

Bureau du contrôle de
la légalité et du conseil
aux collectivités

COMMANDE PUBLIQUE

Gestion des prestations en lien avec les activités enfance-jeunesse

Les services publics relatifs à l'accueil périscolaire, à l'accueil de loisirs sans hébergement, aux structures multi-accueil, aux cantines scolaires, aux écoles de musique, etc., peuvent être créés au niveau local et être érigés en services publics administratifs facultatifs*.

La personne publique dispose d'une liberté de choix dans le mode de gestion du service public facultatif dont elle a la charge.

Elle peut ainsi décider d'assurer elle-même (en régie) le service public relevant de sa compétence, ou en confier la gestion à un tiers, par le biais de la conclusion d'un marché public ou d'une délégation de service public (DSP).

Le respect des règles de commande publique

Dans l'hypothèse où la commune décide de confier ces prestations de services à un tiers, un contrat de commande publique doit être conclu lorsque la gestion répond, au vu des clauses du contrat, à un **besoin défini** par la commune.

La conclusion d'un contrat de commande publique suppose le respect des grands principes de la commande publique : égalité de traitement des candidats, liberté d'accès à la commande publique et de transparence des procédures.

En conséquence, l'engagement d'un marché public ou d'une DSP implique, par principe, la mise en œuvre de mesures de publicité et de mise en concurrence, préalablement à la conclusion du contrat. Ces règles dépendent notamment de la nature des prestations et de la valeur estimée du besoin, sur la durée totale du contrat.

À noter : le droit de la commande publique, tel qu'il a été réformé, offre certaines solutions adaptées à ce type de contrat relatif aux activités enfance-jeunesse qui sont, bien souvent, assurées par des associations (exemples : possibilités d'acomptes, marchés réservés avec les entreprises de l'économie sociale et solidaire, ...).

* La surveillance des enfants sur la pause méridienne constitue toutefois une compétence obligatoire devant être en outre assurée par les agents municipaux (sa gestion ne peut faire l'objet d'une délégation).

Recourir à une DSP ou à un marché public ?

Ce sont essentiellement les modalités de rémunération du cocontractant qui permettent de déterminer la nature juridique du contrat.

La DSP :

- doit avoir pour objet principal la gestion d'une activité de service public ;
- doit traduire la volonté de la personne publique de confier à un opérateur économique, l'exploitation effective du service en question ;
- **la rémunération du délégataire doit être substantiellement liée aux résultats de l'exploitation**, ce qui implique une réelle exposition aux aléas du marché conduisant le délégataire à supporter une part significative du risque réel d'exploitation du service transféré (*CE, 7 novembre 2008, n° 291794*).

Le marché public suppose, quant à lui :

- qu'il ait pour objet la satisfaction d'un besoin de la collectivité ;
- qu'il soit conclu à titre onéreux, ce qui par principe implique que l'acheteur public **verse un prix en contrepartie de la prestation fournie par l'opérateur économique**.

Contrairement à la DSP, le marché public comporte donc un prix ne faisant pas courir de risque économique à l'opérateur économique titulaire.

Risque de requalification en contrat de commande publique

La conclusion d'une convention d'objectifs (obligatoire lorsque le montant annuel de la subvention est supérieur à 23 000 €) reste possible à condition que l'association soit à l'initiative du projet qu'elle porte, à défaut de quoi la convention encadrant le versement des concours financiers serait soumise aux règles de la commande publique. La notion d'initiative du projet recouvre non seulement l'impulsion du projet mais également sa conception et sa définition.

En cas de contentieux, le risque de requalification d'une subvention en DSP par le juge administratif est important s'il ressort au final des clauses contractuelles que la commune a préalablement défini un besoin de ses habitants tendant à être satisfait par un prestataire, qu'elle entend encadrer les conditions d'exercice de l'activité (par exemple, détermination des jours et des horaires d'ouverture, fixation des tarifs, etc.), et qu'elle compte contrôler de près la gestion assurée par le cocontractant.

→ Pour consulter les fiches techniques de la DAJ (contrats de la commande publique et autres contrats ; procédures et exécution des marchés publics, des contrats de concessions, ...) : <https://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-acheteurs-fiches-techniques>.

Fondements juridiques :

- code de la commande publique : définition des marchés publics, article L. 1111-1 ; définition des contrats de concessions, article L. 1121-1.

- Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations modifiée par la loi n° n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire : définition des subventions. Tous les contrats de travaux, de fournitures ou de services conclus à titre onéreux ou non (même s'il s'agit d'un faible montant) entre la commune et une entreprise de travaux, un fournisseur ou un prestataire de services sont des marchés publics que le maire ne peut signer sans délibération préalable du conseil municipal l'autorisant, et cela même si les crédits sont inscrits au budget.