

Domaine public - Fonds de commerce sur le domaine public : la loi Pinel n'est applicable qu'aux nouveaux entrants - Commentaire par Pascal DEVILLERS

Document: Contrats et Marchés publics n° 1, Janvier 2015, comm. 12

Contrats et Marchés publics n° 1, Janvier 2015, comm. 12

Fonds de commerce sur le domaine public : la loi Pinel n'est applicable qu'aux nouveaux entrants

Commentaire par Pascal DEVILLERS

Domaine public

[Accès au sommaire](#)

Maintenant sa jurisprudence selon laquelle aucun fonds de commerce n'a pu être légalement créé sur le domaine public – avant la loi *Pinel* – le Conseil d'État précise néanmoins les modalités d'indemnisation du préjudice subi par l'exploitant auquel l'Administration a laissé croire qu'il était titulaire d'un bail commercial sur une dépendance du domaine public ou qui a résilié un tel titre avant terme.

CE, 24 nov. 2014, n° 352402, Sté des remontées mécaniques Les Houches-Saint-Gervais :JurisData n° 2014-028920 (sera publié au Recueil Lebon)

- (...) 2. Considérant qu' 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 ; que, lorsque l'autorité gestionnaire du domaine public conclut un « bail commercial » pour l'exploitation d'un bien sur le domaine public ou laisse croire à l'exploitant de ce bien qu'il bénéficie des garanties prévues par la législation sur les baux commerciaux, elle commet une faute de nature à engager sa responsabilité ; que cet exploitant peut alors prétendre, sous réserve, le cas échéant, de ses propres fautes, à être indemnisé de l'ensemble des dépenses dont il justifie qu'elles n'ont été exposées que dans la perspective d'une exploitation dans le cadre d'un bail commercial ainsi que des préjudices commerciaux et, le cas échéant, financiers qui résultent directement de la faute qu'a commise l'autorité gestionnaire du domaine public en l'induisant en erreur sur l'étendue de ses droits ;
- 3. Considérant que si, en outre, l'autorité gestionnaire du domaine met fin avant son terme au bail commercial illégalement conclu en l'absence de toute faute de l'exploitant, celui-ci doit être regardé, pour l'indemnisation des préjudices qu'il invoque, comme ayant été titulaire d'un contrat portant autorisation d'occupation du domaine public pour la durée du bail conclu ; qu'il est à ce titre en principe en droit, sous réserve qu'il n'en résulte aucune double indemnisation, d'obtenir réparation du préjudice direct et certain résultant de la résiliation unilatérale d'une telle convention avant son terme, tel que la perte des bénéfices découlant d'une occupation conforme aux exigences de la protection du domaine public et des dépenses exposées pour l'occupation normale du domaine, qui auraient dû être couvertes au terme de cette occupation ;

- 4. Considérant, en revanche, qu'eu égard au caractère révocable et personnel, déjà rappelé, d'une autorisation d'occupation du domaine public, celle-ci ne peut donner lieu à la constitution d'un fonds de commerce dont l'occupant serait propriétaire ; que 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 ; que, 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 tel fonds ;

- 5. Considérant qu'il ressort des termes de l'arrêt attaqué que la cour administrative d'appel de Lyon a relevé que la société Champenoise avait acquis auprès de la société Le Refuge un « fonds de commerce », comprenant notamment un droit à un « bail commercial », pour un montant de 137 000 euros, et qu'en « l'agréant » en qualité de cessionnaire de ce « fonds », l'autorité gestionnaire du domaine public l'avait induite en erreur sur l'existence d'un bail commercial et avait ainsi commis une faute de nature à engager sa responsabilité, sans que la société Champenoise ne puisse être regardée comme ayant elle-même commis une faute ; que, pour déterminer les conditions dans lesquelles la société Champenoise pouvait prétendre être indemnisée des conséquences préjudiciables de la faute commise par le gestionnaire du domaine, elle a jugé qu'il y avait lieu de considérer que, dans l'hypothèse où le gestionnaire du domaine ne l'aurait pas induite en erreur, elle aurait acquis pour 137 000 euros un fonds de commerce qu'elle aurait été susceptible de revendre à la date de la rupture de ses relations avec le gestionnaire du domaine, pour un montant qu'elle a évalué à 500 000 euros ; qu'elle a dès lors fixé à 363 000 euros le montant de l'indemnité à laquelle pouvait prétendre la société Champenoise, en jugeant que le préjudice patrimonial correspondant à la perte d'un élément d'actif était le seul préjudice indemnisable ; qu'en statuant ainsi, la cour administrative d'appel de Lyon, qui a méconnu les conditions d'indemnisation définies aux points 2 et 3 ci-dessus, a commis une erreur de droit ; qu'ainsi, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi principal, la société LH-SG est fondée à demander l'annulation des articles 2, 3 et 4 de l'arrêt attaqué ; (...)

Note :

Le droit appartenant à l'Administration de résilier un contrat pour un motif d'intérêt général, « règle générale applicable aux contrats administratifs » (CE, ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval* : Rec. CE 1958, p. 246), qui existe indépendamment même des stipulations contraires qu'il comporterait (CE, 6 mai 1985, n° 41589, *Assoc. Eurolat CFF* : *JurisData* n° 1985-040913 ; Rec. CE 1985, p. 141 ; RFDA 1986, p. 21, concl. B. Genevois ; AJDA 1985, p. 620, note E. Fatôme et J. Moreaux) a pour contrepartie le droit du cocontractant à la « réparation de l'intégralité du dommage causé » (CE, sect., 15 juill. 1959, *Sté Alcools Vexin* : Rec. CE 1959, p. 451 ; RD publ. 1960, p. 325, note Waline). Ce droit à indemnisation existe, malgré leur caractère essentiellement précaire et révocable, pour les conventions d'occupation domaniale (CE, 27 nov. 1946, *Sté des Chaux et Ciments hydrauliques d'Algérie* : Rec. CE 1946, p. 280). Mais jusque l'intervention du législateur en 2014 (L. n° 2014-626, 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises dite Loi Pinel : JO 19 juin 2014, p. 10105), l'occupant ne pouvait, selon le Conseil d'État, eu égard à ses caractéristiques précitées, mais aussi aux conditions d'indemnisation en cas d'éviction d'un fonds de commerce prévues par le Code de commerce (C. com., art. L. 145-14), susceptibles de rigidifier la gestion du domaine, ni y être titulaire d'un bail commercial, ni, dès lors, créer de fonds de commerce sur le domaine public (CE, 28 avr. 1965, *Sté X* : Rec. CE 1965, p. 2466 ; AJDA 1965, p. 655, note J. Lamarque. – CE, sect., 21 déc. 1977, *Min. éco. et fin. c/ Sté anonyme X* : Rec. CE 1977, p. 522), à la différence sur ce dernier point du juge judiciaire (Cass. com., 14 oct. 1965, : Bull. civ. 1965, IV, n° 499. – Cass. com., 7 mars 1978, *Dame Pestel-Cullerier c/ Dame Leclerc-Petit* : Bull. cass. 1978, IV, n° 84, p. 69) admettant que le commerçant puisse, bien qu'implanté sur le domaine public, constituer une clientèle propre. Le Conseil d'État juge ainsi, formule reprise dans le présent arrêt, « qu'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 ». De cette impossibilité découle nécessairement que l'occupant du domaine public, bien qu'ayant cru pouvoir se prévaloir de tels droits, « ne peut demander la réparation de préjudices tenant à la perte du fonds de commerce allégué » mais seulement du préjudice né de la résiliation pour motif d'intérêt général de la convention d'occupation du domaine public dont il était titulaire, 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, qui auraient dû être couvertes au terme de cette occupation (CE, 31 juill. 2009, n° 316534, *Sté Jonathan loisirs* : *JurisData* n° 2009-006579 ; Rec. CE 2009, tables, p. 739 ;

BJCP 2009, p. 482, concl. N. Boulouis. – CE, 19 janv. 2011, n° 323924, Cne Limoges : JurisData n° 2011-000410).

La reconnaissance de l'exploitation du fonds de commerce sur le domaine public – et non d'un droit au bail - est intervenue au bénéfice de la loi dite *Pinel* du 18 juin 2014 (V., éclairant sur les fondements de cette jurisprudence administrative, les motifs de sa remise en cause et la genèse de la loi : *C. Chamard-Heim et P. Yolka, La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public : AJDA 2014, p. 1641*). Le législateur a toutefois exclu du champ des nouvelles dispositions le domaine public naturel (*CGPPP, art. L. 2124-35*). La seule condition posée par la loi est que l'occupant à titre privatif dispose d'une clientèle propre (rédaction du nouvel 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* »). Le fonds de commerce ne pourrait donc être regardé comme étant constitué si la clientèle du commerce se limite à celle attirée par les seules caractéristiques du domaine public concerné, n'est pas distincte de celle attachée à la situation des lieux. Dans l'arrêt commenté, si la Haute juridiction se refuse à toute reconnaissance antérieure à la loi de l'existence de fonds de commerce sur le domaine public, elle réajuste toutefois le mode d'appréciation de l'indemnisation de l'occupant du domaine qui, *de facto*, se comportait comme exploitant un tel fonds au vu et au su du gestionnaire du domaine, voire, comme en l'espèce, compte tenu des apparences créées par celui-ci.

La société concessionnaire du service public des remontées mécaniques sur les communes des Houches et de Saint-Gervais avait conclu, en 1994, un « bail commercial », en vue de l'exploitation d'un restaurant dans les locaux d'une gare de télécabine avec la société Le Refuge. Celle-ci a cédé en 2001 le « fonds de commerce » comprenant le droit au bail à la société Champenoise. En 2002, le « bail commercial » est renouvelé pour neuf ans. En 2006, la société concessionnaire des remontées mécaniques, devant effectuer des travaux d'ampleur entraînant la destruction de la gare, a mis fin sans indemnité à l'exploitation du restaurant de la société Champenoise au motif qu'elle n'était titulaire d'aucun bail commercial et occupait la dépendance domaniale à titre précaire et révocable. Par un jugement de 2010, le tribunal administratif de Grenoble a condamné la société concessionnaire à verser à la société Champenoise une indemnité de 377 578 euros en réparation du préjudice subi, indemnité ramenée à la somme de 363 000 euros par la cour administrative d'appel de Lyon.

La cour retient que le concessionnaire des remontées mécaniques, qui a expressément agréé le cessionnaire du fonds de commerce, a « induit les parties au contrat de vente du fonds en erreur sur l'existence d'un droit à un bail commercial dont le prix a été fixé en fonction des garanties données au preneur par les articles L. 145-4 et suivants du Code de commerce ». La cour relève que si elle avait eu conscience d'acquérir ce fonds exploitable sous le régime d'une convention domaniale sans garantie de renouvellement, la société champenoise n'aurait accepté de déboursier qu'une somme bien plus modique. La société champenoise a donc « déployé une activité commerciale en pure perte » et doit être indemnisée de la perte d'actif représentative de la différence entre, d'une part, la valeur d'acquisition du fonds fin 2001 et, d'autre part, la valeur du même fonds estimée au mois de juin 2006 correspondant au prix auquel cet élément d'actif aurait pu être revendu si l'exploitant avait investi dans un fonds bénéficiant effectivement d'un bail commercial. La cour refuse en revanche d'indemniser « la perte ou l'indisponibilité du matériel de restauration dont la valeur est réduite à néant sans l'élément essentiel du fonds de commerce constitué par le droit au bail » et la perte des bénéfices escomptés du mois de juin 2006 au 31 décembre 2011 (terme du bail), qui « ne découle pas directement de cette faute et ne saurait être indemnisée, alors même que le « bail commercial » renouvelé à compter du 1er janvier 2003 serait requalifié en convention d'occupation domaniale ».

Saisie du litige en cassation, la Haute juridiction précise donc que les dispositions de l'article L. 124-32-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, issu de la loi *Pinel*, « 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 » (*consid. 4*). Par conséquent, l'occupant du domaine qui exploitait sous couvert 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 tel fonds ». Admettre l'inverse eût sans doute, notamment, créé certaines inégalités entre des titulaires de fonds de commerce constitués au bénéfice de redevances d'occupation calculées sans tenir compte de ce facteur d'enrichissement et celles susceptibles d'être ajustées en fonction de cette opportunité.

Mais cet exploitant induit en erreur sur son statut et la protection juridique qui est la sienne, n'est pas privé de toute indemnisation. Les considérants 2 et 3 explicitent de façon didactique les droits à indemnisation de l'occupant, en distinguant selon que le préjudice résulte de l'exploitation sous de faux-semblants, ou de la résiliation du « bail »/titre détenu par l'occupant.

Si le gestionnaire du domaine a conclu un « bail commercial » avec l'occupant, ou lui a laissé croire « qu'il bénéficie des garanties prévues par la législation sur les baux commerciaux », ce comportement est constitutif d'une faute de nature à engager sa responsabilité. L'exploitant qui aurait ainsi escompté des profits supérieurs à ceux inhérents à la nature réelle de son exploitation, aurait alors pu engager des dépenses ou réaliser des emprunts disproportionnés eu égard à la réalité de son statut d'exploitant, dont il a droit d'être indemnisé. Il peut donc « prétendre, sous réserve, le cas échéant, de ses propres fautes, à être indemnisé de l'ensemble des dépenses dont il justifie qu'elles n'ont été exposées que dans la perspective d'une exploitation dans le cadre d'un bail commercial ainsi que des préjudices commerciaux et, le cas échéant, financiers qui résultent directement de la faute qu'a commise l'autorité gestionnaire du domaine public en l'induisant en erreur sur l'étendue de ses droits ». Il ne sera pas forcément aisé dans le cadre de tels litiges d'apprécier si telle ou telle dépense se rattache véritablement au statut d'occupant « simple » du domaine public ou d'occupant se croyant titulaire d'un tel bail commercial et propriétaire d'un fonds de commerce, le titulaire ayant dans les deux hypothèses le souhait d'en accroître la commercialité.

La résiliation avant terme du (faux) bail commercial est d'approche plus classique. En l'absence d'admission de l'existence d'un fonds de commerce, elle ne permet pas d'indemniser, comme l'a retenue la cour, une perte d'actifs consistant en la différence entre la valeur d'acquisition du fonds fin 2001 et la valeur – estimée – de revente du restaurant à la date de la résiliation en 2006. L'exploitant, donc seulement titulaire d'un contrat portant autorisation d'occupation du domaine public pour la durée du bail conclu, a droit, « sous réserve qu'il n'en résulte aucune double indemnisation, d'obtenir réparation du préjudice direct et certain résultant de la résiliation unilatérale d'une telle convention avant son terme, tel que la perte des bénéfices découlant d'une occupation conforme aux exigences de la protection du domaine public et des dépenses exposées pour l'occupation normale du domaine, qui auraient dû être couvertes au terme de cette occupation ». Comme dans la décision *Jonathan loisirs* précitée, la réparation du préjudice peut ainsi prendre en compte la perte d'éléments certes dissociables, mais néanmoins constitutifs d'un fonds de commerce, tels la valeur de la licence acquise pour la vente de boissons et « l'impossibilité d'amortir totalement les éléments d'ameublement [du] patrimoine ». Demeurent en revanche exclus de l'indemnisation les éléments essentiels du fonds de commerce, évidemment le droit au bail en toute hypothèse inexistant mais, surtout, la perte de la clientèle.

Mots clés : Domaine public. - Fonds de commerce. - Exploitation . - Autorisation (non)

© LexisNexis SA

Copyright © 2017 LexisNexis. Tous droits réservés.