

L'EXPLOITATION COMMERCIALE DES BIENS COMMUNAUX

PROBLEME

Les communes sont parfois propriétaires d'un patrimoine important et susceptible de leur procurer des ressources qu'elles doivent gérer selon les règles issues du droit privé. Il s'agit notamment des biens immobiliers de leur domaine privé dans lesquels s'exercent des activités commerciales, ou de véritables fonds de commerce qu'elles ont créés ou acquis.

TEXTES

- Articles L.2241-1, L.2122-21 et L.2122-22 du code général des collectivités territoriales ;
- Articles L.144-1 et suivants du code du commerce (location-gérance) ;
- Articles L.145-1 et suivants du code du commerce (bail commercial) ;
- Loi n°86-1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière ;

□ Définition

Si les biens communaux qui sont affectés à l'usage du public ou qui font l'objet d'un aménagement indispensable pour l'exploitation d'un service public sont réputés appartenir au domaine public communal (article L.2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques), il en résulte que les biens des communes qui ne rentrent pas dans cette catégorie constituent le domaine privé communal. Or, il appartient au conseil municipal de délibérer sur la gestion des biens de la commune (article L.2241-1 du code général des collectivités territoriales) et au Maire, sous son contrôle, de conserver et d'administrer les propriétés de la commune (article L.2122-21 du code général des collectivités territoriales). Le Maire peut en outre recevoir du conseil municipal une délégation de pouvoirs pour la durée de son mandat à

l'effet de décider de la conclusion des baux n'excédant pas 12 ans (article L.2122-22 5° du code général des collectivités territoriales).

Dans le respect des compétences respectives du conseil municipal et du Maire, le domaine privé communal sera administré selon les règles du droit commun, notamment lorsqu'il s'agit de son exploitation commerciale.

1. L'exploitation des locaux commerciaux de la commune

En ce qui concerne la location de ces locaux, supposés relever du domaine privé, une distinction doit être opérée entre ceux qui sont le siège d'une activité commerciale et ceux qui accueillent des activités professionnelles non commerciales. Les uns font l'objet de baux commerciaux, alors que les baux professionnels régissent la situation des autres.

Le bail professionnel

Défini par l'article 57A de la loi n°86-1290 du 23 décembre 1986, il s'agit d'un bail destiné à régir les relations entre le propriétaire bailleur et les locataires qui exercent des activités professionnelles autres que commerciales (professions libérales : médecins, avocats, ...).

Selon la loi, il s'agit d'un contrat de location, nécessairement écrit, d'un local affecté à un usage exclusivement professionnel qui est conclu pour une durée au moins égale à 6 ans. A son terme, il est tacitement reconduit pour la même durée, si aucune des parties n'a notifié à l'autre son intention de ne pas renouveler le contrat à son expiration moyennant le respect d'un préavis de 6 mois.

Si le bailleur ne peut donner congé à son locataire, celui-ci peut à tout moment, notifier au bailleur son intention de quitter les locaux en respectant un préavis de 6 mois. Les notifications sont effectuées par lettre recommandée ou par acte d'huissier.

Depuis la loi n°2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, un état des lieux et amiable doit être établi au moment de chaque prise de

possession des locaux par un locataire et lors de leur restitution. Il doit également être joint au contrat de location (Art. 57 B de la Loi du 23 décembre 1986).

Il résulte de ces dispositions minimales telles qu'elles sont fixées par la loi, que les autres stipulations relatives à la destination du local, au loyer, au dépôt de garantie, à la cession et à la sous-location, aux charges locatives, aux réparations, et aux conditions de résiliation notamment, doivent être fixées par les parties au contrat.

Le bail commercial

Lorsqu'ils concernent des immeubles ou des locaux communaux donnant lieu à l'exploitation d'un fonds de commerce par une personne morale ou physique immatriculée au registre du commerce ou au répertoire des métiers, les baux sont soumis aux dispositions particulières des articles L.145-1 et suivants du nouveau code du commerce.

La durée du bail commercial ne peut être inférieure à 9 ans, le preneur ayant la faculté de donner congé à l'expiration de chaque période triennale. A défaut d'accord du bailleur, toute sous-location totale ou partielle est interdite. Le loyer doit correspondre à la valeur locative qui est déterminée par les caractéristiques du local considéré, la destination des lieux, les obligations respectives des parties, les facteurs locaux de commercialité, les prix du marché. En principe, le taux de variation du loyer ne peut excéder la variation de l'indice INSEE du coût de la construction ; à la fin de chaque période triennale, le loyer peut faire l'objet d'une révision à la demande des parties.

Avec l'accord du bailleur, le locataire peut adjoindre à l'activité prévue au bail des activités annexes ou complémentaires, ou exercer une ou plusieurs activités différentes de celles prévues au bail lorsqu'elles sont compatibles avec la destination, les caractères et la situation de l'immeuble ou de l'ensemble immobilier. Ces modifications peuvent entraîner la modification du loyer.

Au terme du bail, le locataire, lorsqu'il est propriétaire du fonds exploité dans les locaux, dispose d'un droit au renouvellement du bail. A défaut de congé donné au locataire, le bail se poursuit par tacite reconduction au-delà de son terme, et il est loisible au locataire d'en demander à tout moment le renouvellement effectif pour une durée de 9 années.

Pour sa part, le bailleur peut refuser de renouveler le bail ; dans cette hypothèse, et sauf motif légitime, il devra payer au locataire évincé une indemnité dite d'éviction dont le montant sera égal au préjudice causé par le défaut de renouvellement.

A cet égard, l'article L.145-26 du code du commerce précise que le renouvellement des baux concernant des immeubles appartenant à l'Etat, aux départements, aux communes et aux établissements publics, ne peut être refusé sans que la collectivité propriétaire soit tenue au paiement de l'indemnité d'éviction, même si son refus est justifié par une raison d'utilité publique.

Les autres stipulations du contrat relèveront de la liberté contractuelle des parties.

- ***Les dérogations***

Il ne peut être dérogé à ces dispositions qui revêtent un caractère obligatoire à peine de nullité de toutes clauses contraires. Toutefois, elles ne sont pas applicables aux autorisations d'occupation précaire accordées par l'Administration sur un immeuble acquis par elle à la suite d'une déclaration d'utilité publique. Elles ne sont également pas applicables, pendant la période de **deux ans** mentionnée au premier alinéa de l'article L. 214-2 du code de l'urbanisme, aux fonds artisanaux, aux fonds de commerce ou aux baux commerciaux préemptés en application de l'article L. 214-1 du même code (article L.145-2.II du code du commerce).

En outre, l'article L.145-5 permet aux parties, lors de l'entrée dans les lieux du locataire, de déroger à ces dispositions à la condition que le bail soit conclu pour une durée au plus égale à trois ans.. Cependant, à l'expiration de cette durée, il est impossible de conclure un nouveau bail dérogatoire lorsque celui-ci arrive à expiration.

Le bail administratif

Il peut être dérogé au droit commun des baux par la conclusion d'un contrat administratif sous la forme d'un bail administratif. Si les contrats portant occupation du domaine public sont toujours des contrats administratifs, cette qualification peut aussi être reconnue, sous certaines

conditions, à des contrats de location d'un bien du domaine privé communal. Ces contrats relevant d'un régime juridique de droit public, échapperont aux règles de droit commun, et notamment à celles des baux commerciaux

L'existence d'un contrat administratif peut résulter du critère de la participation directe du cocontractant à l'exécution du service public (CE, 4 mars 1910, Théron), ou de la présence de clauses exorbitantes du droit commun, définies comme celles qui confèrent à la personne publique des prérogatives particulières justifiées par l'intérêt général (TC, 15 octobre 2015, *Société AXA France IARD*, n°3963) à l'instar d'une clause de résiliation d'office contenue dans une convention de location précaire (TC, 17 novembre 1975, Leclert).

A cet égard, le juge judiciaire a pu considérer que le bail liant la commune et la SARL comportant une clause prévoyant la mise à disposition de l'aire de patinage et du matériel en priorité à la ville en période scolaire (tous les lundis, mardis, jeudis et vendredis de 14h à 16h), sans acquittement de droit d'entrée, en vue de l'accueil de groupes d'élèves et de leurs accompagnateurs des écoles primaires publiques et privées de la commune constituait une clause non usuelle dans les rapports entre particuliers, et partant exorbitante du droit privé (CA Rennes, 7e ch., 9 févr. 2011, n° 09/07955, SARL Patinium c/ Cne de Vannes).

En tout état de cause, et sauf à engager la responsabilité de la commune, il convient de veiller à ce que le recours à un contrat administratif soit dûment motivé par des considérations liées à l'intérêt général.

2. L'exploitation d'un fonds de commerce appartenant à une commune

Un fonds de commerce est constitué d'un ensemble d'éléments mobiliers (matériel, outillage, marchandises, droit au bail, nom, enseigne, clientèle).

Lorsque la commune est propriétaire d'un fonds de commerce (boulangerie, café-restaurant, multi-services, ...) et qu'elle ne désire pas l'exploiter directement, elle peut utiliser des techniques contractuelles issues du droit commercial pour en confier l'exploitation à une personne de son choix.

Le contrat de "location-gérance" ou de "gérance libre" par lequel le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce ou d'un établissement artisanal en concède totalement ou partiellement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls est régi par les articles L.144-1 et suivants du code de commerce.

Si la plupart des stipulations du contrat de location-gérance relèvent de la liberté contractuelle, la loi impose toutefois des obligations auxquelles les parties ne peuvent se soustraire.

Ainsi, le locataire-gérant doit avoir la qualité de commerçant ou, s'il s'agit d'un établissement artisanal, la qualité d'artisan.

Alors que les personnes qui concèdent une location-gérance doivent avoir exploité pendant deux années au moins le fonds ou l'établissement artisanal mis en gérance, l'article L.144-5 du code de commerce prévoit une dérogation à cette obligation en faveur des collectivités locales.

Le contrat de location-gérance doit faire l'objet d'une publicité dans un journal habilité à recevoir les annonces légales. Cette publicité peut avoir pour effet de rendre les dettes du loueur afférentes à l'exploitation du fonds immédiatement exigibles si le Tribunal de commerce en décide ainsi. Jusqu'à la publication du contrat de location-gérance et pendant un délai de 6 mois à compter de cette publication, le loueur du fonds est solidairement responsable avec le locataire-gérant des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds (article L.144-7).

En outre, la fin de la location-gérance rend immédiatement exigibles les dettes afférentes à l'exploitation du fonds contractées par le locataire-gérant pendant la durée de la gérance. Le montant du loyer est librement fixé par les parties au contrat, la loi prévoyant toutefois un encadrement des modalités de révision du prix du loyer au moyen d'une clause d'échelle mobile.

Le contrat de location-gérance peut être conclu par acte sous seing privé ou par acte notarié. Si le propriétaire du fonds s'engage à mettre le fonds à la disposition du locataire, celui-ci doit

l'exploiter en bon père de famille, conformément à sa destination, et en s'acquittant des redevances stipulées.

A son terme, le locataire-gérant n'est titulaire d'aucun droit à renouvellement, ni à une indemnité d'éviction. La fin de la location-gérance fait toutefois l'objet d'une publicité dans un journal d'annonces légales.

3. L'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public :

La Loi n°2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises a reconnu la possibilité d'exploiter un fonds de commerce sur le domaine public. C'est ainsi que l'article L.2124-32-1 du Code Général de la Propriété publique prévoit que « *Un fonds de commerce peut être exploité sur le domaine publique sous réserve de l'existence d'une clientèle propre* ».

Cette hypothèse ne concerne que le domaine public artificiel (CG3P, Art. L.2124-35) et les contrats conclus postérieurement à la publication de la Loi (CE, 24 novembre 2014, *Sté des remontées mécaniques Les Houches-Saint-Gervais*, n° 352402).

En réalité, la Commune se contente de conférer une autorisation d'occupation du domaine public, à un exploitant qui dispose d'une clientèle propre, qu'il peut notamment avoir acquis par acquisition d'un fonds de commerce auprès d'un autre commerçant. Malgré l'existence d'un fonds de commerce, les seules règles de droit public relatives à l'occupation du domaine public s'appliquent entre la Commune et l'exploitant. Aussi, si l'autorisation conserve un caractère précaire, la reconnaissance du fonds de commerce induit une indemnisation de ce dernier en cas de résiliation anticipée.

A cet effet, 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 (Code Général de la propriété des personnes publiques, Art. L.2124-34).

En cas de décès de l'exploitant, il est prévu que la Commune délivre une autorisation d'occupation temporaire identique d'une durée de trois mois à ses ayant-droits, sauf si un motif d'intérêt général s'y oppose. Ces derniers pouvant alors présenter un successeur à la Commune dans un délai de 6 mois (CGCT, art. L.2124-35).

▣ CONSEILS

Lorsqu'elle porte sur des biens du domaine public ou qu'elle a pour objectif de remplir une mission de service public, la gestion des biens communaux est régie par des règles de droit public. Les contrats de marchés publics, de délégations de services publics (cf. fiche "conventions de délégation de service public"), ou d'autres catégories de contrats administratifs pourront être mis en œuvre.

En revanche, lorsque la commune gère les biens de son domaine privé "en bon père de famille", les contrats de droit privé s'appliqueront de plein droit, notamment en ce qui concerne les activités commerciales susceptibles de se développer dans ce cadre. La signature par une commune d'un bail commercial portant sur un immeuble ultérieurement présenté comme faisant partie du domaine public constitue une faute de nature à engager sa responsabilité à l'égard du locataire trompé. Le préjudice en résultant doit faire l'objet d'une indemnisation (CE, 17 juin 2005, Société Hostellerie Château de Nyer).

Sauf demande particulière, il convient en l'état de privilégier l'exploitation commerciale des seuls biens du domaine privé, l'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public pouvant présenter de nombreux risques pour la Commune.

Enfin, les opérations de toute nature portant sur les biens des collectivités territoriales, notamment l'acquisition, la location ou la mise à disposition de ces biens à des tiers pour des montants inférieurs à leur valeur réelle, peuvent faire courir un risque pénal à leurs auteurs ainsi qu'à leurs bénéficiaires. Au nom du principe d'égalité et du droit de propriété, de telles opérations effectuées pour un prix inférieur à celui du marché au détriment du patrimoine communal, sont à éviter (sauf exception comme par exemple les ventes au « franc » symbolique dès lors qu'elles sont justifiées par un objectif d'intérêt général et comportent des contreparties suffisantes). C'est pourquoi il convient de traiter les opérations d'acquisition, de

location ou de mise à disposition portant sur des biens communaux dans les conditions économiques du marché.