (V. par ex. : *Cass. Ire civ., 15 mai 2001 : Bull. civ. 2001, I, n° 137 ; Dr. adm., hors série, déc. 2001, comm. 417, 2e arrêt. - Cass. com., 9 avr. 2002, n° 00-10.364. - Cass. com., 5 juill. 2006 : Bull. civ. 2006, IV, n° 339*) ; certaines juridictions administratives n'y trouvent pas davantage à redire (V. par ex., *CAA Bordeaux, 6 nov. 2008, n° 08BX00575, Ville de Limoges. - CAA Douai, 3 févr. 2011, n° 09DA01327, Léandre A. - CAA Marseille, 7 févr. 2011, n° 10MA02344, Brigitte B*) et le Conseil d'État lui-même se laisse parfois aller à l'admettre (V. par ex., *CE, 4 mars 1991, Palanque : Rec. CE 1991, p. 976 ;*

D. 1992, somm. p. 379, obs. Bon. - CE, ord., 20 janv. 2005, n° 276475, Commune de Saint-Cyprien).

14. - Un élément semble de nature à faire évoluer les esprits : le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En l'état, le juge administratif considère que l'occupant privatif du domaine public ne saurait utilement invoquer l'article 1er du Protocole additionnel n° 1 - relatif au droit au respect des biens - dès lors qu'il ne dispose pas d'un fonds de commerce (CAA Marseille, 12 juin 2006, Société Ruban Bleu, Société Helios Plage, SARL La Joliette : JCP A 2007, 2141. - CAA Marseille, 4 févr. 2008, SARL La Joliette, Crampe : JCP A 2008, 2277, chron. Deliancourt). Mais il est peu probable que ce point de vue résiste longtemps, quand on sait notamment que la cour de Strasbourg protège l'existence d'une clientèle propre (V. par ex., CEDH, 26 juin 1986, Van Marle c/ Pays-Bas : série A n° 101. - CEDH, 25 mars 1999, Iatridis c/ Grèce : JCP 2000, I, 202, obs. Sudre) et qu'elle conclut à la violation de l'article 1er du Protocole n° 1 lorsqu'une indemnité versée à l'occupant régulier du domaine public ne compense pas les pertes d'exploitation liées à l'interruption de son titre (CEDH, 26 avr. 2011, n° 32521/05, Di Marco c/ Italie : RLDC oct. 2011, p. 56, note Parance). Il est permis de douter, plus généralement, que les droits de l'occupant régulier puissent rester hors du champ de la protection conventionnelle devant les juridictions nationales, quand le juge européen admet que même l'occupant sans titre puisse en bénéficier (V. par ex. : CEDH, 30 nov. 2004, Öneriyildiz : GACEDH, Dalloz, 6e éd., 2011, n° 66, comm. Marguénaud).

15. - Il y a tout lieu de penser que, si la Cour européenne venait à être saisie par un occupant du domaine public évincé, estimant disposer d'une véritable clientèle et contestant un refus d'indemnisation à raison de sa perte, s'enclencherait un processus qui aboutirait à ruiner un édifice jurisprudentiel qui penche déjà comme la Tour de Pise : la reconnaissance du bénéfice de l'article 1er du Protocole n° 1 à l'occupant du domaine public qui disposerait - vérification faite, *in concreto* - d'une clientèle propre, ferait tomber l'exclusion du fonds de commerce et imposerait par cela même une réflexion relative aux baux commerciaux.

16. - Il n'est donc que temps d'ouvrir le chantier de la réforme. Sans doute sera-t-il plus difficile pour le juge administratif de se livrer à un examen au cas par cas que de rejeter en bloc l'existence d'une « propriété commerciale » (pour reprendre une expression usuelle - juridiquement inexacte, mais parlante - que la Cour de cassation écrit en italiques : Cass. 3e civ., 18 mai 2005 : Bull. civ. 2005, III, n° 129 ; AJDI 2005, p. 902, note Dumont ; JCP E 2005, 1733, n° 11, obs. Kenfack ; RJ com. 2005, p. 321, note Auque) ; mais, après tout, c'est le lot quotidien du juge judiciaire. Une remise en cause des solutions anciennes ne serait pas neutre, non plus, pour les finances publiques ; en retour, elle pourrait néanmoins justifier (comme certains auteurs l'ont relevé) une réévaluation des redevances domaniales.

17. - On voit ainsi, à travers cet exemple, que le passage à une vision « propriétaire » du droit des biens publics implique de profondes mutations, qui dépassent de beaucoup le cadre du CGPPP : il s'agit véritablement d'un changement de modèle économique.