

OCCUPATION DU DOMAINE PUBLIC ET FONDS DE COMMERCE : UNE PRECARITE PERPETUELLE POUR L'EXPLOITANT

COMMERCIAL EXPLOITATIONS ON THE PUBLIC DOMAINE/ A CONTINUOUS INSECURITY FOR THE EXPLOITANT

Pr. NORA TALBI

Enseignant chercheur à la Faculté des Sciences juridiques, économiques et sociales

Université Mohammed V - Souissi

Rabat, Maroc

n.talbi@um5.ac.ma ; n.talbi@um5s.net.ma

ZERKDI KENZA

Doctorant à la Faculté des Sciences juridiques, économiques et sociales, Laboratoire
d'études et de recherches juridiques et politiques

Université Mohammed V - Souissi

Rabat, Maroc

RESUME

A la question de la possibilité pour l'occupant privatif du domaine public d'y exploiter un fonds de commerce, le droit marocain apporte une réponse des plus tranchée, en interdisant cette dernière. Ceci étant, les droits et les intérêts de l'occupant privatif du domaine public, souvent porteur de lourds investissements et générateurs de dynamisme économique, n'en sont pas moins protégés et garantis. Ceci étant, le statut attribué aux occupants privatifs du domaine public, ou du moins la précarité qui lui est aujourd'hui reconnue, ne serait-elle pas dissuasive à l'investissement ? Aussi l'étude de législation étrangères, en ce tout particulièrement, française, sans doute plus aboutie à l'heure d'aujourd'hui en reconnaissant certains avantages supplémentaires à l'occupant privatif du domaine public.

Mots clés :

Domaine Public ; Fonds de commerce ; Occupation temporaire ; Exploitation.

ABSTRACT

Moroccan law provides a very clear-cut answer to the question of whether it is possible for a private occupant of the public domain to exploit a business there by prohibiting the latter. This being the case, the rights and interests of the private occupier of the public domain, often the bearer of heavy investments and economic growth, are nonetheless protected and guaranteed. This being the case, would the status attributed to private occupants of the public domain, or at the very least the insecurity that is currently acknowledged, not be a

dissuasive factor for investments? Also, the study of foreign legislation, in particular, French, undoubtedly more accomplished at the present time by acknowledging certain additional benefits to the private occupier of the public domain.

Key words :

Domaine, Business, temporary occupation, exploitation.

INTRODUCTION

L'importance croissante attachée à la valorisation du domaine public, pousse la doctrine et les magistrats et la doctrine à se questionner davantage sur la possibilité de constituer un fonds de commerce sur le domaine public. En effet, la question de la légitimité d'une constitution du fonds de commerce sur le domaine public semble avoir fait couler beaucoup d'encre à l'étranger, tant par la doctrine que par les juges administratifs et judiciaires, prenants tantôt position pour les partisans de cette théorie, tantôt position pour ses détracteurs.

A contrario, la position marocaine semble moins controversée à ce sujet, tant le dispositif juridique en vigueur à l'heure d'aujourd'hui apparaît bien tranché. En effet, les dispositions de la loi 49-16 relative aux baux des immeubles ou des locaux loués à usage commercial industriel ou artisanal¹, dans son article 2 al. 1 précisent expressément que « *ne sont pas applicables aux baux d'immeubles ou de locaux relevant du domaine public de l'Etat, du domaine des collectivités territoriales ou des établissements publics ...* », l'exploitation d'activités diverses sur ces lieux étant soumis à un régime juridique qui leur est bien propre, à savoir celui des occupations temporaires du domaine public. Ce droit, pour le moins ancestrale, ne manque pas d'asseoir le caractère précaire du statut de l'occupant sur le domaine, se révélant ainsi être une source d'insécurité perpétuelle pour ses occupants.

Ceci étant, les commerçants, souvent porteur de lourds investissements sur le domaine public, participent activement et indéniablement à l'accroissement de la fréquentation de ces sites et améliorent la qualité des services rendus aux usagers. Aussi il va sans conteste que l'Administration aurait un intérêt tout particulier à attirer davantage les commerçants, et autres investisseurs, sur le domaine public, certains sites étant d'ores et déjà très attrayants pour la population (*i.e.*, le domaine public maritime). Ainsi, nous pouvons parfaitement comprendre les divers débats et polémiques au sujet de l'admission d'un fonds de commerce sur le domaine public chez nos voisins Gaulois. De toute évidence, l'amélioration de la situation du commerçant installé sur le domaine public participerait indéniablement à la valorisation économique du domaine public. Aussi, il est légitime à nos yeux de nous demander ***dans quelle mesure serait-il possible d'allier règles de droit privé et***

¹ Dahir n°1-16-99 du 13 chaoual 1437 (18 juillet 2016), B.O., n°65-78- 20 Ramadan 1438 (15-6-2017)

principes administratifs, afin d'apprécier l'existence d'un fonds de commerce sur le domaine public ?

I. UNE EXCLUSION MATERIELLE DU DOMAINE PUBLIC DU CHAMP D'APPLICATION DE LA REGLEMENTATION PROPRE AUX BAUX COMMERCIAUX

C'est sans équivoque que le législateur marocain prend pour position l'exclusion, ferme et catégorique, du champ d'application de la loi n°49-16 des biens appartenant au domaine public de l'Etat. Cette marginalisation relève sans doute de l'apparente incompatibilité des principes de droit privé et de droit public en la matière, d'une part, et, de sa volonté de prioriser une protection du domaine public contre toute utilisation anarchique et contraire à sa destination par des tiers sur la protection des intérêts des preneurs, en soumettant ainsi, d'autre part, toute occupation du domaine public à un régime caractérisée par sa précarité.

I.1. INCOMPATIBILITE CARACTERIELLE DES PRINCIPES REGISSANT LE DOMAINE PUBLIC ET LE FONDS DE COMMERCE

1. Les Principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité du domaine public

Si la protection juridique du domaine public signifie maintenir sa consistance matérielle et empêcher une utilisation anarchique de celui-ci par les tiers, le droit marocain consacre des principes fondamentaux à cet effet. Ces règles, remontant au XXème siècle, ne sont autres que les principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité du domaine public.

L'inaliénabilité du domaine public et son corollaire l'imprescriptibilité ont pour principal objet l'assurance d'une protection juridique efficace du domaine public à la fois contre les agissements de l'administration elle-même, et contre ceux des particuliers. L'inaliénabilité correspond au caractère d'un bien ou d'un droit lorsqu'il est insusceptible de faire l'objet d'un transfert de propriété. Par conséquent, ce principe s'oppose d'une part à ce que les biens du domaine public soient vendus ou aliénés tant que ces derniers n'ont pas été sujets à un déclassement en domaine privé de l'Etat, et s'oppose d'une seconde part à ce que les biens composant le domaine public fassent l'objet d'une procédure d'expropriation. Le principe de l'inaliénabilité du domaine public a donc pour objectif de lutter contre le démembrement de ce dernier. Le droit marocain consacre ce principe en confirmant au travers des dispositions de l'article 4 du Dahir du 1^{er} Juillet 1914² que « *le domaine public est inaliénable et imprescriptible* ».

Il importe également de noter que l'inaliénabilité est intrinsèquement liée à l'affectation du bien immeuble en question. En effet, le principe de l'inaliénabilité persiste dès lors que

² B.O. 10 Juillet 1914

l'affectation perdure. Conséquemment, un bien immeuble ne représentant plus un intérêt d'affectation au public ou au service public est désaffecté. Ainsi, la jurisprudence marocaine reprend ce principe en disposant que « *le caractère de domanialité publique est attaché, non seulement à un mode d'acquisition déterminé, mais à l'affectation actuelle à l'usage public, ou à l'aménagement pour l'exploitation d'un service public*³ ». Ainsi, les portions du domaine public qui seraient reconnues sans utilité pour les besoins publics pourront être déclassées par arrêté du Grand Vizir [Chef du Gouvernement] rendu sur la proposition du directeur général des travaux publics et feront retour au domaine privé de l'Etat⁴.

L'imprescriptibilité quant à elle est un principe corolaire au principe d'inaliénabilité du domaine public. Le domaine public, en sus d'être inaliénable, est également caractérisé par son imprescriptibilité. Le caractère imprescriptible du domaine public empêche les particuliers d'acquérir des droits, résultants notamment en un usage prolongé, sur lui. Ce principe se révélant alors à l'antipode de la règle du droit au maintien sur les lieux et au renouvellement consacré aux termes de la réglementation relative aux baux commerciaux. Ainsi, le principe d'inaliénabilité a pour effet de protéger le domaine public contre l'acquisition de droits par l'usage prolongé qu'en feraient des particuliers.

A cet effet, la Cour d'Appel de Rabat a, à maintes reprises, eut l'occasion d'asseoir davantage ce principe en assurant notamment que le fait de faire immatriculer un immeuble appartenant au domaine public ne puisse, en aucune façon, procéder à la disparition du caractère domanial de ce bien⁵.

Néanmoins, le domaine public peut faire l'objet d'une décision d'immatriculation au profit de l'Etat ou d'une collectivité locale, mais il ne peut être atteint par une décision d'immatriculation prononcée au profit d'un tiers ; il subsiste, il n'est pas « purgé » ; même s'il a été attribué au requérant, celui-ci n'en devient pas propriétaire, il n'est pas titulaire du droit qui a été inscrit à son nom sur son titre⁶. Dans le même ordre d'idée, dans un arrêt du 5 avril 1941, la cour réaffirme l'inopposabilité d'un titre foncier au domaine public de l'Etat. De même, il a été arrêté que la longue possession n'est pas opposable aux collectivités publiques en raison de l'imprescriptibilité du domaine public⁷.

Bien que l'importance des principes de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité soit indéniable, il semblerait que d'un point de vue pratique, l'imprescriptibilité du domaine public permet d'assurer une protection contre les erreurs et négligences potentiels de l'administration elle-même. En effet, la prescription, à raison de son caractère sournois, est particulièrement menaçante pour l'intégrité du domaine public, spécialement pour les

³ Cass. Civ. 28 oct.1957 : Gaz. Trib. Maroc 10 juin 1958, p.63 ; confirme Rabat 13 décembre 1952

⁴ Article 5 du Dahir du 1^{er} Juillet 1914 sur le domaine public (B.O. 10 Juillet 1914)

⁵ C.A.Rabat 11-7-1923, RACAR 1923, p 177, cité dans, A.Eddahbi, les biens publics en droit marocain, p 181.

⁶ Decroux Paul, Droit foncier marocain, p.115

⁷ C.A.Rabat 12 3 1958 p 424 cité dans, A.Eddahbi, les biens publics en droit marocain, p 181.

dépendances qui ne sont pas occupées d'une manière permanente par un service administratif.

2. Les garanties légales protectrices du preneur dans le cadre d'un bail commercial

Les principes d'imprescriptibilité et d'inaliénabilité permettent l'institution d'une protection juridique passive du domaine public à la fois contre les agissements de l'administration elle-même, et contre ceux des particuliers. Dès lors il est possible de comprendre l'incompatibilité de tels principes avec les garanties offertes aux locataires de baux commerciaux par la loi 49-16 tels que le droit au renouvellement, lequel confère une véritable propriété commerciale au preneur, et le droit d'indemnisation pour cause d'éviction du preneur.

a) Le droit au renouvellement du bail

Dans les baux commerciaux, la liberté contractuelle est fortement réduite par une législation spéciale impérative dont le but est de protéger le locataire⁸. En effet, les pertes considérables pouvant être subies par le commerçant en cas de relocalisation, mais surtout en cas de perte de sa clientèle causée par le non renouvellement de son contrat de bail a été prise en compte par le législateur, qui vient, apporter une position favorable au commerçant en lui accordant, de droit, la possibilité de renouveler son bail. Ainsi, le bailleur qui, à l'expiration du bail, aurait refusé, sans juste motif, de renouveler le contrat le liant au commerçant locataire, se voit opposer le renouvellement de droit accordé par la loi au locataire. A cet effet, le locataire désirant se prévaloir du renouvellement de son contrat de location devra à minima justifié d'une exploitation effective continue et non interrompue des locaux pendant deux années consécutives, à défaut, il devra s'être acquitté d'une somme d'argent en contrepartie de son droit au bail. Ce droit au bail doit cependant répondre à certaines conditions de forme en faisant l'objet d'un écrit. De manière générale ce montant équivaut à la valeur minimale exigée comme indemnité par le commerçant en cas d'éviction.

b) L'indemnisation légale du preneur pour cause d'éviction

Le bailleur peut s'opposer à la demande de renouvellement formulée par le preneur et donner congé définitif à son locataire. Toutefois, lorsque ce congé n'est pas motivé par un juste motif, le bailleur sera tenu de verser à son locataire une importante indemnité d'éviction. L'indemnité d'éviction a pour objet la réparation du préjudice causé au locataire par le défaut de renouvellement. Conformément aux dispositions de l'article 7 de la loi 49-16, cette indemnité d'éviction comprend la valeur du fonds de commerce estimée sur la base des déclarations fiscales au titre des quatre derniers exercices, en sus des dépenses occasionnées par les travaux de rénovation et de restauration ainsi que

⁸ Nakhili Mohamed, « La protection du fonds de commerce contre le bailleur des locaux : la propriété commerciale », revue marocaine du droit commercial et des affaires, p 11

des éléments du fonds de commerce perdus par le locataire. Elle comprend également les frais de déménagement. De surcroît, à la limitation du principe de liberté contractuelle évoquée en matière de droit au renouvellement au bail ci-dessus, s'ajoute également la limitation selon laquelle le législateur assoit davantage la protection du locataire en disposant clairement de la nullité de toute clause ou compromis susceptible de faire échec au droit du locataire à l'indemnité de résiliation.

Il est vrai que le législateur marocain prévoit également que le bailleur peut en cas de résiliation du contrat de bail, dans une optique de minimalisation de l'indemnisation d'éviction, justifier que le préjudice causé au locataire est de valeur moindre. Cependant, bien que la preuve en droit commercial puisse être établie par tout moyen, cette dernière ne sera sans conteste pas aisée à déterminer.

Aussi après avoir exposé brièvement les contours de la protection garantie au travers du statut du commerçant dans le cadre des baux commerciaux, il nous importe de procéder au parallélisme de la solidité du statut accordé en droit privé à la précarité de celle de l'occupant exerçant une activité commerciale sur le domaine public.

I.2. DE LA PRECARITE DU REGIME DES AUTORISATIONS D'OCCUPATION TEMPORAIRE DU DOMAINE PUBLIC

1. Le régime juridique applicable aux autorisations d'occupation temporaire du domaine public

Le régime de l'utilisation du domaine public s'inscrit dans le cadre d'une volonté du législateur marocain d'assurer non seulement aux usagers une utilisation conforme à sa destination et de permettre sa conservation mais également de garantir une mise en valeur du domaine, dans la mesure de son affectation. Tout particulier, peut solliciter de l'autorité compétente une autorisation d'occupation temporaire du domaine public, que ce soit à des fins commerciales (stand, terrasses de café, établissement balnéaire), ou autre. Le domaine public peut ainsi faire l'objet de multiples et diverses occupations temporaires moyennant le paiement d'une redevance forfaitaire fixée selon un barème national établi par le ministre de l'équipement.

Les autorisations d'occupation temporaire du domaine public se révèle en réalité très peu protectrice des droits et des intérêts des permissionnaires à de nombreux égards, notamment au travers du caractère révocatoire permanent qui la caractérise. En effet, quel que soit la durée de l'autorisation, cette dernière est toujours accordée à titre précaire et peut être révoquée par l'autorité compétente à tout moment. C'est ainsi que la révocation peut intervenir, dans un premier cas de figure, de plein droit, quand l'occupant ne respecte pas l'une des obligations mises à sa charge. Dans un second cas de figure, la révocation de l'autorisation peut être prononcée pour « *des motifs d'intérêt public dont l'administration demeurer seule juge* ». Ceci étant, il arrive que les décisions de révocation d'autorisation d'occupation temporaires du domaine public ne soient suivies d'aucun effet palpable par le

permissionnaire qui ne libère pas les lieux de lui-même. L'Administration se trouve alors obligée de recourir à des moyens tels que la démolition des installations ou constructions aménagées par le bénéficiaire de l'autorisation.

Notons également que de nos jours, par dérogation aux dispositions du dahir de 1918, l'Administration n'est plus l'unique maître de ses décisions de révocation, et est dans l'obligation de motiver ses décisions. En effet, la cour suprême a jugé qu'il lui appartenait, malgré les termes du dahir de 1918, de contrôler la régularité du but et des motifs du retrait de l'autorisation⁹. Ainsi les dispositions de l'article 6 du dahir de 1918 concernant le caractère précaire et révocable de l'autorisation d'occupation temporaire ne saurait s'opposer à ce que les décisions relatives aux occupations privatives sur le domaine public ne puissent faire l'objet du recours en annulation pour excès de pouvoir devant la Cour Suprême, que l'article 1er du dahir du 27 septembre 1957 permet désormais de former directement devant cette juridiction, contre toutes les décisions émanant des autorités administratives quel que soit leur objet.

La précarité caractérisant le régime des autorisations d'occupation temporaire du domaine public est par ailleurs, la conséquence directe d'un mécanisme d'attribution unilatéral d'autorisation pas assez bien encadré par le législateur marocain. Il est en effet aberrant de constater qu'aucune limite de temps n'est imposée à l'Administration pour répondre à une demande d'autorisation d'occupation temporaire, ou de manière plus alarmante encore, pour répondre à une demande de renouvellement d'autorisation expirée. Les lacunes du Dahir du 30 Novembre 1918¹⁰ sont parfaitement illustrées au travers de l'affaire opposant l'administration à la société d'exploitation des plages du Maroc¹¹. Il apparaît donc évident, que pour mettre un terme à ces abus il conviendrait d'imposer à l'administration l'obligation de statuer dans des délais fixes et brefs. A l'époque de l'affaire susmentionnée, il importe de noter qu'aucune obligation de motiver de façon précise sa décision de refus n'incombait à l'administration, chose qui de nos jours a été rectifié par le législateur marocain au travers des dispositions de la loi sur la motivation des décisions administratives.

En outre, au problème de la précarité du retrait des autorisations d'occupation temporaires, qui est un véritable obstacle devant la mise en valeur du domaine public, s'ajoute le problème de la motivation du retrait. En effet, les retraits des autorisations d'occupations temporaires du domaine public ont été jusque-là justifiés par des motifs d'intérêts publics en conformité avec le dahir de 1918.

Enfin, force est de constater qu'en dépit du rôle économique grandissant que joue le domaine public au Maroc, celui-ci demeure toujours sous le joug d'un texte, presque

⁹ CSA 6-7-1961, Sté balnéaire R83, cité dans, Rousset Michel, Garagon Jean, Droit administratif marocain, revue marocaine d'administration locale et de développement, p 165

¹⁰ B.O. 20 janvier 1919 p 37.

¹¹ T.A. Casablanca, 24/4/1996, SEPM c/ministre des Travaux publics, note M. Rousset, REMALD, n°19, 1997, p 165 et réponse à un contradicteur, REMALD n°22, 1998, p127.

ancestrale, datant de 1914. Nul ne peut contester que ce texte, ancien de plus d'un siècle aujourd'hui, soit aujourd'hui dépassé. Les préoccupations du législateur de 1914 et celles du législateur contemporain sont toutes autres et ne peuvent être comparables.

2. La nécessité d'un nouveau cadre juridique protecteur des intérêts de l'exploitant

Au regard de tout ce qui précède, il nous semble évident que nombreux sont les aménagements devant impérativement être apportés au dispositif juridique en vigueur en matière d'occupation temporaire sur le domaine public, afin d'asseoir la position de l'investisseur et de rendre cet espace plus attractif aux yeux de ces derniers. La valorisation et l'exploitation économique du domaine public, fait apparaître la nécessité pour le législateur marocain de consolider et de protéger, incontestablement l'espace en question, mais également les droits de ses usagers, en ce tout particulièrement les investisseurs privés. Toutefois, force est de constater que tout dispositif législatif s'efforçant de concilier les exigences liées aux impératifs d'efficacité économique et le maintien des prérogatives de protection du domaine, peut apparaître comme un compromis pour le moins inabouti. C'est donc avec beaucoup d'espérances qu'un projet de loi n°03.19, ayant pour ambition l'amélioration du régime de l'occupation temporaire du domaine public marocain, voit le jour. Présenté par le Ministre de l'Équipement, du Transport, de la Logistique et de l'Eau, ce projet vise à assurer la protection nécessaire du domaine et a pour ambition de mettre en place des règles qui prennent en compte les spécificités de ces espaces orientés vers une occupation optimale et rationnelle¹². Par conséquent, des mesures de protection à l'encontre de toutes sortes d'occupation illégale inadaptées aux finalités pour lesquelles elles sont autorisées et des règles spéciales relatives aux occupations temporaires sont édictées. Par-là, le législateur marocain reconnaît le caractère obsolète du régime de 1918, ses dispositions n'assurant certainement plus une protection efficace du domaine publique. C'est donc dans ce cadre que le projet de loi n°03-19 a été déposé, le 5 mai 2021 au bureau de la première chambre du parlement, et soumis le 12 mai 2021 à l'aval de la commission des infrastructures, de l'énergie, des mines et de l'environnement. Ce projet de loi, a pour ambition d'apporter les modifications qui suivent :

En premier lieu, le projet de loi aura pour majeure atout d'imposer à l'administration l'examen de la demande d'occupation du domaine public dans un délai ne dépassant pas 30 jours. Le projet de loi exige également, relativement aux projets d'investissements, le texte de loi prévoit une durée de 40 ans, renouvelable une seule fois pour une durée maximale de 40 ans, avec certaines exceptions, et interdit toute cession ou transfert du droit d'exploitation des autorisations d'occupation temporaire du domaine public de l'Etat sous peine d'annulation. Avec le nouveau texte proposé par le gouvernement, les contrevenants paieront dix fois la redevance normale en cas d'occupation illégale du domaine public et

¹² Tel qu'indiqué par le porte-parole du gouvernement Said Amzazi dans un communiqué lu lors d'un point de presse à l'issue du conseil.

jusqu'à 20 fois en cas de construction illégale sur le domaine public en plus d'être poursuivis devant la justice.

Par ailleurs, le projet de loi dispose qu'en cas de retrait des autorisations d'occupations temporaire avant leur expiration pour intérêt public, des indemnités seront octroyées au profit de leurs titulaires.

Ceci étant, le projet de loi 03-19, bien que répondant à de nombreuses problématiques connues par les commerçants et occupants du domaine public, en envisageant une solution qui, tout en laissant intact le droit de retirer à tout moment les autorisations d'occupation, offre à l'occupant certaines garanties, notamment la possibilité d'obtenir une indemnité en cas de retrait anticipé de l'autorisation, nous ne pouvons nous empêcher de nous interroger sur la possibilité de reconnaître un fonds de commerce en bonne et due forme sur le domaine public.

II. DE LA TRANSPOSITION DES REGLES LIEES A LA CONSTITUTION D'UN FONDS DE COMMERCE AUX REGLES DE DOMANIALITE PUBLIQUE

Pour la Cours de Cassation, la possibilité d'admettre l'existence de fonds de commerce sur le domaine public n'a jamais soulevé de difficultés majeures. A cet effet, plusieurs dizaines d'arrêts reconnaissent cette possibilité depuis 1965. De surcroit, l'introduction, en droit français, de quatre nouveaux articles dans le Code général de la propriété des personnes publiques, constituant une nouvelle section intitulée « *utilisation du domaine public dans le cadre de l'exploitation de certaines activités commerciales* », consacrant la possibilité d'exploiter un fonds de commerce sur le domaine public, met un terme à une jurisprudence des juridictions administratives, aussi constante que contestée, selon laquelle l'occupation du domaine public s'oppose à la constitution d'un fonds de commerce.

II.1. LES LIMITES A LA CONSTITUTION D'UN FONDS DE COMMERCE SUR LE DOMAINE PUBLIC

1. Le droit au bail : une condition négligeable a la constitution du fonds de commerce

Qu'il s'agisse du droit privé de manière général ou encore des dispositions commerciales relatives aux baux, la possibilité d'un droit d'occupation démunie de droit au bail a semble-t-il presque toujours été admise, moyennant le respect de certaines conditions de précarités et de forme. Ainsi, l'article 80, alinéa premier du code de commerce marocain ne considère aucunement le droit au bail comme une condition obligatoire à la constitution d'un fonds de commerce. Cette position, reconnue tant par les juridictions nationales que françaises, a engendrée un grand nombre d'arrêts en ce sens. C'est le cas notamment du commerçant propriétaire à la fois de son fonds de commerce et de l'immeuble où le fonds serait exploité. En ce sens la Cour de Cassation française a reconnu que le droit au bail n'était pas nécessaire à l'existence du fonds de commerce en disposant notamment « [...] d'une part que quelle

que soit son importance, le droit au bail ne constitue pas, de plein droit, un élément nécessaire du fonds de commerce, qui peut exister en dehors de lui ¹³».

Aussi, il nous apparaît intéressant de relever qu'au regard de la jurisprudence française, tout porte à croire que la position du Conseil d'Etat réfutant la possibilité de constituer un fonds de commerce sur le domaine public, en invoquant le caractère précaire de cet espace, n'est pas irréfutable. Aussi, de manière générale, qu'il s'agisse de la réglementation marocaine ou française, lorsque le commerçant est locataire des lieux où est exploité son fonds de commerce, le droit au bail dont il dispose du fait du statut particulier attribué aux baux commerciaux, est compris, dans son fonds de commerce.

En somme, le raisonnement qui consiste à déduire de la précarité des autorisations d'occupation privatives du domaine public l'impossibilité d'y exploiter un fonds de commerce paraît pour le moins infondé. A cet effet, c'est bien la question de l'existence d'une clientèle propre au commerçant qui est la plus susceptible de soulever certaines difficultés.

2. De la nécessité d'une clientèle propre à l'occupant

La clientèle étant un élément essentiel et obligatoire à la constitution d'un fonds de commerce il en résulte qu'il n'y a pas de fonds de commerce en l'absence de clientèle autonome. Comparable au droit français, l'article 80, alinéa premier du code de commerce marocain dispose que « *le fonds de commerce comprend obligatoirement la clientèle et l'achalandage* ». En posant cette règle, le législateur marocain de 1996 s'est certainement inspiré de la jurisprudence française et de la doctrine française qui sont d'accord pour considérer qu'il n'existe pas de fonds de commerce sans clientèle, que celle-ci est l'essence de celui-là, qu'elle en est la condition nécessaire, le signe révélateur¹⁴.

Du côté du droit français, il est désormais disposé, au terme de l'article L.2124-32 du Code général de la propriété des personnes publiques qu' « *un fonds de commerce peut être exploité sur le domaine public sous réserve de l'existence d'une clientèle propre* ». L'admission d'une constitution de fonds de commerce sur le domaine public est par conséquent admise, certes, mais conditionnée et limitée. Ainsi, l'une des principales limites à cet effet correspond à l'existence et à la détermination d'une clientèle propre au commerçant. A ce sujet, il apparaît une difficulté flagrante à ne pas sous-estimer, à savoir, l'incertitude constante entourant la légitimité d'une clientèle propre au commerçant, risquant ainsi très fortement de constituer un instrument de limitation de la reconnaissance d'un fonds de commerce sur le domaine public.

En effet, 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

¹³ C.Cass., com. 27 avril 1993, n°91-10819

¹⁴ M.Motik, Droit commercial marocain, imprimerie el maarif el jadida, 2001, p 107

au commerçant, distincte de celle de l'ensemble dans lequel se situe le local¹⁵. En ce sens, la Cour de Cassation française à relever l'importance de rechercher l'existence d'une clientèle autonome et prépondérante distincte de celle qui fréquente l'établissement d'accueil¹⁶. Cette position a d'ailleurs été partagée par le législateur marocain en excluant notamment les centres commerciaux du champ d'application de la loi 49-16 relative au baux commerciaux dans son article 2.5.

De surcroît, la distinction d'une clientèle qui serait propre au commerçant et d'une clientèle provenant de l'ensemble plus vaste, en l'occurrence le domaine public dans notre cas de figure, est toutefois, du point de vue de la pratique, loin d'être aisée. Il importe de préciser également qu'afin de déterminer si la clientèle est personnelle à l'exploitant du commerce sur le domaine public, la jurisprudence française s'attache à vérifier dans un premier temps, l'autonomie de gestion du commerçant, ce dernier ne devant pas être soumis à des contraintes incompatibles avec le libre exercice de son activité, et dans un second temps, qu'il existe une clientèle indépendante et dissociable de celle du domaine public, cette dernière ne pouvant représenter exclusivement celle des usagers du domaine public. Dans certains cas, où la clientèle est considérée comme « captive », comme c'est le cas dans les aéroports, l'existence d'un fonds de commerce paraît très difficile à admettre. Dans d'autres cas de figure, prenons pour exemple les gares, sujettes depuis de nombreuses années à une offre commerciale élargie dans un but de dépassement du simple service offert aux voyageurs, la solution sera plus délicate à trouver. Se posera en effet la question de savoir si le local en cause appartient bel et bien au domaine public, et de l'autonomie de gestion dont dispose l'occupant en termes d'horaires d'ouverture, de règlement intérieur, etc.

En somme, bien qu'il soit complexe de démontrer l'existence d'une clientèle autonome et propre, il ne faut pas conclure à une incompatibilité de principe, ni même à une présomption d'incompatibilité entre fonds de commerce et domaine public. Il ne faut pas oublier que la clientèle peut tout à fait être créée par l'activité de l'exploitant grâce à la mise en œuvre personnelle. Les talents de l'exploitant, ses qualités propres, sa diligence dans l'exercice de sa mission, son aptitude au commerce ou encore son talent dans la mise en œuvre des éléments porteurs d'une clientèle potentielle peuvent incontestablement faire naître une clientèle propre et autonome. C'est notamment grâce à ses qualités propres et à son savoir-faire et donc sa compétence à apporter une plus-value à l'activité qu'un opérateur est choisi au terme d'une procédure d'attribution, qui exerce par ailleurs cette activité à ses risques et périls.

Toujours est-il qu'en définitif ni la précarité de l'emplacement ni l'exigence d'une clientèle propre ne permettent de conclure à une incompatibilité de principe entre fonds de commerce et domaine public. Certes, la précarité de l'emplacement devra sentir ses effets

¹⁵ P.S.Hansen, « *L'Exploitant d'un fonds de commerce sur le domaine public* », JCP / La semaine juridique, édition administrations et collectivités territoriales, n°36, 8 septembre 2014, p 2.

¹⁶ Cass. Plén. 24 avril 1970, Bayait c/ Société des courses rouennaises, D. 1970, jur. P.381

sur la valeur du fonds de commerce, mais elle ne saurait avoir d'incidence sur son existence même.

II.2. LA VALORISATION ECONOMIQUE DU FONDS DE COMMERCE SUR LE DOMAINE PUBLIC

Comme précédemment évoqué, le droit marocain en la matière demeure des plus stérile, aussi, il nous semble opportun d'étudier sommairement les avancées réalisées en la matière en droit français. En effet, la loi française n°2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, dite loi Pinel, a eu pour mérite d'apporter sur le droit commercial, une innovation conséquente en la possibilité de constituer un fonds de commerce sur le domaine public, et ce, notamment au travers des dispositions de son titre V intitulé « utilisation du domaine public dans le cadre de l'exploitation de certaines activités commerciales ». A donc ainsi été tranché une divergence persistante entre le Cour de Cassation et le Conseil d'Etat français. Ceci étant, la reconnaissance d'un fonds de commerce sur le domaine public nous poussent à nous interroger sur les modalités de transmission du fonds ainsi constitué ainsi que sur les conséquences financières de cette dernière.

1. De la cessibilité d'un fonds de commerce constitué sur le domaine public

Nous le rappelons là encore, par principe l'autorisation d'occupation du domaine public est strictement personnelle et incessible. Il semble ainsi difficile pour l'occupant du domaine public de céder directement, à titre onéreux ou gratuit, son titre d'occupation personnel à un repreneur. A la question de la compatibilité de l'incessibilité traditionnelle de l'autorisation d'occupation avec la reconnaissance d'un fonds de commerce constitué sur le domaine public, le législateur français a mis en place une réponse pour le moins décevante pour le commençant. Ce dernier devra, afin de procéder à toute cession de fonds de commerce constitué sur le domaine public, s'assujettir à une procédure d'agrément préalable bien déterminer. Le commerçant, avant toute cession se devra de « présenter » son successeur à l'administration, suivant une procédure bien déterminée. Dans tous les cas de présentation d'un successeur, l'autorité gestionnaire du domaine public conserve la possibilité de s'y opposer par une décision motivée. Cette absence d'automatisme et de liberté de choix du successeur se justifierait principalement par le caractère personnel, précaire et révocable de toute autorisation d'occupation du domaine public, duquel découle le principe dégagé par le juge administratif selon lequel la personne publique n'est jamais tenue d'accorder une autorisation, de même que de la maintenir ou de la renouveler. Ainsi, par exemple, l'Administration pourrait s'opposer au droit de présentation au motif que d'autres personnes satisfont davantage que le successeur proposé aux critères prévus par le cahier des charges ou le règlement du marché.

Par ailleurs, il convient de noter que les dispositions du code de la propriété des personnes publiques disposent que toute cession doit se réaliser « *en vue d'une utilisation compatible avec l'affectation du domaine public* ». Ainsi, et en dépit de la reconnaissance du fonds de

commerce sur le domaine public, cette reconnaissance ne serait a priori pas totale puisque ledit fonds de commerce, malgré qu'il soit constitué, est un fonds de commerce imparfait, et non absolu.

En somme, les principales prérogatives attachées à la propriété d'un fonds de commerce sont la possibilité d'utiliser ce dernier comme bon semble au commerçant, en utilisant le fonds comme instrument de crédit, d'en transférer la jouissance, ou encore d'en transférer la propriété. La principale difficulté pratique qui apparaît ici est l'opposabilité au maître du domaine du transfert volontaire ou forcé, de l'exploitation du fonds par son titulaire originaire. Car l'exploitant du fonds s'accompagne d'une autorisation d'occupation temporaire privative du domaine public, autorisation qui nous le rappelons, est caractérisée par *l'intuitu personae*. La procédure d'agrément mise en place par le législateur paraît alors tout à fait motivée, d'autant plus que les intérêts de l'administration seront toujours protégés dans la mesure où, en application du principe de précarité, l'autorité domaniale pourra récupérer l'emplacement à tout moment, recours permettant *in fine* de faire prévaloir les intérêts de la dépendance occupée sur toute autre considération.

Par ailleurs, et au vu de la non rétroactivité de la loi Pinel, il convient de rappeler que les dispositions relatives à la cession des fonds de commerce ne sont applicables qu'aux fonds de commerce dont les exploitants occupent le domaine public en vertu de titres délivrés à compter de l'entrée en vigueur de cette loi. Aussi il apparaît que pour ce qui est des fonds présumément constitués avant son entrée en vigueur, la règle dégagée par la jurisprudence administrative antérieurement à ces dispositions¹⁷, selon laquelle est illégal le titre d'occupation du domaine public délivré en vue de la constitution d'un fonds de commerce dont l'occupant serait propriétaire, paraît, dès lors, continuer de s'appliquer. Dans ce cadre, les dispositions légales relatives à la présentation d'un successeur ne trouvent pas à s'appliquer pour les titres d'occupation délivrés avant son entrée en vigueur dans la mesure où, à cette date, aucune propriété sur un quelconque fonds de commerce ne pouvait leur être reconnue. Pour autant, les titulaires de ces autorisations antérieures à cette loi peuvent solliciter un nouveau titre d'occupation afin de prétendre à la reconnaissance d'un fonds de commerce sur le domaine public, au risque toutefois de se le voir refuser.

Ceci étant, se pose alors la question de l'indemnisation pour « éviction » qui serait due par l'administration au commerçant dont le fonds de commerce aurait été constitué sur le domaine public.

2. Les conséquences indemnitaires d'une reconnaissance non rétroactive du fonds de commerce sur le domaine public

Comme précédemment exposé, les autorisations domaniales étant précaires et révocables, elles peuvent faire l'objet d'un refus de renouvellement à leur terme ou d'une résiliation anticipée pouvant intervenir à tout moment au cours de l'occupation. La reconnaissance du

¹⁷ CE, 31 juillet 2009, Société Jonathan Loisirs, n° 316534)

fonds de commerce offre, au titulaire de l'occupation, la possibilité de valoriser son fonds en cas de cession, mais également celle d'être indemnisé en cas de résiliation de son titre d'occupation, ce qui correspondrait en droit commercial à une indemnité d'éviction dans les baux commerciaux. Ainsi, nombreux ont été les commerçants ayant voulu se prévaloir de la reconnaissance d'un fonds de commerce afin de solliciter, dans le cadre du refus de renouvellement ou de la résiliation anticipée de leur autorisation d'occupation, une indemnité d'éviction telle que celle disposée dans le cadre de la réglementation commerciale en la matière. Toutefois, il importe de relever dans un premier temps que le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 24 Novembre 2014¹⁸ précise que les dispositions de la loi du 18 juin 2014, reconnaissant l'existence d'un fonds de commerce sur le domaine public, ne sont pas rétroactif. Ainsi, les dispositions de la Loi Pinel ne seraient 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, les occupants disposant d'une autorisation d'occupation temporaire antérieure à cela ne pouvant se prévaloir des apports de cette loi.

Enfin, se pose la question de la détermination, avec exactitude de l'indemnité susceptible d'être perçue par le commerçant dont le fonds de commerce aurait été reconnu concédé postérieurement à l'entrée en vigueur de la Loi Pinel. A cette question le Tribunal Administratif de Lyon dans sa décision du 8 juin 2020¹⁹ rappelle que « *le refus de renouvellement du droit d'occupation à son terme n'ouvre pas droit à indemnisation de l'occupant même en présence d'un fonds de commerce constitué sur le domaine public* ».

La question de la valorisation du fonds de commerce constitué sur le domaine public ne se pose alors réellement que dans l'hypothèse d'une résiliation anticipée de l'autorisation d'occupation. Le Conseil d'Etat français vient notamment répondre à cette question, en reconnaissant à l'occupant, dans son arrêt Société Jonathan Loisirs²⁰, un 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 public 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. Une autre jurisprudence²¹, reconnaît l'indemnisation de l'occupant, pour préjudice direct et certain causé par la perte de bénéfices et des dépenses exposées pour l'occupation normale du domaine qui auraient dû être couvertes au terme de cette occupation. Toutefois, a été refusé le droit au préjudice de la perte du fonds de commerce, désormais indemnisable en cas de résiliation du titre avant son terme²². Ainsi, il apparaît que le Conseil d'Etat semble admettre la prise en compte, dans le cadre de l'appréciation de ce préjudice, de la valeur du fonds de commerce sans pour autant en préciser les modalités de valorisation. Il est vraisemblable que les tribunaux administratifs transposeront, pour

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ T.A Lyon 8 juin 2020, n°1809013

²⁰ 31 juillet 2009, n°316534

²¹ CE 31 juillet 2009 n°316534 : Lebon T p. 739 ; CE 24 novembre 2014 n°352402 : Lebon p. 350.

²² 31 juillet 2009, n°316534 op.cité

l'évaluation du fonds de commerce sur le domaine public, les méthodes utilisées communément conformément au régime des baux commerciaux : barèmes professionnels, pourcentage de chiffre d'affaires, multiplicateur d'excédent brut d'exploitation²³. Cependant, les critères en question semblent être substantiellement distincts de ceux des baux commerciaux. En effet, l'élément fondamental de la valorisation du fonds de commerce en baux commerciaux n'est autre que le droit au bail, ce dernier n'existant pas sur le domaine public, le droit au renouvellement n'étant pas reconnu du fait du caractère précaire, révocable et personnel du domaine. Corrélativement, il est de principe que la valeur du fonds de commerce ne peut être inférieure à la valeur du droit au bail. Ainsi, un raisonnement analogue entre les techniques de calcul du préjudice résultant de la perte du fonds de commerce constitué sur le domaine privé ou sur la propriété publique n'apparaît pas envisageable. La valeur du fonds constitué sur le domaine public n'équivaut pas à celle d'un même fonds constitué dans le cadre du bail commercial comportant un droit au maintien dans les lieux. En ce sens il a notamment été proposé par les juridictions administratives françaises²⁴ que soit procéder à une évaluation évolutive du fonds de commerce. La valeur du fonds variant tout naturellement en fonction de la date de disparition de l'autorisation au sein de la période initialement autorisée d'occupation. Ce raisonnement impliquerait alors d'accorder une valorisation du fonds de commerce bien plus élevée en début de période d'autorisation d'occupation qu'en fin de période. « Une telle méthode présente l'avantage d'une valeur du fonds de commerce figée, c'est-à-dire fixée par avance pour un montant précis à l'instant T. et en application de ce procédé, la part de valorisation du fonds de commerce attachée au titre d'occupation au dernier jour de la période autorisée d'occupation est nulle. Une telle approche a le mérite de préserver une réelle cohérence avec la jurisprudence constante en vertu de laquelle le permissionnaire qui voit son autorisation d'occupation non renouvelée ne peut se prévaloir d'une perte de valeur du fonds en cas de non renouvellement de son autorisation²⁵ ».

Reste à voir si les juridictions administratives adopteront cette récente proposition.

CONCLUSION

En conclusion, nous l'aurons compris, la reconnaissance d'un fonds de commerce au profit du commerçant occupant du domaine public, et, par conséquent, la conciliation des principes de droit privé et de droit public à cet effet, est de nature à poursuivre un objectif attaché à la valorisation économique du domaine public. Cette conciliation, possible comme nous avons pu le voir en droit français, au terme duquel les intérêts de l'Administration et les intérêts du commerçant, soient tous deux protégés, semble toutefois difficile à admettre pour les publicistes. Toutefois, force est de constater que la transposition des principes de droit privé protecteurs du commerçant locataire en droit administratif, n'interférerait en

²³ A.Mutel, R.Montagnol, « le fonds de commerce sur le domaine public », revue d'habitat, n°642, p24.

²⁴ T.A Lyon 8 juin 2020, n°1809013 op.cité

²⁵ T.A Lyon 8 juin 2020, n°1809013 op ; cité.

rien sur les prérogatives de puissance publique de l'Administration. Le principe de précarité demeurant l'éviction du commerçant reste donc possible à tout moment. De surcroît, et de façon à permettre la poursuite de l'exploitation du fonds, il est possible de mettre en place une procédure d'agrément à l'exemple du régime de certaines autorisations d'occupation privative du domaine public. On perçoit ainsi que la reconnaissance de principe de la possibilité d'exploiter un fonds de commerce sur le domaine public bénéficierait aussi bien aux occupants commerçant qu'au maître du domaine, l'activité des premiers, que ce dernier a tout intérêt à attirer, ne pouvant que contribuer à la valorisation économique du domaine public.

BIBLIOGRAPHIE

DECROUX P., (2008), Droit foncier marocain, ; Edition la porte.

MOTIK M. (2001), Droit Commercial Marocain, Imprimerie El Maarif al Jadida, Rabat.

ROUSSET M. (2017), Droit administratif Marocain, Revue marocaine d'administration locale et de développement, collection thèmes actuels, n°99.

HANSEN P. (2014), « *L'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public* », JCP / La semaine juridique – édition administrations et collectivités territoriales, n°36, [consulté en ligne le 25.10.2021]

(<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwebsite.uggc.com%2Fwp-content%2Fuploads%2F2016%2F09%2Farticle-PHA-1.pdf&clen=90564&chunk=true>)

KHALLOUFI A. (2019), « *Fondements de l'exclusion du bénéfice du statut des baux commerciaux aux exploitants non propriétaires d'une clientèle propre* », Al Manara pour les études juridiques et administratives, n°25, janvier 2019

MUTEL A., MONTAGNOL R. (2019), « *Le fonds de commerce sur le domaine public* », revue d'habitat, n°642 [consulté en ligne le 20.10.2021]

(<https://www.immobilier-expert.fr/wp-content/uploads/2019/05/domainepublic-article-Habitat.pdf>)

NAKHILI M. (2018), « *La protection du fonds de commerce contre le bailleur des locaux : la propriété commerciale* », revue marocaine du droit commercial et des affaires, n°4-5, Marrakech : Librairie al Maarifa ;

OUZRIK A. (1994), « *Les nouveaux principes de gestion du domaine public de l'Etat et des collectivités locales, quelques propositions pour une réforme* », Revue Marocaine d'Administration Locale et de développement, numéro 7-8 ;

REZENTHER R. (2005), « *le droit de propriété de l'occupant du domaine public* », Les travaux de IIFR, mutation des normes juridiques n°5, qu'en est-il de la propriété ? l'appropriation en débat, actes de colloque [consulté en ligne le 27.10.2021] (<https://books.openedition.org/putc/1740?lang=fr>)

WEILL S., TIXIER J.L (2015), « *Le fonds de commerce sur le domaine public : vers une similitude propriété commerciale ?* », [consulté en ligne le 27.10.2021] (<https://www.lexplicite.fr/le-fonds-de-commerce-sur-le-domaine-public-vers-une-simili-propriete-commerciale/>)