

UNION DES AEROPORTS FRANCAIS
Monsieur Pierre Ludovic GUYMAR
28, rue Desaix
75015 PARIS

Paris, le 22 janvier 2014

Dossier : UNION AEROPORTS FRANCAIS - notion fonds commerce domaine public
N/réf : 201402916 – NS/MH/MH
par courrier électronique : pl.guymar@uaf.aeroport.fr

Cher Monsieur,

Je reviens vers vous dans le cadre du dossier visé en objet et vous invite à trouver ci-après notre analyse juridique relative aux incidences des nouvelles dispositions du Code général de la propriété des personnes publiques prévoyant la possibilité d'exploiter un fonds de commerce sur le domaine public.

Pour mémoire, les articles L.2124-32-1 à L. 2124-35 du Code général de la propriété des personnes publiques (ci-après, CGPPP), créés par la Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, reconnaissent désormais la possibilité d'exploiter un fonds de commerce sur le domaine public, sous réserve de l'existence d'une clientèle propre.

Dans ce cadre, et au vu du caractère particulièrement succinct de ces nouvelles dispositions, l'Union des aéroports français (ci-après, UAF) s'interroge sur leurs modalités pratiques de mise en œuvre.

La présente étude s'attachera à répondre aux différentes questions posées par l'UAF dans le dossier de consultation.

OBSERVATIONS LIMINAIRES : RAPPEL DU DROIT ANTERIEUR ET DU CONTENU DES NOUVELLES DISPOSITIONS

Avant toute chose, il convient de rappeler brièvement que la reconnaissance par la loi du 18 juin 2014 des fonds de commerce sur le domaine public s'inscrit dans un contexte particulier marqué par le désaccord qui existe jusqu'à présent entre les deux ordres de juridiction sur cette question.

Pour la Cour de cassation en effet la possibilité d'admettre l'existence de fonds de commerce sur le domaine public n'a jamais soulevé de difficulté (Cass. Com. 14 octobre 1965, Bill. Civ. IV, N°499 ; Cass., Com., 28 mai 2013, *SARL Raphaël*, n° 12-14049).

L'existence d'un tel fonds de commerce a par exemple été admise :

- à propos d'une pizzeria située dans la galerie marchande d'un port de plaisance à l'occasion d'un litige ayant trait à des difficultés d'exécution du contrat de location gérance dudit fonds de commerce (Cass. Com. 28 mai 2013, n° 12-14049) ;
- à propos d'un fonds de commerce de vente de gaufres, crêpes et glaces sur le trottoir à l'occasion d'un litige ayant trait à la qualification du bail conféré (Cass. civ. 3^{ème}, 19 novembre 1985, n° 84-14522) ;
- à propos d'un restaurant situé sur un trottoir, la Cour de cassation constatant cette situation de manière incidente à l'occasion d'un litige relatif à une action en nullité de la promesse de vente dudit fonds de commerce (Cass. comm. 18 décembre 1990, n° 88-16680, voir également pour un restaurant situé en bordure de mer Cass. Comm. 3 mars 1993, n° 92-85010 ; et également un fonds de commerce de bar-restaurant et location de matériel de plage sur la plage de CALVI CA Bastia 16 mai 2012, n° 10/00956) ;
- à propos d'un fonds de commerce de garage situé sur le domaine public maritime à l'occasion d'un litige consécutif à une action en reconnaissance du caractère parfait de la vente dudit fonds de commerce (Cass. civ. 1^{ère}, 16 avril 1991, n° 89-21704) ;
- à propos d'un fonds de commerce de café-restaurant situé sur une base de plein air et de loisirs spécialement aménagée sur le domaine public appartenant à un syndicat mixte, à l'occasion d'un recours en responsabilité contractuelle introduit par le Syndicat, ce dernier estimant que la société avec qui il avait conclu le contrat de location gérance avait manqué à ses obligations d'entretien et de remplacement du matériel (Cass. com. 26 janvier 1993, n° 91-11051) ;
- à propos d'un fonds de commerce de kiosque-buvette situé sur le domaine public de la communauté urbaine de Lyon à l'occasion d'un litige relatif à l'engagement de la responsabilité du notaire ayant réalisé

les actes actant de la donation du fonds de commerce en méconnaissance des dispositions de la convention d'occupation domaniale dont était titulaire le donateur qui prohibait toute transmission de ladite autorisation (Cass. civ. 1^{ère}, 1 décembre 1998, n° 96-17893) ;

- à propos d'un fonds de commerce de location de bateaux de plaisance sur le bassin de la Villette à Paris, la Cour de cassation reconnaissant de manière incidente le fait que ce fonds soit exploité sur le domaine public à l'occasion d'un litige entre la société occupante du domaine public en vertu de titres délivrés par la Ville et une autre société avec laquelle elle a conclu une convention de location gérance du fonds de commerce (Cass. Comm. n° 9 avril 2002, n° 00-10364) ;
- à propos d'un fonds de commerce de restaurant bar situé sur l'aérodrome de Chalon Champforgeuil à l'occasion d'une affaire liée au paiement des loyers dus au titre du contrat de location gérance du fonds de commerce (Cass. comm. 10 janvier 2006, n° 03-20733)¹ ;
- à propos d'un fonds de commerce de station-service à l'occasion d'un litige portant sur l'indemnisation du préjudice subi par le preneur du contrat de location gérance du fonds de commerce consécutivement à sa résiliation dès lors qu'il lui avait été caché le fait que le fonds de commerce reposait lui-même sur une convention d'occupation précaire (Cass. Com. 16 décembre 2008, n° 07-19922) ;
- à propos d'un fonds de commerce de location de véhicules au sein d'un aéroport à l'occasion d'une action en concurrence déloyale intentée par plusieurs sociétés exploitant des fonds de commerce au sein de l'aéroport à l'encontre d'une société exploitant également un fonds de commerce de location de voiture mais à l'extérieur de l'enceinte aéroportuaire (Cass. comm. 17 mars 2009, n° 07-19780) ;
- à propos d'un fonds de commerce de vente de fleurs, d'articles de presse et de restauration au sein d'un centre hospitalier, à l'occasion d'un recours introduit par la société exploitant le fonds de commerce en nullité de la résiliation prononcée par le Centre Hospitalier et en paiement de dommages-intérêts pour rupture abusive (Cass. Civ. 1^{ère}, 4 novembre 2010, n° 09-70284) ;
- à propos d'un fonds de commerce de restauration sur place et à emporter, salon de thé et glacier dans un complexe commercial relevant d'un port de plaisance, à l'occasion d'une action en nullité du bail commercial conclu et en paiement de sommes dues au titre d'arriérés de loyers (CA Aix en Provence, 6 mars 2008, n° 06/7749) ;
- à propos d'un fonds de commerce de vente de boissons et de petite restauration froide dans un kiosque de mobilier urbain installé sur le domaine public à l'occasion d'un litige fiscal portant sur les impositions dues à l'occasion de la vente du fonds de commerce (CA Lyon, 7 juin 2001, n° de RG: 1998/06960).

¹ Il est toutefois à noter que dans cette décision il est également fait mention d'une autre procédure liée à celle-ci par laquelle les acheteurs du fonds de commerce ont obtenu du juge judiciaire qu'il constate la nullité du bail commercial conclu sur le domaine public et qu'en conséquence de cette nullité le juge a également entre temps prononcé la nullité de la vente du fonds de commerce sans toutefois que l'on ne puisse déceler précisément les raisons de cette nullité.

Il est toutefois à noter que ces reconnaissances de la possibilité de constituer un fonds de commerce sur le domaine public sont parfois implicites ou accessoires et ne constituent pas systématiquement le cœur du litige.

A l'inverse le Conseil d'État s'est depuis toujours refusé à consacrer une telle hypothèse en se retranchant derrière le caractère précaire, révocable et personnel de l'autorisation d'occupation du domaine public qui exclut d'appliquer le régime des baux commerciaux et donc tout droit au bail.

Ainsi, le Conseil d'Etat a régulièrement exprimé en des termes particulièrement clairs sa position :

« 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 » (CE, 19 janvier 2011, *Commune de Limoges*, req. n° 323924). Et les juridictions du fonds le suivaient dans cette analyse².

Et, cette position jurisprudentielle bien établie lui permettait ainsi de refuser, en cas d'éviction de l'occupant du domaine public, d'indemniser ce dernier de la perte du fonds de commerce (CE, 31 juill. 2009, *Sté Jonathan Loisirs*, req. n° 316534, RJEP 2010, comm. 17, note C. Chamard-Heim ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 332, note G. Eckert. V. aussi CE, 19 juill. 2011, *Commune de Limoges*, req. n° 323924).

La reconnaissance par le législateur de la possibilité de constituer des fonds de commerce sur le domaine public consacre donc la position retenue par la Cour de cassation et condamne en revanche la position retenue par le juge administratif jusqu'à présent.

Concrètement, le nouvel article L. 2124-32-1 consacre la possibilité d'exploiter un fonds de commerce sur le domaine public : *« Un fonds de commerce peut être exploité sur le domaine public sous réserve de l'existence d'une clientèle propre. »*

² Pour un exemple très récent : « 11. Considérant, enfin, qu'eu égard au caractère révocable, pour un motif d'intérêt général, d'une convention portant autorisation d'occupation du domaine public, et au 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 » (CAA Bordeaux, 3 avril 2014, *M. D c/ cne de Peyssies*, req. n°12BX02036). Cependant il faut souligner que certaines décisions des juges du fonds mentionnent l'existence de fonds de commerce sur le domaine public, sans toutefois que les affaires en cause ne portent véritablement sur cette question CAA Marseille, 16 sept. 2003, *Philippe X*, req. n° 01MA01008, restaurant installé sur le domaine public maritime à Sanary. ; CAA Marseille, 6 déc. 2004, *Robert X.*, req. n° 01MA01231, : restaurants exploités sur le port de Toulon ;CAA Marseille, 10 janv. 2005, *Sté Majeyda*, n° 01MA02005, brasserie exploitée sur le port de Bastia ; CAA Douai, 29 avr. 2003, *Jean-Luc X.*, req. n° 00DA00788, commerce de poissonnerie installé dans les halles de la place du Vieux Marché à Rouen.

Ensuite, l'article L. 2124-33 permet à une personne souhaitant acquérir un fonds de commerce de solliciter de manière anticipée auprès de l'Administration, l'obtention d'une autorisation d'occupation domaniale.

« Toute personne souhaitant se porter acquéreur d'un fonds de commerce ou d'un fonds agricole peut, par anticipation, demander à l'autorité compétente une autorisation d'occupation temporaire du domaine public pour l'exploitation de ce fonds.

L'autorisation prend effet à compter de la réception par l'autorité compétente de la preuve de la réalisation de la cession du fonds. »

L'article L. 2124-34 organise d'une part, des modalités de transmission temporaire de l'autorisation d'occupation initialement détenue par un exploitant qui décède à ses ayants droits, et d'autre part, les conditions dans lesquelles ces derniers peuvent présenter à l'autorité gestionnaire un successeur :

« En cas de décès d'une personne physique exploitant un fonds de commerce ou un fonds agricole en vertu d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public, l'autorité compétente délivre à la demande de ses ayants droit, sauf si un motif d'intérêt général s'y oppose, une autorisation d'occupation temporaire du domaine public identique à celle accordée à l'ancien titulaire pour la seule poursuite de l'exploitation du fonds, durant trois mois.

Si les ayants droit ne poursuivent pas l'exploitation du fonds, ils peuvent, dans le délai de six mois à compter du décès, présenter à l'autorité compétente une personne comme successeur. En cas d'acceptation de l'autorité compétente, cette personne est subrogée dans les droits et obligations de l'ancien titulaire.

La décision est notifiée aux ayants droit ayant sollicité l'autorisation ou ayant présenté un successeur ainsi que, le cas échéant, au successeur présenté. Toute décision de refus est motivée. »

Et l'article L. 2124-35 précise, enfin, que ces dispositions ne concernent pas le domaine public naturel.

ENTREE EN VIGUEUR ET APPLICATION DANS LE TEMPS

L'UAF s'interroge en premier lieu sur les modalités d'application dans le temps des nouvelles dispositions reconnaissant la possibilité de constituer des fonds de commerce sur le domaine public.

Se pose ainsi la question de l'application de ces dispositions à des conventions en cours dont les stipulations prévoient expressément l'absence de reconnaissance d'un fonds de commerce sur le domaine public.

Sur ce point, coupant court aux débats doctrinaux qui avait déjà commencé à s'élever sur le sujet³, le Conseil d'Etat a, dans une décision du 24 novembre 2014, écarté toute application immédiate des dispositions de la loi du 18 juin 2014 en jugeant que :

« 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 » (CE 24 novembre 2014, req. n° 352402, sera publié au recueil Lebon)⁴.

Cette analyse nous semble logique car s'inscrivant dans la droite ligne de la jurisprudence dessinée jusqu'à présent, aucun motif d'intérêt général suffisant lié à un impératif d'ordre public ne paraissant exister en l'espèce.

En revanche, pour les conventions conclues postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 18 juin 2014, c'est-à-dire postérieurement au 20 juin 2014, les dispositions législatives des articles L. 2124-32-1 à L. 2124-35 du CGPPP sont pleinement applicables.

³ « La loi "Pinel" n'a prévu aucune règle particulière concernant l'application dans le temps des nouveaux articles L. 2124-32-1 et suivants du Code général de la propriété des personnes publiques. Ces dispositions sont donc applicables immédiatement, c'est-à-dire depuis le 20 juin 2014, le lendemain de la publication de la loi, intervenue le 19 juin (6). *Mais dans la mesure où le texte s'apparente sur ce point à une loi interprétative, du moins lorsqu'il énonce les conditions d'existence d'un fonds de commerce sur le domaine public, on peut penser qu'il a vocation à saisir les situations qui se sont constituées avant la date d'entrée en vigueur du texte. La rédaction adoptée par de nombreuses conventions ou autorisations unilatérales devra donc désormais être examinée à cette aune.* » (F. TENAILLEAU, A. REYGROBELLET, « Le fonds de commerce exploité sur le domaine public : la fin d'un malentendu ? » Lexbase, Hebdo édition publique n°341 du 24 juillet 2014). Cependant ces auteurs adoptent cette position en se référant à la notion de loi interprétative, laquelle peut être définie de la manière suivante : « *La loi interprétative s'apparente à la loi de validation ; cette technique est souvent utilisée pour redresser l'interprétation faite de la loi par la jurisprudence qui ne serait pas conforme à l'intention du législateur, elle tend donc à briser une interprétation jurisprudentielle, l'interprétation du législateur se substituant à celle, antérieure, de la jurisprudence.* » (L. MILANO, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges » RFDA 2006 p. 447). Or, à notre sens, la loi du 18 juin 2014 ne constitue pas sur cette question une simple loi interprétative, dès lors qu'elle n'a pas pour objet de préciser le sens d'une loi antérieure obscure qui aurait été mal interprétée par les juridictions. En effet, il n'existait pas de texte antérieur sur cette question mais une simple divergence de jurisprudence entre les deux ordres.

⁴ Ainsi que l'ont d'ores et déjà confirmé certains auteurs commentant cette décision « *De plus, le Conseil d'État opère une distinction temporelle, selon que la convention a été conclue avant ou après l'entrée en vigueur de la loi Pinel. Ainsi, avant la loi Pinel, la reconnaissance du fonds sur le domaine public est impossible.* » (B. BRIGNON, « Pas de fonds de commerce sur le domaine public avant l'entrée en vigueur de la loi Pinel », JCP EA, n° 51-52, 18 Décembre 2014, 1660 ; voir également Marie-Christine de Montecler, Dalloz actualité 01 décembre 2014)

IDENTIFICATION D'UNE CLIENTELE PROPRE ET D'UN FONDS DE COMMERCE SUR LE DOMAINE PUBLIC

L'UAF s'interroge par ailleurs sur les modalités concrètes d'identification du fonds de commerce et de la notion de clientèle propre, et plus précisément sur les questions suivantes :

- Quelles activités sont susceptibles d'être concernées par l'existence d'une clientèle propre sur le domaine public aéronautique ?
- Quel est le critère (ou quels sont les critères) d'identification d'une clientèle propre ?
- Est-ce que la totalité de la clientèle du commerce doit être propre ou bien seulement un pourcentage de cette clientèle et lequel pour être éligible à la reconnaissance d'un fonds de commerce ? Dans ce cas, quelle est la conséquence sur le régime applicable ?
- Est-ce qu'une distinction par zone géographique d'implantation de l'activité est pertinente (ex : zones à accès réservé aux passagers versus le reste des aéroports et de l'emprise aéroportuaire librement accessible au public) ?

Pour répondre à ces interrogations, il convient au préalable de revenir sur les notions de fonds de commerce et de clientèle propre (I), avant d'envisager les modalités d'application de ces notions au domaine public notamment aéronautique (II) et de les confronter aux différentes activités susceptibles d'être rencontrées sur l'emprise aéroportuaire (III).

I NOTION DE FONDS DE COMMERCE ET DE CLIENTELE PROPRE

En premier lieu, il convient de rappeler que le fonds de commerce n'est pas défini précisément par le Code de commerce mais comprend en principe des **éléments incorporels**, d'une part, tels que **la clientèle, les signes distinctifs (le nom commercial, l'enseigne et la marque), les créations intellectuelles et le droit au bail**, et des **éléments corporels** d'autre part, tels que **le matériel, les marchandises, l'outillage**⁵.

En revanche, il faut préciser que la jurisprudence de la Cour de cassation est très claire pour juger que « *Quelle que soit son importance, le droit au bail ne*

⁵ J. DERRUPPE, Fonds de commerce, Répertoire de droit commercial, Dalloz, n° 27 et s.

constitue pas, de plein droit, un élément nécessaire du fonds qui peut exister en dehors de lui»⁶.

A l'inverse, si le fonds de commerce n'est pas réduit à la seule clientèle, qui peut se définir comme « *l'ensemble des personnes qui se fournissent chez un commerçant ou ont recours à ses services* »⁷, en revanche, **l'existence d'une telle clientèle propre constitue un élément indispensable à la reconnaissance d'un tel fonds.**

La Cour de cassation a pu l'exprimer ainsi : « *le statut des baux commerciaux s'applique aux baux de locaux stables et permanents dans lesquels est exploité un fonds de commerce ou un fonds artisanal, ces fonds se caractérisant par l'existence d'une clientèle propre au commerçant ou à l'artisan.* »⁸. La doctrine le confirme⁹. Sans clientèle, le fonds n'existe pas¹⁰. Il s'ensuit par exemple qu'une coopérative qui exploite un restaurant réservé à ses adhérents n'a pas de clientèle, donc n'est pas titulaire d'un fonds de commerce¹¹. Symétriquement, la disparition de la clientèle induit celle du fonds¹².

D'emblée l'on peut donc relever le caractère relativement illogique de la formulation de l'article L. 2124-32-1 qui dispose qu' : « *un fonds de commerce peut être exploité sur le domaine public sous réserve de l'existence d'une clientèle propre.* », alors même que, par définition, l'existence d'un fonds de commerce suppose l'existence d'une clientèle propre.

Précisons en outre que pour pouvoir la revendiquer, le commerçant doit pouvoir démontrer que la clientèle lui est **propre, ou personnelle**¹³. L'affirmation de cette exigence résulte notamment d'un arrêt rendu en Assemblée plénière le 24 avril 1970 (Cass. Ass. plén., 24 av. 1970 : Bull. civ., ass. plén. 1970, n° 3 ; JCP G 1970, II, 16489, obs. B. Boccara ; D. 1970, p. 381, note R. L.). Aux termes de

⁶ Cass. comm. 27 avril 1993, Cts Schertzer c/ Mme Walter, req. n° 91-10819, D. 1993, inf. rap. p. 129 Document InterRevue ; Gaz. Pal. 26-27 janvier 1994, pan. p. 12 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 30 janvier 1973, n° de pourvoi: 71-12577 ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 décembre 1964, Bull. civ. n° 549.

⁷ A. REGROBEYLLET, Dossier 710 – La clientèle : élément constitutif principal du fonds de commerce ? Dalloz Action, Droit et pratique des baux commerciaux, n° 710.60.

⁸ Cass. Civ. 3^{ème}, 19 janvier 2005, n° 03-15.283

⁹ « *La définition du fonds de commerce telle qu'elle résulte des articles L. 141-1 et L. 141-2 du Code de commerce indique que le fonds de commerce ne se résume pas à la clientèle. En effet, le fonds de commerce est composé d'éléments corporels, d'une part, et d'éléments incorporels, d'autre part. 19. - Les premiers comprennent le matériel et les marchandises, les seconds, l'enseigne, le nom commercial, la clientèle et l'achalandage, les brevets, les licences, les marques, les droits de protection intellectuelle et industrielle. Le fonds de commerce ne se réduit donc pas à la notion de clientèle. Reste que celle-ci est primordiale et qu'un fonds de commerce ne peut être constitué en son absence.* » (E. DERQUESNE, A. STEFANINI-COSTE, « Fonds de commerce sur le domaine public. - La reconnaissance législative », JCP EA n° 41, 9 Octobre 2014, 1511)

¹⁰ Cass. Com. 29 mai 1953, D. 1953. 599 ; JCP 1953, II, 7720.

¹¹ Civ. 3e, 7 mai 1985, Sté Coop. A. G. E. T., JCP 1985, IV, p. 249 : la coopérative ne peut donc prétendre bénéficier de la protection du statut des baux commerciaux.

¹² Civ. 3e, 18 mai 1978, Bull. civ. III, no 205, p. 159 ; RTD com. 1978. 559, obs. J. Derruppé : cassation de l'arrêt qui a estimé qu'il existait encore une clientèle « potentielle » ; – v. nos 780.10 s., les hypothèses de disparition d'un fonds.

¹³ « *Si la clientèle n'appartient pas à l'exploitant, autrement dit si le chiffre d'affaires généré par son activité résulte en réalité de l'activité d'une autre entreprise, cet exploitant ne saurait être considéré comme propriétaire d'un fonds de commerce. Un fonds existe certes. Mais ce fonds et la clientèle qui lui est attachée n'appartiennent pas à l'exploitant. Pour prétendre à la propriété du fonds, ce dernier doit avoir réuni une clientèle autonome qui lui soit propre. La jurisprudence est, sur ce point, abondante et constante.* » A. REGROBEYLLET, Dossier 710 – La clientèle : élément constitutif principal du fonds de commerce ? Dalloz Action, Droit et pratique des baux commerciaux, n° 710.180.

cet arrêt, lorsqu'une société de courses a donné la concession exclusive de l'installation et de l'exploitation de buffets-buvettes et comptoirs sur un champ de courses, que l'activité du concessionnaire devait être limitée à l'enceinte du champ de courses et réduite aux seules journées de réunions hippiques et lorsque, d'autre part, il est constaté que le public qui venait sur l'hippodrome s'était rendu sur les lieux **avant tout pour assister aux courses de chevaux**, les juges du fond ont pu en déduire que le preneur ne s'était pas constitué une clientèle personnelle distincte de celle de la société de courses.

Et de fait, pour déterminer si l'exploitation intégrée dans un ensemble plus vaste dispose d'une clientèle autonome, deux séries de critères étaient privilégiés, certes à titre non exclusif : les premiers s'attachent à caractériser la dépendance commerciale de l'exploitant enclavé ; les autres reposent sur l'idée de prédominance de la clientèle. Ainsi qu'il sera indiqué *infra* ce second critère a été abandonné depuis 2003.

Ainsi que le relève la doctrine s'agissant du premier critère : « *Pour déterminer si la clientèle est personnelle à l'exploitant du commerce inclus, la jurisprudence s'attache à vérifier si le commerçant dispose d'une réelle liberté dans les modalités d'organisation de son entreprise ou si, au contraire, il est soumis aux directives du titulaire du fonds dominant (ou en tout cas ne peut faire autrement que d'aligner son organisation sur celle du fonds dominant). C'est alternativement ou cumulativement le critère géographique (prise en compte du point de contact avec la clientèle) ou celui de la dépendance organique (prise en compte de la discipline collective imposée par le fonds dominant) qui sont pris en considération. Au vu des décisions publiées, il semble que le second critère soit plus volontiers retenu que le premier ; ce qui est assez logique dans la mesure où les exploitants inclus sont très généralement des commerçants indépendants, agissant à leurs risques et périls. »¹⁴.*

Au sujet de la dépendance organique, ainsi que le relève toujours la doctrine, divers éléments doivent être pris en compte : « *horaires d'ouverture, droit de regard du propriétaire du site sur la conduite des affaires, la rémunération et la discipline du personnel, fixation des prix de vente, etc.* »¹⁵.

Le critère de la dépendance commerciale a notamment été appliqué à des commerçants situés dans l'enceinte de centres commerciaux : le droit à bénéficier de la protection des baux commerciaux leur a été ainsi refusé, au motif qu'il ne disposait **pas d'un accès indépendant** à la clientèle, devant alors se conformer aux jours et heures d'ouverture du centre¹⁶. La même solution a été retenue dans le cas d'un commerce de réparation de chaussures et de reproduction de clefs disposant d'un emplacement dans un centre commercial¹⁷.

¹⁴ A. REGROBEYLLET, Dossier 710 – La clientèle : élément constitutif principal du fonds de commerce ? Dalloz Action, Droit et pratique des baux commerciaux, n° 710.240.

¹⁵ J.-P. BLATTER, « Fonds dépendants, clientèle propre et autonomie de gestion », AJDI 2005 p. 476

¹⁶ Civ. 3e, 5 juill. 1995, no 93-17.674 , Bull. civ. III, no 166 ; AJPI 1996, 46, note J.-P. Blatter : emplacement dans une galerie marchande ; l'arrêt relève à la fois l'absence de gestion indépendante, donc de clientèle propre, et le fait que l'espace délimité sur le sol de l'hypermarché par des cloisons légères à hauteur d'homme ne constituait pas un local au sens du droit des baux commerciaux.

¹⁷ Civ. 3e, 5 févr. 2003, no 01-16.672 , Bull. civ. III, no 25 ; D. 2003. AJ 910, obs. Y. Rouquet ; RTD com. 2003. 275, no 2, obs. J. Monégier , absence d'autonomie de la société titulaire de l'emplacement, dès lors que, bien qu'assurant seule la gestion de ses

De même, est sous la dépendance du centre commercial où il est installé le commerçant tenu d'adresser au bailleur, chaque mois, un état de son chiffre d'affaires quotidien, pouvant entraîner des rappels à l'ordre de sa part¹⁸.

Néanmoins, la jurisprudence a pu admettre l'existence d'une clientèle propre au profit de commerçants situés dans des ensembles. Ainsi, le commerçant qui développe son activité dans une construction permanente et ouverte, située à **l'extérieur d'un supermarché peut avoir une clientèle personnelle attirée à la fois par son emplacement et les spécialités qu'il vend**¹⁹. Enfin, de façon encore plus marquante, à propos d'un fonds localisé dans l'enceinte d'un hôtel, dont l'exploitant devait se conformer aux prescriptions du règlement intérieur – s'agissant notamment des horaires d'ouverture et de fermeture de la boutique ainsi que des prestations à fournir à la clientèle –, il a été jugé que de telles contraintes ne constituaient « *une entrave effective à son activité commerciale* »²⁰.

En revanche, ainsi que précédemment indiqué, il n'est pas nécessaire que la clientèle du fonds en cause présente un caractère prépondérant par rapport à celle qui est attachée à l'activité de l'établissement dans lequel le commerçant est installé. En effet, dans une décision de 2003, le juge a reconnu l'existence d'une clientèle autonome au titulaire d'une convention sur le domaine public l'autorisant à vendre de l'alimentation **sans exiger que cette dernière soit prépondérante par rapport** à la globalité des clients des remontées mécaniques (Cass. 3e civ., 19 mars 2003, *Cne Orcières* : JCP E n° 30, 24 juill. 2003, p.1245)²¹.

II APPLICATION AU DOMAINE PUBLIC

La jurisprudence a pu à diverses reprises reconnaître l'existence de fonds de commerce – et donc implicitement mais nécessairement d'une clientèle propre – sur le domaine public.

Tel a pu être le cas :

- à propos d'une pizzeria située dans la galerie marchande d'un port de plaisance à l'occasion d'un litige ayant trait à des difficultés d'exécution du contrat de location gérance dudit fonds de commerce (Cass. Com. 28 mai 2013, n° 12-14049) ;

stocks et de ses ventes et réglant directement à EDF son abonnement et ses consommations, elle se trouve soumise aux horaires d'ouverture du centre commercial, lequel paie les charges, organise la publicité et fixe la politique des prix

¹⁸ Civ. 3e, 5 avr. 1995, no 93-14.864 , Bull. civ. III, no 93 ; D. 1997. somm. 306, obs. L. Rozès ; Ann. loyers 1995, p. 1390

¹⁹ Civ. 3e, 1er déc. 1976, Bull. civ. III, no 436 ; RTD com. 1976. 273, obs. M. Pédamon.

²⁰ Civ. 3e, 19 janv. 2005, no 03-15.283 , D. 2005. AJ 491, obs. Y. Rouquet ; JCP 2005, II, 10040, obs. S. Reifegerste ; JCP E 2005, 826, no 13, obs. H. Kenfack ; LPA 22 nov. 2005, p. 15, note C. Humann.

²¹ Pour ce faire, la Cour de cassation constate d'abord que les exploitants disposent, en dehors de la clientèle de la régie des remontées mécaniques, d'une clientèle propre constituée par les amateurs de ski de fond, les randonneurs, les promeneurs en raquette et les amateurs d'équitation ; ensuite, elle considère que la cour d'appel n'est pas tenue de rechercher si cette clientèle personnelle, dont elle constate souverainement l'existence, est prépondérante par rapport à celle de la régie ; aussi décide-t-elle que les juges du fond ont pu, sans inverser la charge de la preuve, en déduire que les preneurs bénéficiaient du statut des baux commerciaux.

- à propos d'un fonds de commerce de vente de gaufres, crêpes et glaces sur le trottoir à l'occasion d'un litige ayant trait à la qualification du bail conféré (Cass. civ. 3^{ème}, 19 novembre 1985, n° 84-14522) ;
- à propos d'un restaurant situé sur un trottoir, la Cour de cassation constatant cette situation de manière incidente à l'occasion d'un litige relatif à une action en nullité de la promesse de vente dudit fonds de commerce (Cass. comm.18 décembre 1990, n° 88-16680, voir également pour un restaurant situé en bordure de mer Cass. Comm. 3 mars 1993, n° 92-85010 ; et également un fonds de commerce de bar-restaurant et location de matériel de plage sur la plage de CALVI (CA Bastia 16 mai 2012, n° 10/00956) ;
- à propos d'un fonds de commerce de garage situé sur le domaine public maritime à l'occasion d'un litige consécutif à une action en reconnaissance du caractère parfait de la vente dudit fonds de commerce (Cass. civ. 1^{ère}, 16 avril 1991, n° 89-21704) ;
- à propos d'un fonds de commerce de café-restaurant situé sur une base de plein air et de loisirs spécialement aménagée sur le domaine public appartenant à un syndicat mixte à l'occasion d'un recours en responsabilité contractuelle introduit par le Syndicat, ce dernier estimant que la société avec qui il avait conclu le contrat de location gérance avait manqué à ses obligations d'entretien et de remplacement du matériel (Cass. com. 26 janvier 1993, n° 91-11051) ;
- à propos d'un fonds de commerce de kiosque-buvette situé sur le domaine public de la communauté urbaine de Lyon, à l'occasion d'un litige relatif à l'engagement de la responsabilité du notaire ayant réalisé les actes actant de la donation du fonds de commerce en méconnaissance des dispositions de la convention d'occupation domaniale dont était titulaire le donateur qui prohibait toute transmission de ladite autorisation (Cass. civ. 1^{ère}, 1 décembre 1998, n° 96-17893) ;
- à propos d'un fonds de commerce de location de bateaux de plaisance sur le bassin de la Villette à Paris, la Cour de cassation reconnaissant de manière incidence le fait que ce fonds soit exploité sur le domaine public à l'occasion d'un litige entre la société occupante du domaine public en vertu de titres délivrés par la Ville et une autre société avec laquelle elle a conclu une convention de location gérance du fonds de commerce (Cass. Comm. n° 9 avril 2002, n°00-10364) ;
- à propos d'un fonds de commerce de station-service à l'occasion d'un litige portant sur l'indemnisation du préjudice subi par le preneur du contrat de location gérance du fonds de commerce consécutivement à sa résiliation dès lors qu'il lui avait été caché le fait que le fonds de commerce reposait lui-même sur une convention d'occupation précaire (Cass. Com. 16 décembre 2008, n° 07-19922) ;
- à propos d'un fonds de commerce de vente de fleurs, d'articles de presse et de restauration au sein d'un centre hospitalier à l'occasion d'un recours introduit par la société exploitant le fonds de commerce en nullité de la résiliation prononcée par le Centre Hospitalier et en

paiement de dommages-intérêts pour rupture abusive (Cass. Civ. 1^{ère}, 4 novembre 2010, n° 09-70284) ;

- à propos d'un fonds de commerce de restauration sur place et à emporter, salon de thé et glacier dans un complexe commercial relevant d'un port de plaisance à l'occasion d'une action en nullité du bail commercial conclu et en paiement de sommes dues au titre d'arriérés de loyers (CA Aix en Provence, 6 mars 2008, n° 06/7749) ;
- à propos d'un fonds de commerce de vente de boisson et de petite restauration froide dans un kiosque de mobilier urbain installé sur le domaine public à l'occasion d'un litige fiscal portant sur les impositions dues à l'occasion d'une vente de fonds de commerce (CA Lyon, 7 juin 2001, n° de RG: 1998/06960)

Par ailleurs, la jurisprudence paraît avoir admis de tels fonds de commerce constitués dans le domaine aéroportuaire, mais dans des hypothèses dans lesquelles il ne s'agissait pas de la question centrale posée par l'affaire.

Ainsi semblent avoir été admis :

- un fonds de commerce de station essence à Orly à l'occasion d'un litige indemnitaire consécutif à la résiliation par la compagnie Esso du contrat de location gérance par lequel elle avait confié la mission à un tiers d'exploiter le fonds de commerce lui appartenant (en vertu d'une concession de la société ADP) (Cass. Comm. 8 mars 2005, N° de pourvoi: 03-18393) ;
- un fonds de commerce de manutention et de magasinage exploité à l'aéroport de Roissy Charles de Gaulle à l'occasion d'un litige en résolution de la location-gérance et en paiement de dommages-intérêts intenté par le propriétaire du fonds estimant que le preneur avait violé la clause de non concurrence insérée dans le contrat de location gérance (Cass. Com, 19 novembre 2002, N° de pourvoi: 00-20085) ;

Certes, l'emprise des aéroports de Paris ne relève pas du domaine public mais sont la propriété de la société privée ADP de sorte que ces fonds de commerce n'ont pas été reconnus comme étant exploités sur le domaine public. Reste que, d'un point de vue matériel ces décisions permettent de considérer que les activités de stations-services, de restauration/bar et de manutention / magasinage peuvent donner lieu à la reconnaissance d'un fonds de commerce dans l'emprise aéroportuaire

Et, dans des cas de figure relatifs à des aéroports comportant un domaine public des fonds de commerce (donc dans des hypothèses pleinement transposables au cas présent) a également été reconnue l'existence :

- d'un fonds de commerce de commission de transport et de douane à l'aéroport Marseille Marignane à l'occasion d'un litige d'ordre fiscal consécutif à la contrainte délivrée par l'administration des douanes à

l'encontre de l'exploitant du fonds de commerce et correspondant à la liquidation de droits qui auraient été dus au titre des déclarations douanières souscrites pour le compte d'une société (Cass. Comm. 7 juillet 2004, N° de pourvoi: 02-17822) ;

- d'un fonds de commerce de location de voitures au sein de l'aérodrome de Saint Denis de la Réunion à l'occasion d'une action en concurrence déloyale intentée par plusieurs sociétés exploitant des fonds de commerce au sein de l'aéroport à l'encontre d'une société exploitant également un fonds de commerce de location de voiture à l'extérieur de l'enceinte aéroportuaire (Cass. Comm., 17 mars 2009, N° de pourvoi: 07-19780)
- d'un fonds de commerce de restaurant bar situé sur l'aérodrome de Chalon Champforgeuil à l'occasion d'une affaire liée au paiement des loyers dus au titre du contrat de location gérance du fonds de commerce (Cass. comm. 10 janvier 2006, n° 03-20733)²² ;

Ces solutions rappelées, il faut tout de même indiquer que dans le cas des aéroports, il est souligné de manière relativement constante que l'identification d'un fonds de commerce s'avère délicate compte tenu principalement de la configuration des lieux et du caractère captif de la clientèle rencontrée.

A cet égard, il faut d'abord souligner que les travaux parlementaires ont clairement rappelé cette nécessité d'une autonomie de la clientèle du commerçant :

« D'une part, votre commission, s'inspirant des règles commerciales de droit commun, a prévu que l'existence du fonds de commerce sur le domaine public serait subordonnée à l'existence d'une clientèle propre. Ainsi, le fonds de commerce ne pourrait être constitué si la clientèle du commerce est celle du domaine public. Il en serait ainsi, par exemple, si le commerce était dans l'emprise d'un jardin public et inaccessible en dehors des heures d'ouverture de ce jardin. (...) » Avis n° 446 (2013-2014) de Mme Nicole BONNEFOY, fait au nom de la commission des lois, déposé le 9 avril 2014)

Or, la doctrine, dans ses commentaires récents parus à la suite de la promulgation de la loi PINEL paraît unanime pour identifier précisément la situation des aéroports en indiquant qu'il ne devrait exister que peu de risques qu'un fonds de commerce soit identifié dessus :

« pour qu'il y ait clientèle propre, il faudra que les clients du commerçant ne passent sur le domaine public que parce qu'ils souhaitent se rendre chez lui. S'ils vont s'y fournir en tant qu'usagers du domaine public - c'est-à-dire parce que leur intention originelle et principale consiste à utiliser le domaine public ou à profiter du service public auquel celui-ci est affecté-, ils ne sauraient être considérés comme faisant partie de la clientèle propre du commerçant (puisque'ils se rattachent en quelque sorte au domaine public et non à une clientèle commerciale distincte). (...) à titre d'illustration si la clientèle du

²² Il est toutefois à noter que dans cette décision il est également fait mention d'une autre procédure liée à celle-ci par laquelle les acheteurs du fonds de commerce ont obtenu du juge judiciaire qu'il constate la nullité du bail commercial conclu sur le domaine public et qu'en conséquence de cette nullité le juge a également entre temps prononcé la nullité de la vente du fonds de commerce sans toutefois que l'on ne puisse déceler précisément les raisons de cette nullité.

commerçant continue à exister alors qu'il n'est plus implanté sur le domaine public, ce sera une clientèle propre ; de même si le commerce demeure accessible à la clientèle alors que la dépendance domaniale d'implantation est momentanément fermée au public. Il faudra entre autres examiner les accès du commerce et déterminer si celui-ci est « divisible » ou « dissociable » du domaine public. Et le commerçant devra bénéficier d'une autonomie de gestion vis-à-vis du gestionnaire du domaine public afin de pouvoir faire reconnaître sa propre clientèle. *Cette exigence exclura sans doute nombreux commerces du bénéfice des dispositions de l'article L. 2124-32-1 du CGPPP* (comme ceux situés dans les gares, *les aéroports* ou les parcs publics clos, sans accès propre). En revanche il ne devrait pas y avoir de difficulté pour faire reconnaître la clientèle des commerçants des halles et marchés. » (C. CHAMARD-HEIM, Ph. YOLKA, « La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public », AJDA 2014, p. 1641).

Les mêmes auteurs poursuivent cette analyse, puisque tout en relevant que « Les dépendances du domaine public qui peuvent être potentiellement concernées par l'article L. 2124-32-1 sous réserve de l'exercice d'une activité commerciale et, pour le commerçant, de la possession d'une clientèle propre - sont, par exemple, les halles et les marchés ainsi que les marchés d'intérêt national, qui bénéficiaient déjà - on l'a vu - d'un régime spécifique), les abattoirs municipaux, les gares, les stations de métro, les ports et *les aéroports*, les aires d'autoroute, les parcs et les promenades publics, les hôpitaux, les universités, les stades et enceintes sportives assimilées ainsi que les musées et certains monuments publics (châteaux, Tour Eiffel, notamment). », considèrent toutefois en nuancant leur propos que « nombre de dépendances du domaine public ne se trouvent pas dans une configuration telle qu'elle puisse expliquer à elle seule l'attractivité commerciale de tel ou tel établissement. Il faut en réalité distinguer entre la situation des « commerces d'infrastructures », où *l'occupant bénéficie effectivement d'une clientèle captive liée à l'équipement (gares, aéroports, etc)*, et celles des autres « commerces domaniaux », dont les exploitants ne profitent pas d'un tel effet d'aubaine. »

Dans le même sens l'on peut noter :

« En effet, *l'existence d'un fonds de commerce dépend de l'existence d'une clientèle rattachée à ce fonds de façon autonome.*

(...) lorsque le commerçant exerce son activité dans des locaux dépendant d'ensembles plus vastes, la constitution du fonds de commerce suppose l'existence d'une clientèle propre au commerçant, distincte de celle de l'ensemble dans lequel se situe le local.(...)

18. - *En pratique, il pourra être difficile de trancher la question de savoir si la clientèle appartient au commerçant ou au gestionnaire du domaine public occupé : dans certains cas, où la clientèle est captive comme dans les aéroports, l'existence d'un fonds de commerce paraît très difficile à admettre. Dans d'autres, comme dans celui des gares dans lesquelles l'offre commerciale s'est largement développée dans un but avoué de dépasser le simple service offert aux voyageurs, la solution sera plus délicate à trouver. Elle dépendra notamment de la dissociabilité fonctionnelle du local occupé avec les autres dépendances du domaine public (mais se posera alors aussi la question de savoir si le local en cause appartient lui-même au domaine public et de l'autonomie de gestion dont dispose l'occupant (en termes d'horaires d'ouverture, de règles à respecter etc.).* » (Ph. S. HANSEN, « L'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public », JCP A n° 36, 8 Septembre 2014, 2250)

III APPLICATION AUX CAS DE FIGURE RENCONTRES DANS LES AEROPORTS

Au vu des solutions jurisprudentielles ci-dessus rappelées, l'on peut tenter d'analyser les cas de figure dans lesquels un fonds de commerce pourrait être reconnu sur l'emprise aéroportuaire.

III.1 Nécessité d'une analyse casuistique

Avant toute chose il paraît indispensable d'insister sur le fait qu'un fonds de commerce ne pourra être identifié que si une clientèle propre - c'est-à-dire une clientèle se rendant sur les lieux où est exercée l'activité commerciale en cause **avant tout pour en bénéficier et non pas avant tout pour bénéficier du service public aéroportuaire**- peut elle-même être identifiée.

Pour pouvoir identifier une clientèle propre dans l'hypothèse - correspondant au cas présent - dans laquelle l'activité est exercée au sein d'un ensemble il convient d'être en mesure d'établir l'indépendance commerciale du commerçant. Cette indépendance commerciale du commerçant doit être analysée, et ce, à l'aune de deux éléments :

- D'une part, la **dépendance géographique** du commerçant, à savoir les modalités d'accès à son commerce par rapport à l'ensemble dans lequel il se situe ;
- D'autre part, la **dépendance organique** du commerçant, c'est-à-dire le degré de liberté dont il bénéficie dans l'organisation de son activités : horaires, tarifs pratiqués, ...

Ainsi, c'est bien au cas par cas, compte tenu des situations factuelles rencontrées que cette analyse peut être réalisée. Il n'est donc pas possible de trancher de manière abstraite la question de savoir si un fonds de commerce peut être identifiée pour un type d'activité particulier. Tout dépendra des modalités concrètes selon lesquelles l'activité sera exercée.

Pour cette raison, si certains grands axes semblent d'ores et déjà identifiables en l'espèce au vu de la liste des activités exercées au sein de les aéroports, il n'est en revanche pas possible de dire si oui ou non pour chacune des activités énumérées des fonds de commerce peuvent être identifiés.

III.2 Problématique des franchises

En plus de la nécessité d'identifier de manière concrète l'existence d'un fonds de commerce, vient également se greffer une seconde problématique pour certaines des enseignes présentes dans les aéroports : celle tenant à la possibilité pour des franchisés de disposer d'une clientèle propre, autonome de celle de l'enseigne dont ils dépendent.

En effet, il faut rappeler que mettant fin à des hésitations jurisprudentielles, la Cour de cassation a, dans un arrêt de principe le 27 mars 2002 (Cass. 3e civ., 27 mars 2002, n° 00-20.732, Trévisan) reconnu la possibilité pour un franchisé de disposer d'une clientèle personnelle, distincte de celle de l'enseigne nationale ou internationale. La solution est transposable au concessionnaire (Cass. com., 12 juin 2007, n° 06-14.872, Sté Lara : JurisData n° 2007-039491). Cela lui permet donc de bénéficier d'un fonds de commerce.

En synthèse, il faut retenir qu'il résulte de cette décision du 27 mars 2002 que deux séries de conditions permettent, si elles sont réunies, la reconnaissance d'un fonds de commerce au profit du concessionnaire ou du franchisé : l'exploitation, à leurs risques et périls, d'une clientèle locale (i) et le droit de disposer des éléments constitutifs du fonds de commerce (ii).

(i) Ainsi, pour pouvoir posséder un fonds de commerce, le concessionnaire ou le franchisé doit supporter le risque entrepreneurial pour créer, maintenir et/ou développer une clientèle (A. Reygrobelle et A. Ronzanon, Dernières avancées jurisprudentielles, in La clientèle appropriée, Fonds de commerce, fonds civil, franchise et commerce électronique : Litec, 2005, p. 180). Ainsi, le risque de l'exploitation apparaît comme le révélateur de l'existence d'une clientèle (J. Derruppé, La propriété commerciale des franchisés et concessionnaires : LPA 23 avr. 1997, p. 70. – V. également pour la consécration du risque entrepreneurial en tant que critère permettant de caractériser la clientèle, CA Paris, 4 oct. 2000, Sté Nicogi c/ Sté Gan Vie,).

(ii) La seconde condition posée par la Cour de cassation est d'ordre géographique. L'arrêt du 27 mars 2002 reconnaît à la fois une clientèle nationale attachée à la notoriété de la marque du concédant ou du franchiseur et une clientèle locale attachée au concessionnaire ou au franchisé qui existe grâce aux moyens que ce dernier met en œuvre.

Par suite, cette seconde problématique vient s'ajouter pour les enseignes du type Paul (évoquée dans le tableau récapitulatif).

III.3 Premières conclusions susceptibles d'être tirées

Ces rappels effectués, il est néanmoins possible de tirer certaines conclusions sur la base de la liste des activités exercées. Après certaines conclusions générales, seront évoquées successivement certaines des activités énumérées dans le tableau élaboré par vos soins.

A.- Premièrement, ainsi qu'il a déjà été souligné, une clientèle n'est pas regardée comme propre au commerçant dès lors que la raison première qui motive sa fréquentation du commerçant est liée à la fréquentation de l'aéroport. Par suite, dès l'instant où la clientèle n'est pas composée d'usagers du service public aéroportuaire, la reconnaissance d'un fonds de commerce semble possible puisque ces clients ne peuvent *a priori* être regardés comme se rendant sur les lieux où est exercée l'activité avant tout pour bénéficier des services de l'aéroport.

B.- Deuxièmement, pour les activités réalisées en zone publique, l'on peut d'ores et déjà relever que par application du critère géographique :

- Les entités situés en dehors des aéroports et disposant vraisemblablement d'accès propres et d'horaires distincts de ceux des autres exploitants d'activités pourront plus aisément se voir reconnaître l'existence d'un fonds de commerce autonome ;
- À l'inverse, les entités exerçant leurs activités au sein des aéroports selon des horaires communs imposés par le gestionnaire devraient *a priori* être regardées comme ne disposant que d'une autonomie relative (voire d'aucune autonomie si d'autres éléments venaient abonder dans le même sens).

C.- Troisièmement, pour ce qui concerne les activités de commerces et services principalement offerts aux particuliers en zone réservée, il semble possible de considérer qu'aucun fonds de commerce ne devrait *a priori* pouvoir être identifié.

En effet, reconnaître une clientèle propre supposerait de se trouver dans l'hypothèse – semble-t-il assez peu réaliste – dans laquelle une personne physique achèterait un billet d'avion, simplement pour avoir la possibilité de franchir cette zone et ainsi accéder à tel fast food ou tel commerce de détail précisément identifié.

Et cette analyse semble également devoir s'imposer y compris dans les hypothèses particulières telles que la présence d'un restaurant gastronomique ou d'un hôtel. Là encore, en dépit de la particularité de ces situations qui ne peut être niée, pour qu'une clientèle propre leur soit reconnue, il faudrait démontrer que les

clients se rendent en zone réservée avant tout pour bénéficier des services qu'ils dispensent et non pas avant tout pour utiliser le service public aéroportuaire.

D.- Quatrièmement, s'agissant des services offerts aux particuliers et aux entreprises, il ne paraît pas possible d'apporter une réponse unique et une analyse casuistique s'impose.

Cependant, en zone sécurisée, s'agissant d'une banque ou d'un bureau de change, la même solution que celle évoquée pour la précédente catégorie semble s'imposer : il ne nous semble pas possible de soutenir que les clients aient délibérément choisi telle banque alors même qu'elle se situe en zone réservée. Et, même en zone publique, il conviendrait de démontrer que les particuliers et les entreprises recourent aux services proposés avant tout pour leurs prestations, et non pas avant tout pour l'utilisation de l'aéroport.

S'agissant de « La Poste » qui semble être en charge d'activités d'expédition de plis par avion non pas en aérogare mais du côté des locaux techniques (côté piste) si celle-ci se trouve en situation de monopole, sans aucun concurrent sur la zone, il paraît délicat de considérer qu'elle dispose d'une clientèle propre. Dans le cadre de son activité en zone publique, compte tenu de la situation géographique des aéroports il est également peu probable que des personnes physiques ou morales se rendent aux guichets qui y sont situés en dehors de leur fréquentation du domaine public aéroportuaire.

S'agissant de stations-services ou d'entreprises de téléphonie mobile situées en zone réservée, la réponse paraît plus nuancée. Il nous semble que si celles-ci se trouvent en situation de concurrence sur la zone et ont vocation à fournir du carburant et des services de téléphonie aux usagers du service public ou aux personnes qui n'en sont pas usagers, il pourrait exister une clientèle propre.

Lorsque ces activités sont réalisées en zone publique et notamment en dehors de l'aérogare, cette analyse est renforcée. Du reste l'existence d'un fonds de commerce de station-service a déjà pu être reconnue (cf. jurisprudence citée supra)

E.- Cinquièmement, concernant les activités et services principalement offerts aux entreprises, une réponse nuancée peut également être apportée.

S'agissant des activités des opérateurs de réseaux filaires et des fournisseurs d'énergie, si les entreprises se trouvent en situation de concurrence et ont vocation à proposer leurs services à des personnes morales qui ne sont pas usagers du service public mais dont l'activité est réalisée sur l'emprise aéroportuaire, des clientèles propres pourraient être identifiées.

S'agissant des panneaux publicitaires, si l'activité visée consiste à assurer des activités de régie publicitaire, il pourrait exister une clientèle propre. En effet, les annonceurs pourraient exercer leur activité à destination d'une clientèle (des sociétés souhaitant que les publicités pour leur marque figurent sur les panneaux exploités par l'annonceur en zone réservée au sein de l'aéroport) recourant à leurs services précisément en raison de leur implantation au sein de l'aéroport au sein de la zone réservée ou plus généralement en zone publique au sein de l'emprise aéroportuaire, mais sans pour autant bénéficier du service public aéroportuaire.

L'on peut ainsi soutenir que la clientèle de ces annonceurs pourrait s'adresser à eux précisément en raison de leur implantation et donc en raison des caractéristiques précises des services qu'ils offrent. Par suite un annonceur exploitant de tels panneaux pourrait disposer d'une clientèle indépendante de celle de l'aéroport.

F.- Sixièmement concernant les activités industrielles liées aux activités aéronautiques, qu'elles soient situées en zone réservée ou publique, il semble, sauf erreur de notre part, que ces activités soient destinées aux compagnies aériennes et plus généralement aux sociétés dont l'activité relève du domaine aéronautique. Compte tenu de leur objet l'on peut vraisemblablement estimer que leur clientèle a recours à ces activités, non pas de manière incidente à l'occasion de la fréquentation de l'aéroport mais véritablement dans le but de bénéficier des services précisément identifiés. L'on peut donc considérer l'existence d'un fonds de commerce, dans l'hypothèse où elles se trouveraient en situation de concurrence. De plus, il faut rappeler que la jurisprudence précitée a déjà admis l'existence d'un fonds de commerce de manutention et de fret ce qui paraît correspondre aux activités visées par cette catégorie.

De la même manière, concernant les « activités des usagers aéronautiques » parmi lesquelles figurent celles d'assistance en escale, si ces activités sont réalisées par plusieurs sociétés dans des conditions concurrentielles, l'on peut estimer que celles-ci disposent d'une clientèle propre constituée par les compagnies qui recourent à leurs services.

Pour le reste des activités, il n'est pas possible de se prononcer de manière abstraite, et seule une analyse précise de chaque cas de figure est de nature à permettre de déterminer si ou non un fonds de commerce est identifiable.

REGIME APLICABLE

L'UAF s'interroge également sur le régime qui sera applicable et notamment sur les questions suivantes :

- Comment l'exploitant d'aéroport doit il combiner ces dispositions avec son obligation de mise en concurrence préalable des conventions et autorisations d'occupation temporaires telle que prévue à l'article 11 du cahier des charges types de 2007 applicable aux aéroports appartenant à l'Etat en vertu du décret 2007-244 du 23 février 2007 ?
- L'article L2124-32-1 du CGPPP est- il d'ordre public ? Peut-il y être dérogé par voie réglementaire ou légale ? contractuelle ? unilatérale (AOT) ?
- Quel(s) sont les droit(s) nouveaux pour le commerçant occupant du domaine du public ?
- Comment l'exploitant d'aéroport doit il combiner ces dispositions avec les autres règles de domanialité publique et notamment le principe de précarité selon lequel les occupants privés du domaine public n'ont aucun droit acquis à l'octroi d'une autorisation d'occupation ?
- En l'absence de reconnaissance d'un droit au bail, en cas de non renouvellement d'une convention/AOT, le commerçant occupant peut-il prétendre à une indemnisation ? dans l'affirmative quels sont les paramètres définissant le montant de l'indemnisation ? Par qui est-elle due ?
- Existe-t-il, au terme normal de l'AOT, un droit de présentation au profit des commerçants exploitant des fonds de commerce ?
- En cas de retrait pour motif d'intérêt général en cours d'AOT, quelle est l'incidence des nouvelles dispositions sur l'indemnisation due à l'occupant ?
- Quel(s) intérêt(s) peut avoir le maître du domaine public, au regard de l'attrait des entrepreneurs pour développer une activité sur le domaine public ? Et au regard de la valorisation du domaine public ?
- La reconnaissance de l'existence d'une clientèle propre est-elle susceptible de remettre en cause le principe ou les modalités de la part variable de la redevance d'occupation du domaine public ?
- L'administration peut-elle imposer dans son cahier des charges un intéressement à la cession ?

Ainsi qu'il sera exposé, les nouvelles dispositions ne créent au profit de l'exploitant aucun droit à obtenir le renouvellement de son autorisation dans l'hypothèse où celui-ci serait propriétaire d'un fonds de commerce (I).

L'apport principal des nouvelles dispositions réside donc en réalité dans la possibilité pour l'exploitant du fonds de commerce, en cas de résiliation pour motif d'intérêt général d'être indemnisé, en plus des préjudices que la jurisprudence admet déjà d'indemniser, de la perte de son fonds de commerce (II).

Cela étant, le droit à indemnité de l'exploitant nous paraît susceptible d'être exclu par voie contractuelle (III). Etant également précisé que cette reconnaissance du fonds de commerce impliquera vraisemblablement la possibilité pour l'autorité gestionnaire du domaine d'augmenter le montant de la redevance d'occupation ou de bénéficier d'un intéressement lors de la cession (IV).

I ABSENCE DE CONSECRATION D'UN DROIT AU RENOUELEMENT

Premièrement, à notre sens, les nouvelles dispositions n'instituent pas au profit de l'exploitant un droit au renouvellement de l'autorisation d'occupation domaniale dont il est titulaire, de sorte qu'au terme normal de celle-ci il ne devrait pas disposer d'un droit à être indemnisé (I.1).

Cela a vraisemblablement pour conséquences le fait l'autorité gestionnaire pourra procéder à une remise en concurrence à l'expiration de la convention, en motivant néanmoins le refus qui pourra être opposé (I.2).

I.1 Absence de droit au renouvellement et de droit indemnitaire au terme normal de la convention

Avant tout il convient d'insister sur le fait que si la possibilité d'exploiter un fonds de commerce est reconnue, en revanche, cette reconnaissance ne s'étend pas à celle d'un bail commercial. Cette volonté assez claire d'exclure tout droit au bail résulte tant des analyses doctrinales²³ que des travaux parlementaires²⁴.

Or, l'on sait que l'une des caractéristiques du bail commercial réside dans le droit d'obtenir, une fois son terme arrivé, son renouvellement. Le refus de renouvellement opposé par le bailleur, se traduit par le versement au preneur

²³ C. CHAMARD-HEIM, Ph. YOLKA, « La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public », AJDA 2014, p. 1641).

²⁴ voir amendement de Mme Bonnefoy, N° 182 rect.du 17 avril 2014 sur l'article 30 ter

dont le bail n'est pas renouvelé à son terme : « *une indemnité dite d'éviction égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement. Cette indemnité comprend notamment la valeur marchande du fonds de commerce, déterminée suivant les usages de la profession, augmentée éventuellement des frais normaux de déménagement et de réinstallation, ainsi que des frais et droits de mutation à payer pour un fonds de même valeur, sauf dans le cas où le propriétaire fait la preuve que le préjudice est moindre.* » (art. L. 145-14 code de commerce)

Ainsi, un bail commercial non renouvelé à son terme se traduit par l'indemnisation de la perte du fonds de commerce qui en résulte pour le preneur évincé²⁵.

Or, le fait que seule la possibilité de constituer des fonds de commerces ait été admise, et non l'existence de baux commerciaux, a pour conséquence directe le fait que **l'exploitant ne dispose a priori pas d'un droit au renouvellement de son autorisation d'occupation domaniale et d'un droit à indemnité en cas de refus de ce renouvellement.**

A cet égard, rappelons que les autorisations d'occupation privative du domaine public sont en effet précaires et révocables (CGPPP, art. L. 2122-3). Par principe, le **titulaire d'une autorisation d'occupation domaniale ne détient donc aucun droit à son renouvellement²⁶**, la jurisprudence qualifiant cette règle de principe général du droit de la domanialité publique²⁷. Ce que la doctrine confirme très clairement : « *En raison de la précarité des titres d'occupation du domaine public, corollaire de son inaliénabilité, les titulaires d'une autorisation domaniale n'ont pas un droit au renouvellement de leur titre* »²⁸

En revanche, le refus de renouvellement ne doit pas intervenir dans des conditions illicites, c'est-à-dire pour un motif étranger à l'intérêt général. En pratique, le refus de renouvellement peut être justifié :

- soit par des motifs de police (CE, 5 nov. 1964, ville d'Ivry-sur-Seine : AJDA 1965, II, p. 168, note Moreau) ;

²⁵ Notons néanmoins que si l'article L. 145-14 édicte donc une présomption de perte du fonds de commerce, laquelle peut cependant être combattue, si le bailleur rapporte la preuve, que le préjudice que va subir le locataire du fait de l'éviction "est moindre" (Sur la charge de la preuve : CA Paris, 16e ch. A, 10 juin 1998, n° 96/18133 : JurisData n° 1998-022324. – CA Paris, 16e ch. B, 26 mai 2000, n° 1997/10010 : JurisData n° 2000-118240 ; Administrer août/sept. 2000, p. 24 ; Rev. loyers 2000, p. 478, note G. de Maillard. – CA Aix en Provence, 4 oct. 2001 : Ann. loyers déc. 2002, p. 2285. – CA Paris, 16e ch. B, 4 déc. 2008 : JurisData n° 2008-373846. – CA Paris, Pôle 5, ch. 3, 9 juin 2010, n° 08/02752 : JurisData n° 2010-014688. – Cass. 3e civ., 18 déc. 2012, n° 11-23.273 : JurisData n° 2012-030332).

²⁶ CE, 14 oct. 1991, *Hélie*, req. n° 95857, Rec. CE 1991, tables p. 927 et CAA Versailles, 24 nov. 2005, *Société Glaxo Wellcome Immobilière de recherche*, req. n° 03VE02298 : CAA Marseille, 3 octobre 2011, M. A c/ *Préfet des Bouches du Rhône*, req. n° 10MA00029.

²⁷ « *Considérant, en sixième lieu, qu'il résulte des principes généraux de la domanialité publique que les titulaires d'autorisation n'ont pas de droits acquis au renouvellement de leur titre ; qu'il appartient à l'administration, sous le contrôle du juge, d'examiner chaque demande de renouvellement en appréciant les garanties qu'elle présente pour la meilleure utilisation possible du domaine public* » (CAA Marseille, 24 janvier 2011, *Cne de Six Fours les Plages*, req. n° 08MA03791)

²⁸ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, 2ème éd., 2013, n° 847, p. 340. également : « *Une autorisation d'occupation venue à expiration peut être renouvelée. Mais il s'agit d'une simple faculté et non pas d'une obligation pour l'Administration. Les occupants du domaine public n'ont aucun droit acquis au renouvellement de leur titre* » (J. DUFU, *JCL Administratif*, Fasc. 406-20 : DOMAINE PUBLIC. – Règles générales d'utilisation, n° 131)

- soit par le souci d'assurer une meilleure utilisation du domaine public occupé (CE, 29 janv. 1964, *Caillon et Sté anonyme Montparnasse Actualités* : AJDA 1964, II, p. 377, note Laporte) : à propos de contrats d'occupation de locaux à usage commercial situés dans la galerie marchande de la gare Montparnasse et que la SNCF avait refusé de renouveler en raison de la démolition de cette gare et de la construction d'une nouvelle gare sur un nouvel emplacement ;
- soit par des motifs d'ordre exclusivement financier comme par exemple, l'intention de retirer de l'occupation du domaine des profits supérieurs au montant des redevances versées par les occupants actuels (CE, 31 mai 1989, *Sté Ducoeur et Bayssac* : RD publ. 1989, p. 1814).

Il faut également signaler qu'une mesure de résiliation poursuit un but d'intérêt général – et est donc licite – dès lors qu'elle a pour motif a résiliation « *la volonté de soumettre l'occupation du domaine à une procédure préalable et de mise en concurrence* » (CAA Bordeaux, 14 mars 2013, *Ecole nationale supérieure des techniques industrielles et des mines d'Albi*, req. n° 11BX03091). Par analogie, l'on peut vraisemblablement estimer qu'un refus de renouvellement motivé par la volonté – ou l'obligation – de soumettre l'attribution de la prochaine convention à une mise en concurrence préalable serait également justifié.

Ceci posé, un occupant dont l'autorisation n'est pas renouvelée ne dispose pas d'un droit à obtenir réparation (CE, 29 mars 1968, *Ville de Bordeaux C/Sté Menneret*, req. n° 68946, Rec. p. 217 ; CE, 1^{er} avril 1992, *Mme X c/ CCI Lyon*, req. n° 80105 ; CE, 20 mars 1996, *M. Y c/ Préfet des Alpes Maritimes*, req. n° 121601 ; CAA Paris, 31 mars 2011, *M. A c/ RATP*, req. n° 09PA06560²⁹ ; CAA Lyon, 1^{er} juillet 2010, *M. A c/ Cne de Thonon les Bains*, req. n° 10LY00915³⁰), le préjudice n'étant pas regardé comme étant anormal et donc indemnisable dès lors que le refus de renouvellement est licite (CE, 8 avril 1998, *Frequelin*, req. n° 165284). La doctrine le confirme également : « *Il ne faut pas confondre le non-renouvellement d'une permission expirée et le retrait d'une permission non encore venue à expiration. Dans le premier cas, l'Administration dispose d'une liberté très grande pour refuser la permission et cela sans indemnité.* »³¹

Or, la réforme induite par la loi du 18 juin 2014 ne semble remettre en cause, ni le principe de l'absence de droit au renouvellement, ni l'absence de droit à toute indemnité au titre de la perte du fonds de commerce au terme normal de la convention.

Cela résulte avant tout des travaux parlementaires:

²⁹ « *Considérant, enfin, que le non renouvellement d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public ne donne pas lieu à indemnisation* »

³⁰ « *Considérant, en second lieu, que M. A ne détenait aucun droit au renouvellement de son autorisation annuelle ni à la conclusion d'une convention d'occupation de longue durée ; que, par suite, il n'est pas fondé à demander réparation au titre de la rupture d'égalité devant les charges publiques des conséquences de la cessation de son activité commerciale sur le port de Rives* » voir en outre CAA Marseille, 27 novembre 2001, *M. Y C/ cne de Nimes*, req. n° 00MA00057 ; CAA Lyon, 15 juin 2000, req. n° 97LY00003)

³¹ J. DUFAU, JCL Administratif, Fasc. 406-20 : DOMAINE PUBLIC . – Règles générales d'utilisation, n° 132

« M. Jean-Pierre Sueur, en remplacement de Mme Nicole Bonnefoy, rapporteur pour avis. - (...) Face à une divergence d'approche, le Gouvernement a tranché en faveur de la Cour de cassation contre le Conseil d'Etat : il a consacré la possibilité d'exploiter un fonds de commerce sur le domaine public. Mme Bonnefoy suggère une position équilibrée : reconnaître ces fonds de commerce en précisant qu'ils n'ouvrent pas droit au bail. De même, pour le droit de présentation, il est clair que la collectivité publique peut refuser un successeur présenté...

M. Alain Richard. - Sans avoir à verser de compensation indemnitaire ?

M. Jean-Pierre Sueur, en remplacement de Mme Nicole Bonnefoy, rapporteur pour avis. - Oui. »³²

« En outre, la constitution d'un fonds de commerce sur le domaine public ne fait pas obstacle à ce que l'administration use de tous ses pouvoirs pour régler l'usage de son domaine public, notamment la possibilité de mettre fin à tout moment à l'autorisation du domaine public. Le fonds de commerce sur le domaine public n'implique pas un droit au bail sur ce domaine. » (amendement de Mme Bonnefoy, N° 182 rect. du 17 avril 2014 sur l'article 30 ter)

« Aussi, la constitution d'un fonds de commerce sur le domaine public ne fait-elle pas obstacle à ce que l'autorité administrative use de tous ses pouvoirs pour régler l'usage de son domaine public⁴⁶(*). Par principe, l'autorisation d'occupation du domaine public demeure, même si un fonds de commerce est constitué, précaire et révocable. De même, l'autorisation devrait rester compatible avec l'affectation du domaine public.

S'agissant de la possibilité même de solliciter par anticipation une demande d'autorisation du domaine public en prévision d'une cession du fonds, votre commission a estimé qu'elle renforçait la prévisibilité des conditions de reprise du fonds de commerce, notamment lorsque son exploitation est étroitement liée à une autorisation d'occupation du domaine public. Elle l'a donc approuvée dans son principe dès lors qu'elle ne retirait aucune prérogative à l'autorité administrative. » (Avis n° 446 (2013-2014) de Mme Nicole BONNEFOY, fait au nom de la commission des lois, déposé le 9 avril 2014)

Il est à noter que cette référence au fait qu'aucune prérogative ne soit retirée à l'Administration renvoie également aux considérations contenues dans la décision du Conseil Constitutionnel du 21 juillet 1994 (CC. Décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994) relative à la loi complétant le code du domaine de

³²rapport pour avis de Mme Nicole Bonnefoy sur le projet de loi n° 376 (2013-2014), adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises. débat commission des lois du 9 avril 2014 Voir également « II. Les modifications apportées par l'Assemblée nationale Cet article additionnel résulte d'un amendement présenté par le Gouvernement et adopté par les députés lors de l'examen du projet de loi en séance publique, en remplacement de l'article 30 bis qui avait été inséré par les députés lors de l'examen en commission des affaires économiques.

Il crée, à la fin du chapitre IV « Dispositions particulières » du titre II « Utilisation du domaine public » du livre Ier « Biens relevant du domaine public » de la deuxième partie « Gestion » du code général de la propriété des personnes publiques, une section 7 intitulée « Utilisation du domaine public dans le cadre de l'exploitation de certaines activités commerciales » et comprenant deux nouveaux articles.

• L'article L. 2124-33 prévoit que le futur acquéreur d'un fonds de commerce peut demander une autorisation d'occupation temporaire du domaine public par anticipation, si cette occupation est liée à l'exploitation du fonds.

Cette autorisation est liée à la réalisation effective de la vente du fonds de commerce, notifiée par le nouveau propriétaire à l'autorité compétente.

• L'article L. 2124-34 concerne quant à lui les héritiers ou ayants droit de l'exploitant d'un fonds de commerce qui bénéficie d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public. Il accorde à ces héritiers ou ayants droit, en cas de décès de l'exploitant, le bénéfice de cette autorisation pour la durée restant à couvrir, dans la limite d'un an. Le nouveau bénéficiaire doit maintenir inchangée l'activité du fonds de commerce.

III. La position de votre commission

Votre rapporteur approuve cette disposition qui apporte une garantie à l'acquéreur d'un fonds de commerce lorsque l'exploitation de ce fonds nécessite l'obtention d'un titre d'occupation du domaine public.

Elle pourra résoudre des difficultés apparues lors de la transmission de fonds de commerce, soit par vente, soit par héritage, sans remettre en cause les principes fondamentaux de notre droit concernant l'imprescriptibilité et l'inaliénabilité du domaine public. » (Rapport n° 440 (2013-2014) de M. Yannick VAUGRENARD, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 9 avril 2014)

l'état et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public. En effet, les dispositions consacrant la possibilité d'une cession des droits réels notamment aux héritiers ou au conjoint dans un délai de six mois à compter du décès sont considérées comme étant conformes à la Constitution, néanmoins le Conseil Constitutionnel relève que **ce délai ne saurait avoir pour effet de priver l'autorité gestionnaire du domaine des prérogatives qui lui incombent pour assurer la continuité du service public.**

La décision rappelle : « *Considérant en deuxième lieu que les dispositions du premier alinéa de l'article L. 34-2 n'autorisent la cession des droits réels, pour la durée de validité du titre restant à courir, qu'à une personne agréée par l'autorité compétente en vue d'une utilisation compatible avec l'affectation du domaine public occupé ; qu'en vertu du deuxième alinéa ces droits peuvent être transmis au conjoint survivant ou aux héritiers en cas de décès dans les mêmes conditions sous réserve que le bénéficiaire, désigné après accord entre eux, soit présenté à l'agrément de l'autorité compétente dans un délai de six mois ; **que ce délai ne peut avoir pour effet, lorsque le fonctionnement d'un service public est en cause, de faire obstacle aux prérogatives de l'autorité compétente pour en assurer la continuité** (...)»¹⁴. Considérant que les règles et garanties ainsi énoncées sont de nature à assurer le fonctionnement des services publics et la protection de la propriété publique en conformité avec les dispositions et principes à valeur constitutionnelle ci-dessus rappelés ; que si les députés auteurs de la saisine invoquent à l'encontre de l'article 1er de la loi le principe selon eux à valeur constitutionnelle de l'inaliénabilité du domaine public, il ressort des dispositions de cet article qu'aucune d'entre elles n'a pour objet de permettre ou d'organiser l'aliénation de biens appartenant au domaine public ; que par suite le grief invoqué manque en fait ».*

Et la doctrine paraît également très claire pour le confirmer :

« si la reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public **n'a pas pour conséquence d'instituer un droit au renouvellement ou une indemnité d'éviction**, elle présente au moins l'avantage de reconnaître le fonds et donc la valeur qu'il représente (valeur, certes qui demeure amoindrie en comparaison à une activité identique bénéficiant d'un bail commercial)»³³

« On notera cependant que le nouveau texte ne crée pas directement de mécanisme de cession du titre d'occupation mais organise, à l'instar par exemple de ce qui existe sur les marchés d'intérêt national, la présentation à l'administration d'un successeur par le titulaire de l'autorisation. Simplement, et c'est là l'apport de la loi, une fois le successeur agréé par l'administration, cet agrément permettra la transmission du fonds qui prendra alors toute sa valeur. (...) En revanche, là où les commerçants titulaires de baux commerciaux disposent généralement de garanties quant à leur maintien dans les lieux qu'ils occupent, il n'en est pas de même sur le domaine public où le principe de précarité fait obstacle à la conclusion de baux commerciaux. Il en résulte que **l'occupant ne peut, à l'expiration de son titre, se prévaloir à aucun droit au maintien dans les lieux ou au renouvellement de l'autorisation. La valeur du fonds de commerce subit donc nécessairement une dépréciation progressive à mesure que le terme du titre d'occupation approche.** »³⁴

³³ J. ANDREANI, B. BRIGNON, « La consécration législative du fonds de commerce sur le domaine public » Recueil Dalloz 2014, p. 1883

³⁴ Ph. S. HANSEN, « L'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public », JCP A n° 36, 8 Septembre 2014, 2250

« Mais l'automatisme de cette prise d'effet ne signifie nullement que l'octroi sera, quant à lui de droit : le principe demeure celui de l'absence de droit à obtention d'une autorisation privative d'occupation du domaine public, lorsque, ce qui est le cas le plus fréquent, l'occupation est seulement "compatible" avec l'affectation du domaine. L'administration dispose ainsi d'un très large pouvoir d'appréciation, dès lors, notamment, que le Conseil d'Etat considère que la décision de délivrer ou non une autorisation d'occupation du domaine public n'est pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie (12) ou encore, que des considérations financières peuvent légalement fonder les décisions prises par l'autorité gestionnaire envers l'occupant du domaine public»³⁵

Enfin, l'on peut ajouter que certains auteurs semblent considérer qu'existerait de manière générale un droit de présentation au terme normal de la convention d'occupation domaniale (en dehors de l'hypothèse de décès du titulaire prévue à l'article L. 2124-34 du CGPPP). Il a ainsi pu être relevé :

« Ces articles prévoient la possibilité pour le titulaire d'une occupation d'occupation du domaine public de créer sur ce domaine un fonds de commerce. Cette possibilité est soumise à la condition que ce dernier exerce son activité sur le domaine public depuis une certaine durée, fixée par délibération du conseil municipal et ne pouvant pas excéder trois ans.

La possibilité de constituer un tel fonds permet donc à son propriétaire de disposer d'un droit de présentation auprès de la personne publique lorsqu'il décide de céder son fonds de commerce. Elle permet également, "en cas de décès, d'incapacité ou de retraite du titulaire" de l'autorisation d'occupation, de transmettre le droit de présentation à ses ayants-droits (CGPPP, art. L. 2224-18-1 et L. 2124-34). La personne publique se voit ainsi tenue de délivrer aux ayants-droits – sous réserve de l'existence d'un motif contraire d'intérêt général – une autorisation d'occupation temporaire de trois mois afin que ces derniers puissent céder le fonds et exercer leur droit de présentation. »³⁶

En effet si une telle possibilité est parfois organisée expressément par les dispositions législatives³⁷, ainsi que la doctrine a pu le noter, ce droit de présentation peut également résulter de la pratique :

« En effet, l'incessibilité du titre peut être contournée par la présentation d'un successeur, qu'elle résulte d'un droit instauré par les textes ou d'une simple pratique. »³⁸

³⁵ F. TENAILLEAU, A. REYGROBELLET, « Le fonds de commerce exploité sur le domaine public : la fin d'un malentendu ? » Lexbase, Hebdo édition publique n°341 du 24 juillet 2014

³⁶ M. UBAUD-BERGERON, JCL contrats et marchés publics, Fasc. 611 : BAIL EMPHYTÉOTIQUE HOSPITALIER, n° 131-1 ; voir également R. REZENTHEL, Fasc. 530 : CONCESSIONS PORTUAIRES ET AÉROPORTUAIRES, n° 115

³⁷ Voir par exemple pour les taxis, l'article L. 3121-2 du Code des transports disposant : « L'autorisation de stationnement prévue à l'article L. 3121-1 et délivrée postérieurement à la promulgation de la loi n° 2014-1104 du 1er octobre 2014 relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeur est incessible et a une durée de validité de cinq ans, renouvelable dans des conditions fixées par décret. Toutefois, le titulaire d'une autorisation de stationnement délivrée avant la promulgation de la même loi a la faculté de présenter à titre onéreux un successeur à l'autorité administrative compétente pour délivrer l'autorisation. Cette faculté est subordonnée à l'exploitation effective et continue de l'autorisation de stationnement pendant une durée de quinze ans à compter de sa date de délivrance ou de cinq ans à compter de la date de la première mutation. ». Il est à noter que le principe de l'incessibilité des autorisations résulte de l'article 6 de la loi n° 2014-1104 du 1^{er} octobre 2014. Voir également depuis la loi du 18 juin 2014 l'institutionnalisation du droit de présentation consacré dans le cadre des halles et marchés : « Sous réserve d'exercer son activité dans une halle ou un marché depuis une durée fixée par délibération du conseil municipal dans la limite de trois ans, le titulaire d'une autorisation d'occupation peut présenter au maire une personne comme successeur, en cas de cession de son fonds. Cette personne, qui doit être immatriculée au registre du commerce et des sociétés, est, en cas d'acceptation par le maire, subrogée dans ses droits et ses obligations. » (art. L. 2224-18-1 du CGCT)

³⁸ C. CHAMARD-HEIM, Ph. YOLKA, « La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public », AJDA 2014, p. 1641

En l'espèce, alors que la loi du 18 juin 2014 a consacré un tel droit de présentation dans l'hypothèse des halles et marchés (art. L.2224-18-1 du CGCT issu de la loi du 18 juin 2014), le législateur est demeuré muet sur la question dans le cadre plus général des autres fonds de commerce sur le domaine public, sans que l'on puisse véritablement déterminer la portée devant être conférée à cette différence de régime.

Seule la pratique ultérieure et la jurisprudence qui sera rendue pourront éclaircir ce point.

Reste que, quand bien même un droit de présentation serait reconnu par la pratique, cela n'aurait pas pour effet de lier l'Administration en l'obligeant à accepter de délivrer à la personne présentée une autorisation d'occupation domaniale. En effet, ainsi qu'exposé *supra*, les nouvelles dispositions introduites par la loi du 18 juin 2014 ne sauraient être analysées comme annihilant le pouvoir dont dispose l'Administration pour choisir ses occupants.

La jurisprudence judiciaire rendue jusqu'à présent sur le sujet le confirme assez nettement.

Certes les décisions ne sont jamais parfaitement explicites, pour autant elles semblent confirmer le fait que l'Administration demeure seule en mesure de déterminer l'identité de l'occupant du domaine public le cas échéant, en neutralisant les incidences d'une cession de fonds de commerce intervenue entre deux personnes privées.

Ainsi, même si le cas de figure n'est pas exactement celui d'une AOT arrivant à son terme mais celui d'une cession du fonds de commerce en cours d'exécution de l'AOT, l'on peut citer plusieurs décisions dans lesquelles l'obtention d'une convention d'occupation domaniale par l'acquéreur du fonds de commerce apparaît indépendante de la cession du fonds et laissant apparaître le fait que l'Administration n'est aucunement tenue d'accepter l'acquéreur du fonds :

« Ainsi dans l'une des décisions, Le 29 février 1988, Madame Angèle X... a acquis de la S.A.R.L. KERDI pour le prix de 630.000 francs un kiosque de vente de boissons de la première catégorie et sandwiches ainsi que ses annexes, installé place de l'Hôtel de Ville à SAINT-ETIENNE (Loire). Madame Y... gérante de la Société KERDI avait obtenu le 19 décembre 1979 de la Ville de SAINT-ETIENNE une autorisation d'installation à titre précaire pour une année renouvelable par tacite reconduction et par un avenant du 5 avril 1988 Madame Angèle X... a été subrogée dans les droits et obligations de la bénéficiaire de cette autorisation. » (CA Lyon, 7 juin 2001, n° de RG: 1998/06960)

« Le 30 mai 2006, suivant acte passé en l'étude de Maître B... notaire à CALVI, il cédait à la SARL CALVIFORNIA le matériel de cuisine et restaurant, le matériel de plage, l'enseigne et la clientèle, le tout pour un prix de 213 428 euros avec jouissance immédiate. L'acquéreur a versé un acompte de 45 000 euros à la signature et s'est engagé dans l'acte à régler le solde le 31 août 2006, jour fixé pour la réitération par acte authentique.

Par avenant du 1er juin 2006, la commune de CALVI a accepté en qualité de nouveau concessionnaire la société CALVIFORNIA en lieu et place de Monsieur X... » (CA Bastia, 16 mai 2012, N° de RG: 10/00956)

L'on peut également mentionner une décision dans laquelle, les cessionnaires du fonds de commerce avaient inclus dans la cession le droit d'occupation du domaine. Or, si à l'occasion d'un litige survenu entre eux, une demande de renvoi préjudiciel au juge administratif de la légalité de cette cession du droit d'occupation était présentée pour des raisons procédurales les conclusions sont regardées comme étant irrecevables (Cass. civ. 1^{ère}, 16 avril 1991, n° 89-21704)

En revanche, dans une autre décision qui ne porte pas non plus précisément sur cette question, est validé le fait pour l'autorité gestionnaire du domaine public de résilier la convention d'occupation temporaire délivrée dès lors qu'en violation de l'une de ses clauses imposant une exploitation strictement personnelle des activités visées par l'autorisation, la société qui en était titulaire avait cédé son fonds de commerce à une tierce (Cass. civ. 1^{ère}, 1 décembre 1998, n° 96-17893).

Ainsi ces décisions semblent confirmer de manière assez nette le fait que le régime décrit ci-dessus de l'AOT caractérisé par l'incessibilité et le caractère personnel de l'autorisation n'est pas affecté par la présence d'un fonds de commerce.

Tout juste la possibilité de constituer un fonds de commerce permettra-t-elle vraisemblablement de l'utiliser comme instrument de crédit, dans le cadre d'un nantissement (ainsi que la doctrine a pu le souligner: « *Que les commerçants soient attachés au fonds de commerce ne saurait surprendre. La propriété d'un tel fonds permet de l'utiliser comme instrument de crédit (nantissement, crédit-bail : C. com., art. L. 142-1 et s.).* »³⁹et cela permettra également au commerçant dont le titre vient à expiration de le céder à titre onéreux à la personne lui succédant qui aura, ainsi que le nouvel article L. 2124-34 du CGPPP le permet, sollicité par anticipation auprès de l'autorité gestionnaire l'obtention d'une AOT.

I.2 Conséquences

Il découle de ce qui précède que les gestionnaires d'aéroports pourront vraisemblablement continuer à procéder à des procédures de publicité et de mise en concurrence préalable la délivrance des autorisations d'occupation domaniale (A), avec toutefois l'obligation – inchangée – de motiver les refus opposés (B)

A. Mise en concurrence

³⁹ C. CHAMARD-HEIM, Ph. YOLKA, « La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public », *AJDA* 2014, p. 1641

Avant toute chose, il faut rappeler que, par dérogation à la règle applicable aux conventions d'occupation domaniales dont la passation est libre dès lors que ces actes ont pour seul objet l'occupation du domaine public⁴⁰, les conventions conclues par les exploitants d'aéroports appartenant à l'Etat sont pour leur part soumises à une procédure spécifique.

A cet égard précisons que, par l'effet de l'article 28 de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales⁴¹, la propriété des aéroports a été transférée aux collectivités territoriales dont ces derniers relèvent géographiquement. Toutefois l'article 28 renvoyait à un décret le soin de dresser la liste des aéroports exclus de ce transfert et qui demeuraient donc la propriété de l'Etat. Ce décret est intervenu le 24 août 2005⁴² et dresse en son article 1^{er} la liste des aérodromes concernés⁴³.

Ceci posé, le décret n° 2007-244 du 23 février 2007 **relatif aux aérodromes appartenant à l'Etat** porte approbation d'un cahier des charges type applicable à la concession de ces aérodromes lequel est annexé audit décret.

Et c'est l'article 11 II dudit cahier des charges qui impose la procédure de mise en concurrence préalable à la délivrance des autorisations d'occupation domaniale:

« Sauf accord préalable du directeur de l'aviation civile et sauf les occupations qui concernent les usagers aéronautiques bénéficiant d'un agrément ou d'une autorisation administrative, ainsi que les administrations de l'Etat et ses établissements publics, les autorisations d'occupation sont délivrées à l'issue d'une procédure permettant une mise en concurrence effective. Les autorisations sont attribuées aux candidats présentant les offres économiquement les plus avantageuses pour la concession, selon des critères définis par le concessionnaire et communiqués aux pétitionnaires. Quand la période couverte par l'autorisation dépasse l'échéance de la concession, l'offre économiquement la plus avantageuse est appréciée sans tenir compte de cette échéance. »

Pourrait donc se poser la question de la combinaison de cette obligation avec les nouvelles dispositions introduites dans le CGPPP. Néanmoins, ainsi qu'il vient d'être exposé, à notre sens, les nouvelles dispositions du CGPPP :

⁴⁰ CE, sect., 3 déc. 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*, req. n° 338272 ; CE, 15 mai 2013, *Ville de Paris*, req. n° 364593.

⁴¹ « I. - La propriété, l'aménagement, l'entretien et la gestion des aérodromes civils appartenant à l'Etat à la date de publication de la présente loi sont transférés, au plus tard, le 1^{er} janvier 2007 et dans les conditions fixées au présent article, aux collectivités territoriales ou à leurs groupements dans le ressort géographique desquels sont situées ces infrastructures. Un décret en Conseil d'Etat fixe la liste des aérodromes d'intérêt national ou international et de ceux qui sont nécessaires à l'exercice des missions de l'Etat qui sont exclus du transfert. (...) »

⁴² Décret n°2005-1070 du 24 août 2005 fixant la liste des aérodromes civils appartenant à l'Etat exclus du transfert aux collectivités territoriales ou à leurs groupements.

⁴³ « Sont exclus du transfert prévu au I de l'article 28 de la loi du 13 août 2004 susvisée les aérodromes suivants :
- les aérodromes mentionnés aux articles L. 251-2 et L. 260-1 du code de l'aviation civile ;
- les aérodromes de Bordeaux-Mérignac, Lyon - Saint-Exupéry et Lyon-Bron, Marseille-Provence, Aix-Les Milles et Marignane-Berre, Montpellier-Méditerranée, Nantes-Atlantique et Saint-Nazaire - Montoir, Nice - Côte d'Azur et Cannes-Mandelieu, Strasbourg-Entzheim, Toulouse-Blagnac ;
- les aérodromes de Cayenne-Rochambeau, Fort-de-France - Le Lamentin, Pointe-à-Pitre - Le Raizet, Saint-Denis-Gillot ;
- l'aérodrome de Saint-Pierre-Pointe-Blanche. »

- n'instituent pas de droit au renouvellement au profit du titulaire sortant propriétaire d'un fonds de commerce
- ne confèrent pas aux ayants droits de droit absolu à bénéficier d'une autorisation temporaire (un motif d'intérêt général pouvant s'y opposer) ;
- ne confèrent pas davantage de droit à la personne présentée par les ayants droits.

Par suite, ces dispositions ne font pas obstacle, par principe, à ce qu'une mise en concurrence soit organisée dès lors que la personne publique conserve une liberté de choix pleine et entière. Ce choix sera simplement exercé non pas immédiatement, mais au terme d'une procédure de mise en concurrence.

D'ailleurs, la doctrine a déjà eu l'occasion d'envisager cette hypothèse pour confirmer que ces dispositions ne font pas obstacle à une mise en concurrence préalable :

« Ces nouvelles dispositions ne rendent pas plus « caduques » selon nous la possibilité dont dispose le gestionnaire du domaine public d'organiser s'il le souhaite des procédures de mise en concurrence pour l'attribution des titres d'occupation domaniale. »

Les commentateurs soulignent notamment que :

« La constitution d'un fonds de commerce n'a pas pour effet de faire prévaloir le droit de cession dont dispose tout titulaire d'un fonds de commerce sur les règles de mise en concurrence susceptibles d'être mises en œuvre par le gestionnaire du domaine public. »⁴⁴

Ainsi, dès lors que ces dispositions ne remettent pas en cause la pleine liberté de choix dont bénéficie l'autorité gestionnaire dans ce domaine, il n'existe pas davantage d'obstacle à ce que ce choix soit exprimé au terme d'une mise en concurrence.

B. Motivation

⁴⁴ E. DEROUESNE, A. STEFANINI-COSTE, « Fonds de commerce sur le domaine public. - La reconnaissance législative », *JCP EA* n° 41, 9 Octobre 2014, 1511. Certes, les pistes suggérées par ces mêmes commentateurs pour combiner la mise en concurrence tout en protégeant le fonds de commerce détenu par l'exploitant semblent reposer sur un éventuel droit indemnitaire dont il bénéficierait au terme normal du contrat, alors même que l'on a vu qu'un tel droit ne nous semblait pas exister « Reste que l'articulation entre mise en concurrence et existence d'un fonds de commerce risque d'être difficile en pratique. En théorie, dans l'hypothèse où le gestionnaire du domaine public entendrait mettre en concurrence, il pourrait alors indemniser directement le titulaire du fonds de commerce avant la procédure de mise en concurrence ou alors évaluer le montant du fonds de commerce avant le lancement de la procédure de passation et exiger des candidats qu'ils rachètent le fonds de commerce dans l'hypothèse où le titre d'occupation domaniale leur serait attribué et dans l'hypothèse où l'activité exploitée sur le domaine public serait identique ou enfin inviter les candidats à insérer dans leur offre une proposition. Toutefois, il est probable que, dans les faits, dans un contexte de future mise en concurrence, la position du concédant et celle de l'occupant sortant divergeront sur l'ensemble des données en présence (existence d'une clientèle propre, valorisation du fonds de commerce en cause, cession, etc.). En conclusion, tâtonnements et contentieux sont plus que prévisibles. »

De seconde part, il nous semble que tant le refus d'une offre présentée, celui de délivrer une autorisation anticipée, le refus opposé aux ayants droits de délivrer l'autorisation provisoire de trois mois ou encore le refus d'accepter la personne présentée par ceux –ci devront être motivés.

En effet, rappelons que par principe, l'article 1^{er} de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public dispose :

« Les personnes physiques ou morales ont le droit d'être informées sans délai des motifs des décisions administratives individuelles défavorables qui les concernent. A cet effet, doivent être motivées les décisions qui (...) –refusent une autorisation, sauf lorsque la communication des motifs pourrait être de nature à porter atteinte à l'un des secrets ou intérêts protégés par les dispositions des deuxième à cinquième alinéas de l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public »

De fait, un refus d'autorisation d'occupation domaniale⁴⁵, de même qu'un refus opposé à une demande de renouvellement⁴⁶, doivent être motivés par l'autorité qui les oppose. Et la solution est identique quand le refus opposé à une demande initiale s'inscrit dans le cadre d'une procédure de publicité et de mise en concurrence lancée en vue de la conclusion d'une autorisation d'occupation domaniale⁴⁷.

Et aux termes de l'article 3 de la loi du 11 juillet 1979 : *« La motivation exigée par la présente loi doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision. »*

Dans ces conditions, le juge censure par exemple une motivation ne mentionnant pas les considérations de fait justifiant le refus de renouvellement d'une convention d'occupation domaniale arrivée à expiration⁴⁸.

⁴⁵ voir également CAA Marseille, 1^{er} juillet 2014, *Ministre de l'Ecologie*, req. n° 12MA02150 ; CAA Marseille, 4 février 2010, *SOCIETE L'ARBRE LA CANNE*, req. n° 08MA01616 ; CAA Versailles, 18 novembre 2008, *FEDERATION NATIONALE DES ARTISANS PIZZA EN CAMION MAGASIN*, req. n° 06VE00544). Ce que la doctrine confirme : *« Le juge administratif devrait pouvoir facilement vérifier le respect de ces exigences car l'administration a, d'une part l'obligation d'examiner toutes les demandes d'occupation qui lui sont adressées et, d'autre part, en vertu de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, celle de motiver ses décisions de refus. »* (N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, 2^{ème} éd., 2013, n° 786, p. 315)

⁴⁶ CAA Bordeaux, 7 mai 2014, *Société Compagnie de l'huître*, req. n° 12BX01456

⁴⁷ *« Considérant qu'aux termes de l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979 : " (...) doivent être motivées les décisions qui (...) refusent une autorisation (...) " ; que la décision rejetant une offre présentée en vue de la conclusion d'une convention d'occupation du domaine public constitue un refus d'autorisation au sens de ces dispositions et doit, par suite, être motivée ; qu'il ressort cependant des pièces du dossier que par sa décision du 18 septembre 2007 rejetant l'offre présentée par la société 20 Minutes France, la RATP se borne à lui indiquer qu'après analyse de l'ensemble des offres, la sienne n'a pas été retenue ; que le moyen tiré de l'insuffisance de motivation de cette décision paraît dès lors, en l'état de l'instruction, de nature à confirmer l'annulation de cette décision par le tribunal administratif de Paris »* (CE, 23 mai 2012, RATP, req. n° 348909, au recueil) voir également *« 5. Considérant qu'aux termes de l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979 susvisée : " (...) doivent être motivées les décisions qui (...) refusent une autorisation (...) " ; que la décision rejetant une offre présentée en vue de la conclusion d'une convention d'occupation du domaine public constitue un refus d'autorisation au sens de ces dispositions et doit, par suite, être motivée. »* (CAA Paris, 7 février 2013, RATP, req. n° 10PA05686, 11PA02805)

⁴⁸ *« Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979 : « ... doivent être motivées les décisions qui ... refusent une autorisation » et qu'aux termes de l'article 3 de cette loi : « La motivation ... doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision » ; que relèvent de ces dispositions, les décisions par lesquelles l'autorité en charge de la gestion du domaine public refuse de renouveler une autorisation d'occupation dudit domaine, à l'expiration du terme convenu pour cette occupation ; qu'en se bornant à indiquer, dans sa décision du 18 février 2005, que « conformément aux articles 28 et 7 (conditions particulières et conditions générales) de la convention d'occupation du domaine public, nous vous informons par la présente que la Chambre de commerce et d'industrie de la Martinique n'entend pas poursuivre la convention et donne en conséquence congé à la SARL J.B.L. pour le 15*

S'agissant du fond du motif de refus, ainsi que le relève la doctrine « *sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, tout motif d'intérêt général peut justifier un refus d'autorisation d'occupation du domaine public.* »⁴⁹. Et de fait, au-delà des considérations assez évidentes liées à la conservations du domaine telles que la préservation de son esthétique (CE, 13 juillet 1951, *Sté La nouvelle jetée promenade de Nice*, Rec. p.404), à la préservation de l'environnement ((TA Paris, 24 janvier 2013, Comité français du propane et du butane et Assoc. française du gaz, req. n° 1119742, AJDA 2013,) ou la nécessaire intégration des installations dans l'environnement (CAA Marseille, 17 janvier 2008, *M. X c/ Min. Ecologie*, req. n° 06MA01064), un motif financier peut également être avancé (CE, 2 mai 1969, *Sté Affichage Giraudy*, req. n° 60932, rec. p. 238)

Etant entendu que le refus d'autoriser un établissement commercial à occuper le domaine public en vue d'y installer une terrasse ne peut être regardé par lui-même comme portant atteinte à une liberté fondamentale, sous réserve du cas où ce refus serait fondé sur un motif étranger à la bonne utilisation du domaine public (CE, 16 sept. 2002, *EURL La Cour des miracles*, req. n° 250313, AJDA 2003, p. 661).

Dans le cas d'un refus de renouvellement la jurisprudence est constante pour juger qu'il « *il résulte des principes généraux de la domanialité publique que les titulaires d'autorisation n'ont pas de droits acquis au renouvellement de leur titre ; qu'il appartient à l'administration, sous le contrôle du juge, d'examiner chaque demande de renouvellement en appréciant les garanties qu'elle présente pour la meilleure utilisation possible du domaine public* » (CAA Marseille, 17 janvier 2008, *M. X c/ Min. Ecologie*, req. n° 06MA01064 ; CAA Marseille, 26 juin 2012, *société Techno Mambo*, req. n° 11MA01151).

Ceci précisé, au cas présent, les autorités gestionnaires demeureront soumises à ces obligations dès lors qu'il s'agira de refuser une offre présentée par une entité souhaitant exploiter un commerce sur le domaine public.

S'agissant des cas de figures spécifiques introduits par la loi du 18 juin 2014 aux articles L. 2124-33 et L. 2124-34 du CGPPP, il faut distinguer les hypothèses.

D'une part, s'agissant de la demande anticipée d'autorisation prévue par l'article L. 2124-33, à notre sens c'est le régime classique qui s'applique et le refus d'accorder une autorisation devra être motivée en application des principes susmentionnés. La spécificité introduite par cette disposition réside simplement dans l'hypothèse offerte à un demandeur de solliciter par anticipation l'autorisation avant d'acheter un fonds de commerce, l'autorisation ne commençant alors à produire ses effets qu'une fois la vente du fonds réalisée.

juin 2005, date à laquelle elle devra avoir libéré les lieux et satisfait à l'établissement de l'état des lieux de sortie », *la Chambre de commerce et d'industrie de la Martinique n'a pas précisé les considérations de fait qui constituaient le fondement de sa décision* ; que la SARL J.B.L. est dès lors fondée à soutenir que la résiliation prononcée dans de telles conditions était irrégulière et que c'est à tort que le tribunal administratif a refusé d'en prononcer l'annulation » (CAA Bordeaux, 3 juillet 2008, SARL J.B.L., req. n° 06BX01281)

⁴⁹ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, 2^{ème} éd., 2013, n° 774, p. 308)

Mais, cela ne change rien au pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité gestionnaire pour déterminer si oui ou non il y a lieu de l'accorder, et corrélativement à son obligation de motiver le refus qu'elle peut opposer.

D'autre part, l'article L. 2121-34 impose expressément une telle motivation en disposant *in fine* « *Toute décision de refus est motivée* ». Il convient néanmoins de distinguer à nouveau entre les deux cas de figure visés par l'article L. 2124-34 à savoir (i) l'autorisation provisoire de trois mois pouvant être sollicitée par des ayants droits et (ii) le droit de présentation dont ces derniers disposent.

En effet, l'autorisation d'exploitation provisoire de trois mois, aux termes de l'article L. 2124-34 semble ne pouvoir être refusée que si un motif d'intérêt général le justifie. Certes, ainsi qu'il vient d'être exposé, n'importe quel motif d'intérêt général peut être invoqué par une personne publique pour refuser de délivrer une AOT. Par conséquent, cette disposition peut apparaître comme étant redondante par rapport au principe général. Toutefois, l'on peut d'ores et déjà constater que la rédaction de l'article semble particulièrement directive et ne conférer qu'une marge de manœuvre très réduite à l'autorité gestionnaire. Ainsi la disposition utilise le présent de l'indicatif : « *l'autorité compétente délivre à la demande de ses ayants droit, sauf si un motif d'intérêt général s'y oppose, une autorisation d'occupation temporaire du domaine public (...)* ». L'on peut donc sans doute d'ores et déjà considérer que le contrôle qui sera exercé par le juge en cas de refus d'une telle autorisation transitoire pourrait s'avérer plus resserré que celui qui s'exerce sur les autres décisions de refus.

D'ailleurs, au vu de cette rédaction impérative, quand bien même l'article L. 2124-34 n'aurait pas prévu explicitement une telle obligation de motivation, l'on aurait pu estimer que le refus opposé à ladite demande d'autorisation provisoire aurait pu constituer une décision qui « *refuse(nt) un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir* » au sens de l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979 et qui doivent donc être motivées pour cette raison.

A l'inverse, le refus opposé à la personne présentée comme successeur, semble être soumis au pouvoir d'appréciation classique de l'autorité gestionnaire en la matière.

II RECONNAISSANCE DU DROIT A INDEMNITE EN CAS DE RESILIATION POUR MOTIF D'INTERET GENERAL

Deuxièmement, si l'exploitant ne se voit pas reconnaître, à notre sens de droit à indemnité au terme normal du contrat, en revanche, il pourra être indemnisé en cas de résiliation anticipée pour motif d'intérêt général, de la valeur de son fonds de commerce.

En effet, l'on sait que par principe l'occupant du domaine dont l'autorisation est résiliée pour motif d'intérêt général est en droit de demander réparation des conséquences dommageables de cette décision prononcée par l'Administration dans l'intérêt du domaine et en l'absence de faute du cocontractant.

Cela résulte avant tout de l'article R. 2125-5 du CGGPPP qui dispose que :

« Lorsque l'autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public est retirée, avant l'expiration du terme fixé, pour un motif d'intérêt général, le titulaire évincé peut prétendre, outre à la restitution de la partie de la redevance versée d'avance et correspondant à la période restant à courir, à une indemnité égale, sous déduction de l'amortissement calculé dans les conditions fixées par le titre d'autorisation, au montant des dépenses exposées pour la réalisation des équipements et installations expressément autorisés, dans la mesure où ceux-ci subsistent à la date du retrait.

Ce montant est fixé sur la base des dépenses réelles justifiées à l'autorité qui a délivré le titre. Celles-ci sont déterminées à partir du devis joint à la demande d'autorisation, rectifié au plus tard dans les six mois de l'achèvement des travaux ou de chaque tranche de travaux.

L'amortissement des équipements et installations édifiés par l'occupant ne peut pas être pratiqué sur une période excédant la validité du titre restant à courir. »

Le Conseil d'Etat l'a clairement posé :

« 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 » (CE, 31 juillet 2009, société Jonathan Loisirs, req. n° 316534).

Et la jurisprudence postérieure l'a confirmé en relevant que dans le cas où l'autorisation serait résiliée pour motif d'intérêt général avant son terme son titulaire est en « *droit d'obtenir réparation du préjudice direct et certain résultant de la résiliation de la convention d'occupation domaniale avant son terme, 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* » (CAA Bordeaux, 14 mars 2013, *ENSTIM d'Albi*, req. n° 11BX03091)⁵⁰

Etant entendu que le silence du contrat sur les conséquences indemnitaires ne peut être interprété comme excluant le principe de cette indemnisation (CE, 31 juillet 2009, *société Jonathan Loisirs*, req. n° 316534), mais qu'en revanche le contrat peut parfaitement exclure ce droit à indemnité⁵¹.

⁵⁰ « qu'il sera fait une juste appréciation du préjudice résultant du manque à gagner en fixant à la somme de 3 000 euros sur la base des conclusions de l'expertise ordonnée en référé l'indemnité destinée à le réparer ; que cette somme correspond à la provision déjà allouée en référé »

⁵¹ Commentant l'arrêt visé la doctrine note que « *L'arrêt précité admet cependant que les stipulations puissent écarter tout droit à indemnité* » (G. ECKERT, « Résiliation pour motif d'intérêt général : quels droits à indemnisation ? », Contrats et Marchés publics n° 10, Octobre 2009, comm. 332).

Dans ce cadre, si avant l'introduction des nouvelles dispositions dans le CGPPP, ce droit indemnitaire paraissait exclu dans la mesure où le juge refusait d'admettre l'existence de fonds de commerce sur le domaine public⁵², a contrario, à présent qu'un tel droit est consacré, cette indemnisation devrait être due à l'exploitant.

La doctrine paraît unanime pour reconnaître aux exploitants « la possibilité d'être indemnisés de la perte du fonds en cas de résiliation de leur titre »⁵³:

« Désormais, pour indemniser le préjudice éventuellement causé par la résiliation sur l'intégrité du fonds de commerce, le Conseil d'Etat devrait être conduit à rechercher l'existence d'une clientèle propre »⁵⁴

« La valorisation économique du fonds de commerce, outre qu'elle constitue l'une des conditions premières de la cession du fonds, présente un second avantage essentiel pour le commerçant installé sur le domaine public : permettre une juste indemnisation de l'occupant en cas de résiliation de son titre d'occupation. En effet, si le Conseil d'Etat avait admis, dans son arrêt Société Jonathan Loisirs précité, qu'en l'absence de clause contraire, l'occupant est en droit d'obtenir réparation du préjudice direct et certain résultant de la résiliation de son titre pour un motif d'intérêt général, 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, l'impossibilité de constituer un fonds de commerce sur le domaine public faisait obstacle à ce que l'occupant évincé demande la réparation de préjudices tenant en la perte d'un tel fonds de commerce, le privant ainsi d'une grande partie de ses droits indemnitaires. »⁵⁵

S'agissant des modalités concrètes, il y aura vraisemblablement lieu de s'inspirer des solutions dégagées par le droit commercial. A cet égard, il faut rappeler que l'article L. 145-14 relatif à l'indemnité d'éviction due en cas de refus de renouvellement d'un bail commercial prévoit que cette indemnité correspond au préjudice subi lequel comprend notamment la « *valeur marchande du fonds de commerce, déterminée suivant les usages de la profession* ».

A titre d'exemple, il a pu être jugé au sujet d'un fonds de commerce que les méthodes usuellement retenues tiennent compte, non pas du résultat d'exploitation, mais de la capacité bénéficiaire du fonds déterminée à partir de l'excédent brut d'exploitation moyen des trois dernières années, qui intègre outre le résultat d'exploitation la dotation aux amortissements, ou du chiffre d'affaires généré par l'exploitation sur les trois dernières années (CA Caen, 2e

⁵² Notamment CE, 31 juillet 2009, société Jonathan Loisirs, req. n°316534, précité.

⁵³ C. CHAMARD-HEIM, Ph. YOLKA, « La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public », AJDA 2014, p. 1641.

⁵⁴ J. ANDREANI, B. BRIGNON, « La consécration législative du fonds de commerce sur le domaine public » Recueil Dalloz 2014, p. 1883

⁵⁵ Ph. S. HANSEN, « L'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public », JCP A n° 36, 8 Septembre 2014, 2250. Certes le même auteur note qu'en l'état l'article R. 2125-5 du CGPPP relatif à l'indemnité due à l'occupant dont la convention est résiliée avant son terme n'est plus adapté aux nouvelles dispositions législatives : « Certes, ces dispositions ne sont pas d'ordre public, de sorte que les parties peuvent convenir d'inclure la perte du fonds de commerce dans le périmètre des préjudices indemnisables, mais il serait certainement opportun que les dispositions réglementaires précitées soient modifiées pour tirer les conséquences de l'évolution des dispositions législatives. »

civ. et com., 10 avr. 2014, n° 12/03735M. Jean-Paul Plazanet c/Mme Aude, Annie, Evelyne Soulard).

Ou encore dans le cas de la perte du fonds de commerce d'alimentation générale, l'indemnité principale d'éviction correspond à la valeur de remplacement du fonds. Etant précisé que l'activité du preneur ne se réduit pas à la vente au détail au sens commun du terme mais comprend aussi la vente de ce qu'il convient d'appeler "demi-gros", puisqu'il vend à des particuliers en grosse quantité. Le pourcentage de 30 % du chiffre d'affaires retenu par l'expert judiciaire prend l'exacte mesure du caractère mixte de l'activité exercée par le locataire dans des locaux, dans un secteur central, animé et de bonne valeur commerciale, l'expert estimant, sans être utilement démenti, que le pourcentage de 15 % du chiffre d'affaires est habituellement retenu pour l'activité de vente en demi-gros et celui de 45 % pour l'activité de vente au détail (CA Paris, Pôle 5, ch. 3, 2 juill. 2014, n° 12/16908, M. *Abdenebi Medjdoub c/M. Ammar Sidani*).

L'on peut également citer une décision concernant la perte d'un fonds de commerce de café-brasserie. La société peut prétendre obtenir une indemnité principale d'éviction égale à la valeur marchande du fonds, laquelle sera calculée suivant les usages applicables en matière de cessions de fonds comparables en fonction du chiffre d'affaires TTC, corrigée éventuellement par celle de l'excédent brut d'exploitation. L'expert a exactement distingué les deux activités bar/café d'une part et brasserie d'autre part qui sont valorisées différemment, la valorisation de la partie café/bar se faisant par l'application d'un chiffre multiplicateur de la recette journalière TTC, compris entre 400 et 800, tandis que le fonds de brasserie s'apprécie suivant un pourcentage du chiffre d'affaires TTC allant de 50 % à 190 % (CA Paris, Pôle 5, ch. 3, 18 déc. 2013, n° 12/03309, SARL Au Comptoir d'Or c/ SARL Secola).

En synthèse donc, cette indemnité devra nécessairement être calculée au cas par cas en fonction des usages de chaque profession.

III POSSIBILITE DE DEROGER AUX REGLES NOUVELLES

Troisièmement, ces précisions apportées, il nous semble envisageable pour l'autorité gestionnaire d'exclure le droit à indemnité éventuellement dû à l'exploitant.

A cet égard, et pour répondre à la question posée, il convient de préciser que des stipulations contractuelles ne peuvent déroger ni aux dispositions d'ordre public, ni aux dispositions impératives.

Il faut en effet distinguer ces deux éléments, l'ordre public d'un côté et les dispositions à caractère impératif, de l'autre. Ainsi que l'exprime la doctrine : « *Lois impératives et ordre public ne doivent pas être confondus. Une loi peut imposer une règle que les parties n'ont pas le droit d'écarter, sans que soit en*

jeu l'intérêt général ou celui de l'Etat. D'une part, il est des lois impératives dont la violation n'entraîne pas la nullité du contrat, mais constitue seulement une infraction pénale ; la nullité n'est encourue que si la règle violée est en relation directe avec la conclusion du contrat ; maintenir dans ce cas le contrat serait perpétuer l'infraction, donc violer l'ordre public. De même, il est des lois impératives qui ont seulement pour objet de protéger des intérêts privés : ainsi, celles qui imposent une solennité ou une incapacité. D'autre part, il arrive qu'un juge annule pour contrariété à l'ordre public un contrat qui n'est pas prohibé par un texte de loi ; il faut alors qu'il explique pourquoi l'intérêt général a été atteint. »⁵⁶

La jurisprudence relève que des dispositions législatives ont « *un caractère impératif auquel il ne peut être dérogé par voie contractuelle* » (CA Paris, 28 Septembre 2006, Monsieur Didier HARANDc/ BAYERISCHE HYPO UND VEREINSBANK, BANK AUSTRIA, N° 05/05414)

Ceci posé, dans certains cas la loi elle-même précise le fait qu'il ne peut y être dérogé par voie contractuelle. Ainsi par exemple l'article 7, la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance répute expressément non écrite toute renonciation à ce droit et rend de ce fait impossible d'y déroger par voie contractuelle⁵⁷. De même l'article L. 411-5 du Code rural dispose que « *Sous réserve des dispositions de l'article L.411-3 et sauf s'il s'agit d'une location régie par les articles L.411-40 à L.411-45, la durée du bail ne peut être inférieure à neuf ans, nonobstant toute clause ou convention contraire* ».

Mais, en dehors de ces hypothèses de qualification législative expresse, la jurisprudence procède également, au cas par cas, en identifiant les dispositions qui sont d'ordre public ou impératives.

Ainsi, sont impératives les dispositions de l'article 36 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat portant sur la position du fonctionnaire en cas de suppression d'emploi(CAA Nancy, 4 août 2005, SA France Telecom, req. n° 03NCO0456). Et, sont d'ordre public les dispositions du II de l'article 5 du décret du 21 février 2002 (désormais abrogé), lesquelles font obstacle à la renonciation de tout ou partie du taux des intérêts moratoires, qu'ainsi, les stipulations précitées du contrat doivent être réputées non écrites (CAA Paris, 28 avril 2014, Sté RFF, req. n°N° 13PA03563)

Ce procédé casuistique rend de fait très délicate et très aléatoire toute tentative d'identifier en amont une disposition d'ordre public ou une disposition impérative.

⁵⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNES, PH. STOFFEL-MUNCK, Les obligations, Defrénois, 3ème éd., n° 648. Voir également : « Les conventions ne font la loi des parties que si elles sont « légalement formées ». Une doctrine fleuve élaborée dès le 19e siècle éclaire cette formule aussi fondamentale qu'ambiguë. Les contrats peuvent déroger aux lois dites « supplétives » c'est-à-dire aux règles législatives qui ont pour seul but de préciser une règle applicable au contrat à défaut d'une stipulation particulière. Celles auxquelles on ne peut déroger sont dites impératives. C'est aux juges et plus particulièrement au juge du droit de dire celles qui le sont et celles qui ne le sont pas. » (C. CHAMPAUD, D. MANET, RTD Com. 2008 p. 566).

⁵⁷ L'article 7 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance dispose « *Toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite.* »

Cela étant à notre sens, la véritable question posée en l'espèce n'est pas tant celle de la possibilité d'écarter l'application de l'article L. 2124-32-1 en tant que tel dès lors que celui-ci se borne à reconnaître la possibilité d'exploiter des fonds de commerce sur le domaine public, mais davantage celle de la **possibilité pour les parties d'aménager par voie contractuelle la possibilité d'écarter toute indemnisation.**

En effet, ainsi qu'a pu le relever la doctrine, **la question de l'existence d'un fonds de commerce n'est pas tant une question juridique qu'une question factuelle découlant de la présence simultanée des différents éléments composant un tel fonds, et avant tout d'une clientèle propre.**

Les auteurs relèvent ainsi :

« On peut, en deuxième lieu, s'interroger sur la marge de manoeuvre dont dispose la personne publique qui a délivré le titre d'occupation en ce qui concerne la constitution du fonds de commerce. L'AOT est-elle susceptible d'écarter l'existence d'un tel fonds au bénéfice de l'occupant du domaine public ? Si le commerçant ne dispose pas d'une clientèle autonome, la question ne mérite pas d'être posée. En revanche, si cette clientèle existe et si tous les éléments sont réunis pour constituer le fonds de commerce - qui est un groupement de biens -, l'on ne voit pas comment la personne publique pourrait s'opposer à la constitution du fonds (qui résulte de la réunion d'éléments factuels définis par le droit commercial et procède d'une constatation à laquelle la rédaction du titre d'occupation ne paraît pas en mesure de faire obstacle). Mais le propriétaire public tiendra bien sûr compte de l'existence du fonds de commerce dans l'évaluation du montant de la redevance domaniale que le commerçant devra verser (celle-ci étant proportionnelle aux avantages retirés par l'occupant de son utilisation du domaine public : CGPPP, art. L. 2125-3), même si un tel fonds - en l'absence de droit au bail - aura nécessairement une valeur vénale moindre que celle d'un fonds comparable hébergé dans un local commercial ordinaire. »⁵⁸

Par suite, il ne nous paraît pas juridiquement envisageable de prévoir dans des conventions que le gestionnaire du domaine « empêche la constitution d'un fonds de commerce » ou « ne reconnaît pas l'existence de fonds de commerce ».

En revanche ainsi qu'exposé supra, la question de la reconnaissance d'un fonds de commerce sur le domaine public emporte pour principale conséquence, outre les facilités que cette reconnaissance lui conférera, la possibilité d'être indemnisé de la perte de son fonds en cas de résiliation pour motif d'intérêt général.

Or, comme c'est classiquement le cas dans ce domaine, le juge administratif a admis la possibilité pour les parties d'organiser les conséquences indemnitaires d'une telle mesure, le cas échéant en excluant tout droit indemnitare (CE, 31 juillet 2009, *société Jonathan Loisirs*, req. n°316534).

⁵⁸ C. CHAMARD-HEIM, Ph. YOLKA, « La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public », *AJDA* 2014, p. 1641.

Par voie de conséquence, à notre sens, il sera loisible aux parties, par analogie, d'exclure tout droit à indemnité.

IV INCIDENCES FINANCIERES POUR L'ADMINISTRATION

Quatrièmement, la reconnaissance de la possibilité de constituer un fonds de commerce sur le domaine public emportera vraisemblablement une possibilité pour l'autorité gestionnaire d'augmenter le montant de la redevance qui sera due par l'exploitant (IV.1) ou de prévoir un intéressement lors de la cession du fonds (IV.2).

IV.1.- En effet, l'article L. 2125-3 du code général de la propriété des personnes publiques dispose : « *La redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation.* »

En pratique, et de manière habituelle, les redevances sont décomposées en deux parts : une part fixe correspondant, en règle générale, à la « valeur locative » de la surface occupée et une part variable permettant de tenir compte des avantages retirés par l'occupant⁵⁹. S'agissant précisément de cette deuxième partie, il est assez classique de retenir le chiffre d'affaires réalisé par l'occupant⁶⁰, ou de tenir compte de ses « revenus »⁶¹, ou bien encore du résultat net après impôt⁶². Etant précisé qu'au-delà de ces considérations, le montant de la redevance doit être fixé par l'autorité « *dans l'intérêt de ce domaine et de son affectation [et] dans l'intérêt général* »⁶³.

A titre d'exemple, le juge a déjà pu prendre en considération l'ensemble des caractéristiques de l'occupation, et notamment l'étendue des surfaces occupées, leur situation géographique privilégiée, les commodités existant à proximité et susceptible d'accroître la clientèle du bénéficiaire de l'occupation, afin de contrôler le niveau de la redevance⁶⁴.

Etant précisé que Cependant, le contrôle du Juge en matière de contrôle du niveau de la redevance demeure assez réduit, celui-ci contrôlant uniquement qu'il n'existe pas d'erreur manifeste d'appréciation.

⁵⁹ CE 10 février 1978, *Scudier c. Ministre de l'économie et des finances*, p. 66 ; CE 21 mars 2003, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux*, req. n° 189191.

⁶⁰ EDCE 2002, *Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public*, p. 53.

⁶¹ CE 10 février 1978, *Ministre des finances c. Scudier*, Rec. p. 66.

⁶² CE 13 juin 1997, *Sté des transports pétroliers par pipe-line* : Rec. CE, p. 230.

⁶³ CAA Marseille, 6 novembre 2012, *M. B. c/ Cne d'Ales*, req. n° 10MA03152

⁶⁴ « *qu'il résulte toutefois de l'instruction que, d'une part, la SOCIETE MILANI bénéficie de la possibilité de mettre en place une terrasse d'une superficie de 246 mètres carrés sur la place Paoli, laquelle constitue un espace vaste et aéré, situé à proximité du bord de mer ; qu'eu égard à la localisation et à la configuration particulières de cet emplacement, lesquelles sont mises en avant par la commune, ainsi qu'aux possibilités d'accès et de stationnement à proximité immédiate, la requérante est susceptible de tirer de l'occupation du domaine public un avantage compte tenu duquel le montant de la redevance réclamée n'est pas, comme l'ont retenu à juste titre, et sans inverser la charge de la preuve, les premiers juges, manifestement excessif ; (CAA Marseille, 13 mars 2012, *Sté Milani*, req. n° 09MA04082).*

Ainsi, le montant doit pouvoir être regardé comme étant « *manifestement sous-évalué* » pour encourir l'annulation⁶⁵ ou à l'inverse comme étant **manifestement excessif**⁶⁶ ou **manifestement disproportionné**⁶⁷. La doctrine le confirme en relevant : « *Il résulte de l'application de ces critères que les redevances anormalement basses sont irrégulières.* »⁶⁸ Dans le même sens, une réponse ministérielle a déjà rappelé que les personnes publiques disposent en la matière d'une « *une importante marge d'appréciation* »⁶⁹. La doctrine le confirme en faisant état de la liberté relative des personnes publiques en matière de fixation du montant de la redevance⁷⁰.

Or, ainsi que précédemment indiqué la reconnaissance de l'existence d'un fonds de commerce se traduira directement, sur un terrain indemnitare, en cas de résiliation pour motif d'intérêt général et confèrera un avantage supplémentaire à l'exploitant⁷¹. Par ailleurs, ainsi que la doctrine a pu le relever : « *Que les commerçants soient attachés au fonds de commerce ne saurait surprendre. La propriété d'un tel fonds permet de l'utiliser comme instrument de crédit (nantissement, crédit-bail : C. com., art. L. 142-1 et s.). Le propriétaire du fonds peut en transférer la jouissance (location-gérance) ou la propriété (cession du fonds).* »⁷²

Par suite, à notre sens il s'agit d'« *avantage(s) de toute nature* » susceptibles d'être pris en compte dans le calcul.

C'est du reste ce que confirme la doctrine sur cette question en relevant précisément que « *Cette réforme est, quoi qu'il en soit, bénéfique pour l'ensemble des acteurs ; les commerçants pourront en tirer des avantages évidents en vue de la constitution de leur fonds de commerce, tandis que les personnes publiques y verront la perspective d'une meilleur valorisation de leur domaine public (mais est ce bien sa vocation première ?).* »⁷³

D'autres auteurs allant explicitement jusqu'à mentionner la conséquence sur le montant de la redevance. Après avoir rappelé que sous l'empire du droit

⁶⁵ CAA Marseille, 6 novembre 2012, *M. B. C/ Cne d'Ales*, req. n° 10MA03152, précité.

⁶⁶ CAA Marseille, 13 mars 2012, *Sté Milani*, req. n° 09MA04082, précité)

⁶⁷ CAA Paris, 7 février 2013, *RATP*, req. n° 10PA05686, et n° 11PA02805. Pour un autre exemple de contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation (CAA Versailles 18 juillet 2013, *société PAR.EN.GE*, req. n° 11VE00989)

⁶⁸ JCL Propriétés publiques, Fasc. 59-10 : REDEVANCES DOMANIALES, n° 33 et s.

⁶⁹ Rép. Min QE n° 3241 JO Sénat 17 avril 2008.

⁷⁰ H. Hoepffner, *La modification du contrat administratif*, Thèse, L.G.D.J., p. 194.

⁷¹ Avantage qui demeurera toutefois inférieur par rapport à l'hypothèse dans laquelle un véritable droit au bail aurait été reconnu.

⁷² C. CHAMARD-HEIM, Ph. YOLKA, « La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public », AJDA 2014, p. 1641. Voir également : « *les principales prérogatives attachées au fonds de commerce que sont la possibilité d'utiliser le fonds comme instrument de crédit, d'en transférer la jouissance (location-gérance), d'en transférer la propriété (cession)* » (E. DEROUESNE, A. STEFANINI-COSTE, « Fonds de commerce sur le domaine public . - La reconnaissance législative », JCP EA n° 41, 9 Octobre 2014, 1511)

⁷³ J. ANDREANI, B. BRIGNON, « La consécration législative du fonds de commerce sur le domaine public » Recueil Dalloz 2014, p. 1883.rd

antérieur à la loi du 18 juin 2014, seul un nombre réduit de postes d'indemnisation étaient admis, ils relèvent : « *le rejet de tels éléments se répercutait mécaniquement en amont, au stade du calcul des redevances d'occupation du domaine public, dont le montant se trouvait réduit, par ricochet, en raison de la limitation du droit à indemnisation des commerçants en aval. (...) Mais le propriétaire public tiendra bien sûr compte de l'existence du fonds de commerce dans l'évaluation du montant de la redevance domaniale que le commerçant devra verser (celle-ci étant proportionnelle aux avantages retirés par l'occupant de son utilisation du domaine public : CGPPP, art. L. 2125-3), même si un tel fonds - en l'absence de droit au bail - aura nécessairement une valeur vénale moindre que celle d'un fonds comparable hébergé dans un local commercial ordinaire. »⁷⁴.*

Par suite à notre sens, dès lors que la reconnaissance du fonds de commerce augmente le droit à indemnité de l'exploitant à l'expiration de la convention, les redevances pourront être réévaluées à la hausse.

IV.2.- Peut également être envisagée la possibilité d'intégrer dans les conventions d'occupation domaniale délivrées des dispositions prévoyant un intéressement de l'Administration au montant de la cession du fonds de commerce.

Certes, cette possibilité n'est pas expressément ouverte par les textes et pour l'heure la doctrine ne paraît pas l'avoir envisagée. Pour autant, elle paraît rattachable au principe de liberté contractuelle et pourrait également trouver une assise dans la jurisprudence ayant jugé qu'il était loisible aux parties à un contrat administratif, en cas de résiliation pour motif d'intérêt général, de mettre à la charge de l'Administration le versement à son cocontractant d'une indemnité inférieure au montant du préjudice réellement subi :

« Considérant, il est vrai, qu'en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, l'autorité concédante peut toujours, pour un motif d'intérêt général, résilier un contrat de concession, sous réserve des droits à indemnité du concessionnaire et que l'étendue et les modalités de cette indemnisation peuvent être déterminées par les stipulations du contrat, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le montant du préjudice résultant, pour le concessionnaire, des dépenses qu'il a exposées et du gain dont il a été privé ; que ce principe, découlant de l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités, ne s'appliquant pas aux personnes privées, rien ne s'oppose en revanche à ce que ces stipulations prévoient une indemnisation inférieure au montant du préjudice subi par le cocontractant privé de l'administration » (CE, 4 mai 2011, CCI de Nîmes, req. n° 334280).

Rien ne semble donc interdire de prévoir des avantages financiers au profit de l'Administration. Reste que, cet intéressement devrait vraisemblablement être appréhendé, plus largement au regard de l'ensemble des obligations financières

⁷⁴ C. CHAMARD-HEIM, Ph. YOLKA, « La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public », AJDA 2014, p. 1641) De même : « Face à ces nouvelles règles bienvenues tant pour les professionnels que dans l'intérêt de la valorisation du domaine ». G. CLAMOUR, « L'instauration législative du fonds de commerce sur le domaine public », Contrats et marchés publics, n° 8-9, août 2014, comm. 213.

mises à la charge de l'occupant. A défaut, l'Administration pourrait se heurter à la critique tirée du caractère excessif du niveau de redevance prévu.

Enfin, ce cas de figure correspondrait à celui dans lequel la cession du fonds de commerce serait conclue, pour le commerçant sortant, sous condition suspensive d'obtention de l'autorisation d'occupation domaniale. A défaut, si l'Administration pouvait percevoir un intéressement sur la vente d'un fonds de commerce à destination d'une société qui ne se verrait pas accorder l'autorisation d'occupation temporaire, la démarche semblerait beaucoup plus critiquable.

Telles sont les observations que nous sommes en mesure de formuler.

Je vous prie de croire, Cher Monsieur, en l'expression de mes sentiments distingués.



Nil Symchowicz
Avocat Associé