

Fonds de commerce et domaine public : des clarifications bienvenues

- Selon le Conseil d'État, la résiliation d'une convention d'occupation du domaine public pour motif d'intérêt général entraîne en principe l'indemnisation de l'occupant.
- Néanmoins, celui-ci ne peut invoquer la perte d'un fonds de commerce.
- Cet arrêt vient clarifier des questions aux implications pratiques non négligeables au regard de l'importance croissante attachée à la valorisation du domaine public.

Auteur

Xavier Bigas, avocat à la Cour

Référence

CE 7^e et 2^e ss-sect., 31 juillet 2009, Société Jonathan Loisirs, n° 316534, à paraître aux Tables

Mots clés

Valorisation du domaine • Occupation privée • Fonds de commerce • Clientèle • Bail commercial • Résiliation • Occupant • Indemnisation •

Dans un arrêt récent⁽¹⁾, le Conseil d'État est venu clarifier des questions aux implications pratiques non négligeables au regard de l'importance croissante attachée à la valorisation du domaine public : l'impossibilité d'y constituer un fonds de commerce et les droits indemnitaires de l'occupant en cas de résiliation pour motif d'intérêt général de la convention. L'arrêt procède à une clarification bienvenue, mettant fin à une incertitude emprunte d'insécurité juridique.

I. L'impossibilité de créer un fonds de commerce sur le domaine public

A) Un état du droit incertain

La jurisprudence n'était pas très claire sur cette question. Remettant en cause une solution implicite antérieure⁽²⁾, le Conseil d'État avait exclu la constitution d'un fonds de commerce sur le domaine public en raison du caractère précaire et révocable de l'occupation⁽³⁾. Dans le même sens, l'occupant ne pouvait y exercer la propriété commerciale⁽⁴⁾.

Mais la Cour de cassation avait jugé que l'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public était possible⁽⁵⁾.

Extrait

CE 31 juillet 2009, Société Jonathan Loisirs, n° 316534

« Considérant que, si l'autorité domaniale peut mettre fin avant son terme à un contrat portant autorisation d'occupation du domaine public pour un motif d'intérêt général et en l'absence de toute faute de son cocontractant, ce dernier est toutefois en droit d'obtenir réparation du préjudice résultant de cette résiliation unilatérale dès lors qu'aucune stipulation contractuelle n'y fait obstacle ;

[...] Considérant [...] qu'en l'absence de clause contraire, la société requérante est en droit, par suite, d'obtenir 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, qui auraient dû être couvertes au terme de cette occupation ; Considérant [...] qu'en l'absence de clause contraire, 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 ; que la Société Jonathan Loisirs ne peut donc demander la réparation de préjudices tenant en la perte du fonds de commerce allégué. »

(1) CE 7^e et 2^e ss-sect., 31 juillet 2009, Société Jonathan Loisirs, n° 316534 : à paraître aux tables.

(2) CE 4 juin 1958, Sieur Tbssounian : Lebon, p. 307 ; J.-F. Caumette, *La rareté en droit public*, éd. L'Harmattan, p. 213.

(3) CE ass. 28 avril 1965, Asso. T. : AJDA, 1965, p. 655, note L. Lamarque — CE sect. 21 décembre 1977, *Ministre de l'économie et des finances* : Lebon, p. 522 — CAA Bordeaux, 4 novembre 1997, *Secrétaire d'État auprès du ministre de l'économie et des finances, chargé du budget*, n° 95BX01214 : Lebon T., p. 809 — CAA Bordeaux 19 mai 2005, *Cne de Fouras*, n° 00BX02592

(4) TC 12 décembre 1942, *Sté méditerranéenne de combustibles* : Lebon, p. 320.

(5) Cass. com., 7 mars 1978, *Pestel-Cullerier* : Bull. civ. IV, n° 84 — *Solution implicite Cass. civ. 9 avril 2002, Richard et Sté HBI et a.*, n° 00-10.364.

Quant au Conseil d'État, après plusieurs arrêts qui évoquaient cette question sans statuer expressément⁽⁶⁾, il avait, semble-t-il, infléchi sa jurisprudence et refusé d'admettre l'existence d'un fonds de commerce, non pas en raison de la précarité inhérente à l'occupation du domaine public, mais du fait de l'absence de clientèle propre⁽⁷⁾. Une telle solution était conforme à l'analyse du juge judiciaire qui recherche l'existence d'une clientèle autonome⁽⁸⁾. La constitution d'un fonds de commerce pouvait néanmoins être difficile à démontrer, surtout pour le cas où l'exercice d'une activité de service public, dans laquelle la clientèle n'était pas propre au délégataire⁽⁹⁾, se juxtaposait à l'occupation privative du domaine.

Plusieurs juges du fond, ne statuant pas directement sur cette question, semblaient également ne pas contester cette possibilité⁽¹⁰⁾.

D'autres l'admettaient expressément⁽¹¹⁾ avec les conséquences indemnitaires que cela pouvait avoir en cas de résiliation⁽¹²⁾. Plusieurs arguments militaient en ce sens. Tout d'abord, le code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) était totalement silencieux sur ce point et ne contenait aucune interdiction expresse. De plus, l'incompatibilité d'un bail commercial avec l'occupation du domaine public⁽¹³⁾ ne constituait pas un écueil sérieux, un fonds de commerce pouvant exister sans droit au bail⁽¹⁴⁾.

En dépit des conclusions du rapporteur public et d'une tendance doctrinale favorable à la position de la Cour de cassation⁽¹⁵⁾, le Conseil d'État a affirmé que l'occupant du domaine public ne pouvait y constituer un fonds de commerce dont il serait le propriétaire, dans des termes dénués d'ambiguïté.

B) Une clarification nécessaire

Pour refuser à l'occupant le droit de créer un fonds de commerce sur le domaine public, le Conseil d'État s'est tout d'abord fondé sur le caractère révocable de l'occupation. La constitu-

tion d'un fonds de commerce se serait assez mal accommodée du caractère révocable de l'occupation et, plus précisément, de l'absence de droit au renouvellement de la convention d'occupation domaniale⁽¹⁶⁾. En effet, *quid* du sort du fonds de commerce constitué sur le domaine public à l'échéance de la convention d'occupation ? Sa perte aurait dû être indemnisée sans que des clauses puissent y faire échec⁽¹⁷⁾ alors que le non-renouvellement de l'occupation n'a, en principe, aucune conséquence indemnitaire pour le gestionnaire du domaine. Par ailleurs, la précarité n'est pas la règle en matière de baux commerciaux : elle n'est admise que dans des circonstances très particulières et extérieures aux parties⁽¹⁸⁾.

L'incessibilité de principe inhérente à l'occupation domaniale⁽¹⁹⁾, qui pourrait être renforcée pour le cas où le terrain d'assiette servirait à l'exploitation d'une activité de service public en vertu de la jurisprudence récente de la Cour de justice des Communautés européennes qui remet en cause les cessions de contrat⁽²⁰⁾, a également été prise en compte, sans surprise. En effet, alors qu'un fonds de commerce doit pouvoir être librement cédé, il n'en va pas de même d'une convention d'occupation domaniale.

Le caractère personnel de l'occupation a aussi été invoqué. La gestion du domaine public aurait en effet été difficilement conciliable avec les possibilités offertes au propriétaire du fonds de commerce d'en confier la gestion à un tiers, par exemple par le biais d'un contrat de location-gérance.

Enfin, la question de l'existence d'une clientèle propre n'est même pas évoquée par la Haute Juridiction administrative. Cela peut s'expliquer par la volonté du Conseil d'État de se fonder uniquement sur le caractère révocable, non cessible et personnel de l'occupation et de réaffirmer ainsi des principes fondamentaux de la gestion domaniale.

Si la solution retenue ne permet pas à l'occupant d'obtenir une indemnité d'éviction découlant de la perte d'un fonds de commerce en cas de non-renouvellement de la convention d'occupation ou de résiliation, elle lui garantit néanmoins des droits indemnitaires.

II. Conséquences indemnitaires de la résiliation d'une convention d'occupation domaniale pour motif d'intérêt général

Le Conseil d'État considère que la décision de résiliation pour motif d'intérêt général doit être compensée financièrement. Ainsi, si le gestionnaire du domaine public conserve le pouvoir d'en disposer sans que lui soit opposée l'existence d'un fonds

(6) CE 4 février 1976, *Sté Établissements Omer-Decugis*, n° 91460 – CE 25 novembre 1981, *Cne de La-Roche-sur-Foron*: Lebon T., p. 744 – CE 15 février 1980, *Ondel*, n° 16545.

(7) CE 20 janvier 2005, *Cne de Saint-Cyprien*, n° 276475: O. de David *Beauregard-Berthier*, « L'activité commerciale sur la plage: le commerçant plagiste peut-il être considéré comme propriétaire d'un fonds de commerce ? » JCPA, n° 16, 16 avril 2007, 2103.

(8) Cass. req. 23 octobre 1934: S. 1934, 1, p. 392 – Cass. 3^e civ. 19 mars 2003, *Cne d'Orcières*: Bull. civ. III, n° 66 – Cass. 3^e civ., 5 février 2003, D. 2003, p. 910.

(9) Cass. civ. 24 juillet 1941: D. 1943, p. 69, note M. Waline.

(10) CAA Nantes 9 novembre 1995, *Sté des comptoirs des produits laitiers*, n° 93NT00817 – CAA Paris 28 juin 1996, *SARL Kiscal*, n° 94PA01219 – CAA Lyon 7 juillet 1998, *Sté Giraudy*, n° 97LY01242 – CAA Marseille 16 septembre 2003, *Partouche*, n° 01MA01008 – CAA Marseille 10 janvier 2005, *Sté Majeyda*, n° 01MA02005 – CAA Douai, 29 avril 2003, *Maillet*, n° 00DA00788.

(11) CAA Marseille 23 novembre 2004, *SARL Les Sunlights*, n° 01MA02186.

(12) CAA Bordeaux 6 novembre 2008, *Ville de Limoges*, n° 08BX00575.

(13) CE sect. 22 avril 1977, *Michaud*: Lebon, p. 185 – CE 25 janvier 1985, *Ville de Grasse*, n° 42898.

(14) Cass. civ. 25 novembre 1957, *Baudouin*: D. 1958, p. 389 – Cass. 1^{re} civ., 11 juin 1968: D. 1968, p. 1 note P. Voirin – Cass. com. 27 avril 1993, *Consorts Schertzer*: RTD com., p. 488.

(15) R. Rezenhél, « L'ovenir du bail commercial et le déclin de l'exception de la domanialité publique », JCP E, n° 46, 15 octobre 2001, p. 1807; O. de David-Beauregard-Berthier, « Fonds de commerce et domaine public », AJDA, 2002, p. 790, et « 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.

(16) CE 24 novembre 1993, *SA Atlantique bâtiments construction*, n° 124933 et 124934 – CE 14 octobre 1991, *Helte*: Lebon T., p. 927 – CE 29 janvier 1964, *Caillon et SA Montparnasse actualités*: AJDA, 1964 II p. 377; P. Lignières, *Partenariats publics-privés*, Éd. Litec, n° 117; J. Dufau, *Le Domaine public*, Éd. Le Moniteur, 5^e éd., n° 331 – D. Casas, *concl. sous CE ass. 4 novembre 2005*, Sté J.-C. Decaux, n° 247298 et 247299: Lebon, p. 476.

(17) Art. L. 145-14 et s. du code de commerce.

(18) O. de David *Beauregard-Berthier*, AJDA, 2002, op. cit.

(19) CE 10 mai 1989, *Munoz*: Lebon, p. 675 – CE 6 novembre 1998, *Asso. amicale des bouquinistes des quais de Paris*: Lebon, p. 893.

(20) CJCE 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, aff. C-454/06: Contrats marchés publ., 2008, repère 9, F. Liorens et P. Soler-Couteaux; Droit administratif, n° 10, octobre 2008, comm. 132, note R. Noguellou.

de commerce, les conséquences indemnitaires de sa décision sont réelles.

A) La confirmation des droits indemnitaires de l'occupant

Tous les contrats administratifs impliquent pour l'administration contractante le pouvoir de résilier unilatéralement et de manière anticipée, que ce soit pour faute du cocontractant ou pour motif d'intérêt général⁽²¹⁾, même en cas de stipulations contraires⁽²²⁾, sous réserve de droits indemnitaires du cocontractant de l'administration⁽²³⁾. La question nécessitait néanmoins une clarification pour l'occupation du domaine public, concédée à titre précaire et sans aucun droit indemnitaire à son échéance⁽²⁴⁾.

Certes, il a déjà été jugé que l'occupant a droit à être indemnisé lorsque l'administration modifie ou révoque le contrat d'occupation avant l'échéance normale pour un motif d'intérêt général⁽²⁵⁾. Mais, malgré les apports du droit européen en matière d'expropriation⁽²⁶⁾, la solution n'est pas évidente. Ainsi, le Conseil d'État a réservé le cas de la désaffectation générale du domaine⁽²⁷⁾. De plus, le droit à indemnité de l'occupant a été écarté en l'absence de durée déterminée de la convention⁽²⁸⁾. La différence de traitement entre titulaire d'une autorisation unilatérale d'occupation et cocontractant de l'administration jette également le trouble. Enfin, les textes semblent circonscrire cette possibilité d'indemnisation à la constitution de droits réels⁽²⁹⁾.

Suivant le raisonnement du rapporteur public selon lequel le caractère précaire et révocable de l'occupation permet au gestionnaire du domaine d'y mettre un terme sans exclure un droit à indemnisation, l'arrêt met donc fin à toute incertitude. Hors stipulation expresse l'excluant, une indemnité est due, sous réserve des justificatifs appropriés, en cas de résiliation pour motif d'intérêt général d'une convention d'occupation du domaine public. En outre, le Conseil d'État laisse aux parties la possibilité de supprimer le droit à indemnisation. Cela peut étonner dès lors que le pouvoir de résiliation ne saurait être retiré contractuellement⁽³⁰⁾. Or, tant la possibilité pour

l'administration de mettre un terme au contrat de manière anticipée que les droits indemnitaires de son cocontractant, destinés à compenser ce pouvoir, trouvent leur fondement dans la théorie générale des contrats administratifs, hors de tout cadre contractuel. Les gestionnaires du domaine y seront vraisemblablement attentifs et ce point fera sans doute l'objet d'une négociation avec l'occupant pressenti. Les conditions d'une telle négociation pourraient néanmoins être ardues pour l'opérateur privé dans l'hypothèse où le gestionnaire déciderait d'organiser une procédure d'attribution préalable pour départager les candidats éventuels.

B) Les critères d'évaluation de l'indemnité

Après avoir évoqué le caractère direct et certain du préjudice, le Conseil d'État vise, assez classiquement, les bénéfices manqués (*lucrum cessans*) et les dépenses supportées (*damnum emergens*). Mais il tient compte des spécificités de l'occupation domaniale puisque les gains sont ceux réalisés en cas d'exploitation conforme à la convention et les pertes doivent découler de l'utilisation normale du domaine.

D'une part, malgré la prohibition de constituer un fonds de commerce sur le domaine public, le Conseil d'État accepte d'indemniser l'occupant de certains de ses accessoires. Il admet une indemnisation pour perte de la licence III, dès lors qu'elle ne peut être transférée, alors qu'il s'agit d'un élément accessoire du fonds de commerce⁽³¹⁾. Cela s'explique sans doute par la valeur patrimoniale propre à cet élément⁽³²⁾. Il admet également l'indemnisation d'éléments corporels du fonds de commerce, non encore amortis.

D'autre part, même si le principe de l'indemnisation est admis, il n'en demeure pas moins qu'aucune indemnité d'éviction ne peut être obtenue par l'occupant en cas de résiliation de la convention, dès lors que la constitution d'un fonds de commerce n'est pas possible.

Conclusion

L'arrêt Société Jonathan Loisirs suscitera nécessairement la critique des opérateurs privés en raison de l'impossibilité qui en découle de constituer un fonds de commerce sur le domaine public. Néanmoins, il est emprunt d'un certain équilibre : les droits à indemnisation de l'occupant sont affirmés mais encadrés. Par ailleurs, se positionnant clairement en contradiction avec l'approche de la Cour de cassation, l'arrêt commenté révèle la volonté du Conseil d'État de ne pas remettre en cause les caractéristiques fondamentales de l'occupation domaniale et de garantir la maîtrise de la disposition du domaine public à l'autorité gestionnaire. ■

(21) CE 9 décembre 1927, Gargiulo : Lebon T., p. 1198 — CE 8 novembre 1972, SNCF, p. 711.

(22) CE 6 mai 1985, Asso. Eurolat, p. 141.

(23) CE 3 juin 1987, Sté nîmoise de tauromachie et spectacles, n° 56733 — CE 19 avril 1989, Sté Transports urbains d'Angers : Lebon T., p. 780 — CE 3 novembre 1995, Sté Lyonnaise des eaux Dumez : RFDA, 1997 p. 927.

(24) CE ass. 29 mars 1968, Ville de Bordeaux : Lebon, p. 217 : AJDA, 1968 p. 348 concl. J. Théry.

(25) CE 27 novembre 1946, Sté des chaux et ciments d'Algérie : Lebon, p. 281 — Pour une permission de voirie, CE ass. 29 mars 1968, Ville de Bordeaux, op.cit. — CE 4 avril 1997, Sté Ledoyen, n° 137065 — CAA Marseille 4 juillet 2006, Sté Sada, n° 04MA02122.

(26) CEDH 22 avril 2002, Lallement c/France : AJDA, 2002 p. 686 note R. Hostiou — CEDH 2 juillet 2002, Motais de Narbonne c/France : AJDA, 2002, p. 1226, note R. Hostiou.

(27) CE 4 janvier 1954, Leroy : Lebon, p. 3.

(28) CE 22 février 1980, SA des sablières modernes d'Aressy : Lebon, p. 109 — CE 9 mars 2007, Balesi, n° 278493 — CAA Lyon 26 octobre 1989, Parc national de Port-Cros : Lebon T., p. 780.

(29) Art. L.2122-6 CGPPP et art. A.26 C. dom. Ét.

(30) CE 6 mai 1985, Asso. Eurolat, op.cit.

(31) Cass. req. 15 juin 1935 : G.P. 1935, 2, 69

(32) CA Paris 4 juillet 2002 : Juris-Data n° 2002-190606 — CA Colmar 18 février 2002 : Juris-Data n° 2002-207448.