



ASTRID BOULLAULT,
avocate, cabinet Seban
et associés

Innovation

La loi « Pinel » du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises a rendu possible la constitution d'un fonds de commerce sur le domaine public.

Clarifications

Malgré certaines clarifications jurisprudentielles bienvenues, certains points devront encore être éclaircis par le juge administratif.

Clientèle propre

Le juge devra se prononcer sur l'importation de la notion de « clientèle propre », notamment lorsqu'il s'agira d'évaluer un fonds de commerce situé sur le domaine public.

Valorisation du domaine public Premiers retours sur la loi « Pinel »

A l'heure où la loi « Pinel », relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, vient de souffler sa première bougie, il n'est pas inintéressant de jeter un regard sur ce qui est, sinon une innovation, à tout le moins la confirmation législative de ce qu'il est (maintenant) possible de constituer un fonds de commerce sur le domaine public. Si la Cour de cassation admettait déjà cette possibilité (1), en revanche, le Conseil d'Etat l'avait toujours exclue, et ce, au titre du caractère personnel et non cessible des autorisations d'occupation domaniale (2), malgré les protestations de la doctrine (3).

Le mariage présente des intérêts évidents pour le commerçant : en cas de résiliation anticipée de son autorisation d'occupation du domaine public, il pourra être indemnisé du préjudice résultant de la perte de son fonds de commerce (la nouveauté réside ici dans l'indemnisation de la perte de la clientèle), et il pourra désormais également céder le fonds de commerce qu'il exploite sur le domaine public (code général de la propriété des personnes publiques, art. L.2124-33).

PRÉCISIONS JURISPRUDENTIELLES DÉJÀ APPORTÉES

Il est une question qui est immédiatement venue à l'esprit de beaucoup : la loi a-t-elle ouvert aux commerçants déjà établis sur le domaine public, au moment de son entrée en vigueur, la possibilité de démontrer qu'ils ont constitué un fonds de commerce ; ou bien seuls les « nouveaux entrants » pouvaient-ils désormais revendiquer la propriété d'un tel fonds (4) ?

Le Conseil d'Etat a rapidement tranché en ce sens : puisque la loi « Pinel » ne prévoit pas son application rétroactive et qu'elle ne pose aucune règle d'ordre public, elle ne s'applique pas aux contrats en cours (5). Concrètement, elle s'applique aux autorisations d'occupation consenties à compter du 20 juin 2014 (le lendemain de sa publication au « Journal officiel »). En droit, la solution ne surprend pas et elle n'est pas nouvelle en matière de domanialité (6). En opportunité, la solution se comprend également : une autorisation d'occupation du domaine public

est, en principe, consentie moyennant une redevance calculée en fonction des avantages de toute nature que procure l'occupation du domaine (CG3P, art. L.2125-3). L'application rétroactive de la loi « Pinel » aurait conduit à ce que des milliers d'occupants se voient finalement offrir la possibilité d'être indemnisés de la perte d'un fonds de commerce en cas de résiliation anticipée de leur titre, alors même qu'ils s'acquittaient d'une redevance qui n'incluait – par définition – pas, à l'époque où elle a été calculée, l'avantage que constitue le bénéfice d'un fonds de commerce (7).

La deuxième incertitude entourant le dispositif de la loi « Pinel » résidait dans les liaisons qu'entretient, en droit privé, le fonds de commerce avec le bail commercial. Le plus souvent, l'un et l'autre vont de pair : le fonds de commerce est souvent constitué par un commerçant entre les quatre murs d'un local mis à sa disposition par la voie d'un contrat de bail commercial, le droit au renouvellement du bail est alors un des éléments qui constitue le fonds de commerce, qui peut donner lieu à indemnisation quand le bail est résilié de manière anticipée. Le juge administratif a toutefois clairement rappelé la distinction des deux notions, soulignant que la loi « Pinel » n'a autorisé la constitution que du seul fonds de commerce sur le domaine public, sans

ouvrir la possibilité de conclure des baux commerciaux sur les dépendances domaniales (8).

Voilà autant de clarifications bienvenues, mais, si l'on pousse quelque peu l'analyse, il apparaît alors que certains points, et pas des moindres, doivent encore être éclaircis par le juge administratif.



La reconnaissance de la possibilité de constituer un fonds de commerce sur le domaine public est, sur le principe, une avancée remarquable.

PRÉCISIONS À APPORTER

Pour être constitué sur le domaine public, un fonds de commerce doit bénéficier d'« une clientèle propre ». Or, il n'est pas absurde de penser que l'avenir du mariage dépendra, pour une bonne part, de l'interprétation que les juridictions administratives voudront bien donner à cette réserve.

Pour l'heure, seule une analogie avec ce qu'il advient devant le juge judiciaire permet de se projeter en la matière, et d'apprécier

comment le titulaire d'une autorisation d'occupation du domaine public pourrait constituer une clientèle propre, lorsque la dépendance domaniale se situe dans un ensemble plus vaste.

Sur ce terrain, le juge judiciaire a apporté des précisions quant aux situations dans lesquelles un commerçant exerce son activité dans une enceinte commerciale plus globale – la galerie d'un centre commercial (9), un champ de course privé (10)... Pour vérifier si le commerçant a pu constituer une clientèle propre, le juge judiciaire s'appuie sur le degré d'autonomie dont bénéficie le commerçant (11): peut-il ouvrir son commerce au-delà des horaires d'ouverture de l'enceinte dans lequel il se trouve? Son commerce bénéficie-t-il d'un accès propre? Les clients viennent-ils avant tout pour profiter des abords du commerce?...

Si le juge administratif devait retenir ce même faisceau d'indices, il n'est pas absurde de penser que la portée du mariage demeurera limitée, car, bien souvent, le titulaire de l'autorisation du domaine public exercera son activité dans une emprise domaniale plus globale: on voit mal comment les commerçants installés dans un aéroport (12), les restaurateurs exploitant un restaurant d'altitude (13), ou encore le marchand de glaces situé à l'intérieur d'un parc public clos (14) pourraient prétendre avoir constitué un fonds de commerce: il s'agit là surtout de commerces dont les clients seront, avant tout, des usagers du domaine public. Les commerces situés à l'intérieur des gares devraient, pour leur part, donner lieu à une appréciation plus délicate, tant l'offre commerciale s'y développe aujourd'hui au-delà du simple service au voyageur (15) – que l'on pense, par exemple, au restaurant «Le Train bleu», dans la gare de Lyon, à Paris (16).

RÉFÉRENCES

- Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, loi dite «Pinel», art. 72
- Code général de la propriété des personnes publiques (CG3P), art. L. 2124-33

Les terrasses de restaurant établies sur le domaine public soulèveront une autre question, plus délicate encore à apprécier: comment identifier le fonds de commerce qui est spécifiquement attaché à la terrasse elle-même, et non pas au restaurant dans son ensemble? Si une partie de la clientèle ne vient peut-être que pour la terrasse, une autre partie vient sans doute surtout pour la qualité des repas servis ou pour l'ambiance des lieux, sans aucun égard pour les tables en terrasse ou en salle. Comment alors chiffrer l'indemnité due à la perte du seul fonds de commerce en cas de résiliation de l'autorisation d'occupation du domaine public? Faut-il finalement considérer que, dans ce cas, il n'y a tout bonnement pas de fonds de commerce exploité sur le domaine public, parce que la clientèle attachée à la terrasse n'est en réalité pas une «clientèle propre», distincte de celle attachée au restaurant lui-même? Ou faut-il considérer qu'il y a, en quelque sorte, deux sous-fonds de commerce, celui exploité à l'intérieur des murs et celui exploité sur la terrasse? Et, dans ce cas, est-il possible que l'indemnisation soit calculée sur la base du prorata de la seule valeur globale du fonds de commerce? Et comment alors identifier ce prorata: en considération du nombre de mètres carrés qui disparaissent par l'effet de la résiliation, ou en considération du nombre de clients

qui ne viendront plus? On le voit, en pratique, le sujet sera très délicat à traiter. Et ce, d'autant que le fonds de commerce forme, par ailleurs, un seul tout: l'enseigne, la marque, le matériel, la licence, etc., bénéficiant tout à la fois à la terrasse et à l'intérieur du restaurant.

Il est un autre sujet, enfin, qui suscite en l'état la réflexion: comment concilier précarité de l'autorisation d'occupation domaniale et indemnisation de la perte du fonds de commerce? Si, en droit privé, le droit au renouvellement du bail est un élément qui fait partie du fonds de commerce, il reste que l'occupant du domaine public ne peut pas, à l'expiration de son titre, se prévaloir d'un maintien dans les lieux ou d'un renouvellement de son autorisation. Aussi, la valeur d'un fonds de commerce exploité sur le domaine public devrait nécessairement diminuer au fur et à mesure que le terme de l'autorisation d'occupation se rapproche (17), et l'indemnisation devrait donc être d'autant réduite qu'elle se rapprochera du terme de l'autorisation.

Ainsi, la reconnaissance de la possibilité de constituer un fonds de commerce sur le domaine public est, sur le principe, une avancée remarquable: les commerçants gagneront ainsi en indemnisation en cas de résiliation de leur titre d'occupation et les collectivités peuvent valoriser leur patrimoine en conséquence, par la voie des redevances d'occupation domaniale. L'effectivité de cette avancée est maintenant entre les mains du juge administratif. Et il n'est pas absurde de penser qu'il limitera la portée du dispositif, non pas tant parce qu'il traduit un mariage forcé, mais parce qu'il demeure un mariage dont les fruits devraient, en pratique, être considérablement limités.■

(1) Le juge judiciaire, au contraire, admettait qu'un fonds de commerce puisse être constitué sur le domaine public: Cass. comm., 28 mai 2013, «SARL Raphaël et Sté La Roma», n° 12-14049.

(2) CE, 31 juill. 2009, «Sté Jonathan Loisir», req. n° 316534.

(3) Voir notamment O. de David Beauregard-Berthier, «Fonds de commerce et domaine public», AJDA 2002, p. 790 - P. Yolka, «Propriété commerciale des occupants du domaine public: crever l'abcès», «La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales», 2010, p. 2209.

(4) C. Chamard-Heim et P. Yolka, «La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public», AJDA 2014, p. 1641.

(5) CE, 24 nov. 2014, «Sté des remontées mécaniques Les Houches-Saint-Gervais», req. n° 352402.

(6) CE, 19 nov. 2013, «Sté nationale immobilière», req. n° 352488, pour le BEA «valorisation».

(7) Concl. B. Bonhert sur CE, 24 nov. 2014, «Sté des remontées mécaniques Les Houches-Saint-Gervais», req. n° 352402.

(8) CE, 24 nov. 2014, précit., req. n° 352402. La solution n'est pas nouvelle; elle est constante tant pour le juge administratif que pour le juge judiciaire (Cass. 3^e civ., 10 mars 2010, n° 09-12714).

(9) Cass. 3^e civ., 9 juillet 1979, «SARL Service Minute c/Société Carrefour», n° 77-13452.

(10) Cass. ass., 24 avril 1970; «Bayat c/Sté courses rouennaises», n° 68-10914.

(11) Cass. 3^e civ., 24 janvier 1996, «Société européenne de supermarchés et autres c/ M. X», n° 94-10322.

(12) P. Hansen, «L'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public», JCPA - CT2014, p. 2250.

(13) M.-C. Rouault, «Domaine public: droit au bail, non; fonds de commerce, demain peut-être», JCPA - CTs, 2015, p. 93.

(14) C. Chamard-Heim et P. Yolka, «La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public», AJDA 2012, p. 1641 et s.

(15) P. Hansen, «L'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public», précité.

Voir également S. Braconnier et L. Deleye, «L'article 72 de la loi Pinel ou la consécration tempérée du fonds de commerce sur le domaine public», Contrats et Marchés Publics, 2015, p. 1.

(16) O. de David Beauregard-Berthier, «Fonds de commerce et domaine public», AJDA 11-2002, p. 790.

(17) P. Hansen, «L'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public», précité.