

## M5 : Equipements, services, commerces

### S3 : Distinction entre activité commerciale et activité de service public

**Marion DIDIER, Conseil Juridique et documentation à l'AMF**

Lorsque la commune intervient au titre de la sauvegarde du dernier commerce, ou du dernier service, il convient de vérifier si la commune intervient pour une activité purement commerciale, avec exploitation d'un fonds de commerce, ou pour une activité de service public.

Par principe, l'activité exercée par une commune qui intervient pour reprendre une auberge, un bar-tabac ou une épicerie, sera qualifiée d'activité commerciale.

Néanmoins, une activité créée et reprise au titre de la sauvegarde du dernier commerce, ou du dernier service, peut dans certains cas être qualifiée de service public. L'existence d'un service public local se déduit d'une part, de l'analyse objective des caractéristiques de l'activité révélant un intérêt général, et d'autre part, de la volonté de la collectivité d'ériger l'activité en service public.

La qualification de service public n'est pas automatique même si l'activité présente un niveau d'intérêt général du fait de la satisfaction des besoins de la population, et dépend des modalités de mise en œuvre de l'activité, à savoir les modalités d'exploitation, l'intérêt du gestionnaire de l'activité, et la présence de clauses exorbitantes de droit commun dans le contrat.

Concernant la gestion d'un bar-restaurant par exemple, le juge a, dans certaines circonstances, reconnu qu'elle revêtait le caractère d'activité de service public, et dans d'autres circonstances que c'était une activité purement commerciale.

Les conséquences de cette qualification sont importantes.

- Tout d'abord, sur les modes de gestion des activités sauvegardées :

La commune peut décider d'organiser et de gérer elle-même le commerce ou le service. Elle aura alors recours à la régie, formule qui lui permet d'exercer un contrôle direct sur la gestion du service. Les bar-restaurants et les multi-commerces qui sont gérés directement par une collectivité sont généralement qualifiés de service public industriel et commercial. La commune sera tenue de constituer une régie dotée de l'autonomie financière, à minima, pour l'exploitation directe d'un SPIC.

*\*Article L. 1412-1 du CGCT*

Je vous rappelle que les SPIC, quel que soit leur mode de gestion, doivent être équilibrés en dépenses comme en recettes.

*\*Article L. 2224-1 du CGCT*

## MOOC Attractivité des Centre-bourgs

Si elle souhaite confier la gestion du service public à un tiers, la commune ne pourra conclure qu'une délégation de service public ou un marché public.

A l'inverse, si l'activité n'a pas été érigée en service public, la collectivité qui désire confier la gestion de l'activité commerciale à un tiers, devra respecter le droit commercial. Elle pourra conclure un contrat de location-gérance si elle est propriétaire du fonds de commerce, ou un bail commercial si elle n'est propriétaire que du local. Dans ce dernier cas, il est recommandé de conclure un bail commercial dérogeant de moins de 3 ans, qui permettra une plus grande souplesse.

- Seconde conséquence, lorsque l'activité est érigée en service public, il n'y a pas d'existence de fonds de commerce à exploiter et à valoriser, puisque cette notion est incompatible avec la notion de service public ;
- Enfin, cette qualification a des conséquences sur la domanialité publique, puisque les biens qui appartiennent à la commune, qui seront affectés à l'activité de service public et qui feront l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service, appartiendront au domaine public de la commune

\*Article L. 2111-1 du CG3P

A l'inverse, la commune ne pourra pas utiliser un bien appartenant à son domaine public pour l'exploitation d'un fonds de commerce. Elle devra alors désaffecter et déclasser le bien au préalable.