

PETITE ENFANCE

Quel mode de gestion externalisé des crèches communales choisir ?

Confrontées à une évolution démographique ou désireuses d'accroître leur attractivité auprès des employeurs ou des ménages, les communes cherchent à développer sur leur territoire les solutions d'accueil des jeunes enfants. En dehors de l'exploitation en régie, le choix du mode de gestion idoine vise en pratique tant à trouver un équilibre économique qu'au nécessaire respect des règles de la commande publique.

1 L'OCCUPATION DOMANIALE, OUTIL AUX POTENTIALITÉS LIMITÉES

Les articles L.2122-1 du code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) permettent à une personne publique de consentir, notamment à une personne privée, des autorisations d'occupation de leur domaine public (1). Cette autorisation peut prendre la forme d'une convention, qui est alors conclue à titre précaire et révocable (art. L.2122-3 du CGPPP) et donne lieu en contrepartie au paiement par son bénéficiaire (ici l'exploitant de la crèche) d'une redevance d'occupation (art. L.2125-1 du CGPPP). Dans le cadre d'une convention domaniale, la collectivité publique «accueille» dans des locaux lui appartenant, une activité de crèche dont elle n'est généralement pas à l'initiative, puisque celle-ci émane d'une personne privée, par exemple sous forme associative, et sur laquelle elle n'a en principe pas de pouvoir de décision

ou de contrôle. Si cet outil a pu être choisi par de nombreuses collectivités locales, son utilisation appelle une double réserve sur le plan juridique.

La nécessaire mise en concurrence préalable

Depuis le 1^{er} juillet 2017, l'article L.2122-1-1 du CGPPP prévoit une publicité et une mise en concurrence obligatoires préalablement à l'octroi des autorisations privées d'occupation du domaine public, dès lors que leur utilisation est le support d'une activité économique, sauf cas dérogatoires prévus par la loi.

Les textes ne définissent pas ce que recouvre la notion d'activité économique, même s'il pourrait être considéré que celle-ci correspond à toute activité de production, de distribution et de services. De sorte que l'octroi d'une autorisation domaniale en vue de l'exploitation d'une crèche pourrait relever de ces dispositions, dès lors que l'accueil des jeunes enfants peut être assuré aussi bien par des struc-

tures à but non lucratif que des entreprises du secteur concurrentiel. L'autorité de la concurrence a d'ailleurs qualifié de marché pertinent l'activité portant sur des services de gestion des crèches où peuvent se rencontrer des offreurs (associations, entreprises publiques ou privées) proposant à des demandeurs (des collectivités locales dans leur grande majorité) leurs services de gestion de ces structures (2).

Distinction entre occupation domaniale et concession de service

Le Conseil d'Etat a eu l'occasion d'indiquer qu'une convention d'occupation domaniale ne peut avoir pour objet de confier à un opérateur économique la gestion d'un service public. A défaut, celle-ci doit être qualifiée de concession de services laquelle ne peut être attribuée qu'après avoir fait l'objet d'une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable (3).

Concrètement, une commune ne peut pas, dans le cadre d'une convention, imposer à son cocontractant des obligations relatives à l'organisation et au fonctionnement de la crèche, et doit seulement se limiter à définir les conditions de la mise à disposition de ses locaux.

2 LE MARCHÉ PUBLIC, RÉPONSE À DES BESOINS PONCTUELS

Le code de la commande publique définit le marché public comme : «un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis [...], avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent». Dans le cadre de l'accueil de jeunes enfants, cette forme contractuelle peut être utilisée en faveur de deux objectifs différents.

Un marché à procédure adaptée pour créer des places supplémentaires

Le marché public peut permettre à la collectivité de disposer de places supplémentaires, lorsque celle-ci ne dispose pas d'équipements en propre, ou que leur capacité d'accueil est insuffisante.

Le marché a alors pour objet la réservation de berceaux dans une ou plusieurs crèches exploitées par un prestataire, avec son propre personnel. Ce type de prestation relevant de la catégorie des services sociaux et autres services spécifiques mentionnés aux articles L. 2113-15 et R. 2123-1 du code de la commande

contrat, le titulaire du marché ne peut pas prendre à sa charge les investissements.

Ce mode de gestion a pour avantage de permettre d'obtenir les compétences techniques et humaines que n'aurait pas nécessairement la collectivité publique, mais aussi de lier la collectivité publique pour une durée optimale (dans les limites du principe de remise en concurrence périodique des contrats publics). Le principal défaut d'un tel montage est toutefois de laisser les investissements à la charge financière de la collectivité publique (en comparaison avec le montage de la

d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés».

RÉFÉRENCES

- Code de la santé publique, art. L. 2324-1 et R.2324-17
- Code de l'action sociale et des familles, art. L. 214-1 et suivants
- Code de la commande publique, art. L. 1111-1, L. 1111-4 et L.1121-3
- Code général des collectivités territoriales, art. L. 1411-1 et suivants

Avantage du contrat de concession : pouvoir confier la gestion totale de la crèche à un même concessionnaire. Inconvénient : le contrat est naturellement plus long...

publique (4), elle peut faire l'objet d'un marché à procédure adaptée, même si son montant prévisionnel excède le seuil des procédures formalisées.

Confier l'exploitation d'une crèche déjà à disposition de la collectivité

Le marché public peut aussi viser à confier à un prestataire l'exploitation d'une crèche dont la collectivité dispose déjà. Le prestataire sera alors en charge, au moyen de sa propre personne, de l'organisation et du fonctionnement d'une crèche dont la commune conserve la responsabilité. Dans cette configuration, c'est donc la collectivité qui supporte le risque d'exploitation de cet équipement.

Le contrat est un contrat dit « d'exploitation » dans le cadre duquel le prestataire assure la gestion quotidienne de la crèche contre une rémunération qui lui est versée par la collectivité. Par ce seul

concession où les investissements sont mis à la charge du concessionnaire et le risque d'exploitation est supporté par lui). En outre, il n'est pas particulièrement motivant pour le gestionnaire dont la rémunération ne peut qu'être majoritairement fixe.

3 LA CONCESSION, PARTENARIAT POUR STRATÉGIE DE MOYEN-LONG TERME

L'article L. 1121-1 du code de la commande publique définit la concession comme « un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit

Le cocontractant, responsable du risque lié à l'exploitation

La distinction fondamentale avec un marché public réside dans le transfert au cocontractant d'un risque lié à l'exploitation. Quelles que soient les modalités de rémunération du cocontractant, il conviendra, pour identifier une concession, de se demander s'il existe un aléa économique faisant dépendre cette rémunération des résultats de l'exploitation.

Dans le cadre de l'exploitation d'une crèche, la rémunération du concessionnaire se compose principalement de quatre catégories de ressources :

- la participation des familles ;
- la prestation de service de la Caisse d'allocations familiales (prestation de service unique, PSU) ;
- une compensation financière annuelle versée par la collectivité concédante ;
- des subventions perçues auprès d'autres financeurs, par exemple dans le cadre de soutien à l'investissement.

Confier ou non l'investissement au concessionnaire

Dans le cadre d'une concession, les investissements peuvent être financés par le partenaire privé ce qui peut s'avérer opportun lorsque la collectivité ne dispose pas des ●●●

●●● fonds nécessaires. A la fin du contrat, et alors même que ces investissements auront été financés par l'opérateur privé, ces biens (qui sont qualifiés de biens de retour) seront remis à l'autorité délégante sans contrepartie financière sous réserve éventuellement de la part non amortie des investissements que l'exploitant de la crèche aurait réalisés.

Différentes solutions s'ouvrent donc à la collectivité en cas de recours à la concession pour l'exploitation d'une crèche. La collectivité peut ainsi procéder elle-même aux investissements nécessaires au service – comme la construction de cet équipement par d'autres moyens, par exemple via un aménageur ou un promoteur dans le cadre d'une opération d'urbanisme – et ne confier au concessionnaire que l'exploitation de cet équipement. La collectivité peut aussi décider de faire supporter la charge de ces investissements à cet opérateur privé, étant précisé que celui-ci sera alors également chargé de la conception et de la réalisation de l'équipement dont l'exploitation lui sera confiée.

Un concessionnaire intéressé à l'équilibre financier de la crèche

La concession présente l'avantage de confier la gestion totale de la crèche à un même concessionnaire,

spécialisé et expert dans le domaine. Celui-ci fera donc bénéficier la collectivité de son savoir-faire, des compétences de son personnel et des fonctions support, qui sont bien souvent mutualisées, notamment les achats ou ressources informatiques. De plus, le concessionnaire étant financièrement intéressé dans la réussite du projet, puisqu'il supporte une partie du risque d'exploitation, il a tout intérêt à ce que le service public soit correctement géré. Dans le cadre de l'exploitation d'une crèche, l'exploitant va ainsi s'employer à maîtriser les coûts d'exploitation, mais également à optimiser la fréquentation de la crèche en augmentant le taux d'occupation.

Avantage financier ou inconvénient d'un engagement de long terme ?

Par ailleurs, la concession présente un avantage financier évident puisqu'elle permet à la collectivité de faire financer par l'opérateur soit la construction, soit la réhabilitation d'équipements dont elle ne pourrait assurer financièrement la charge, faute de disposer des fonds nécessaires.

La contrepartie, en revanche, de cette prise en charge des investissements est que le contrat de concession est naturellement plus long : sa durée est en principe calquée sur

celle des amortissements. A cet égard, notons que l'article R. 3114-2 du code de la commande publique limite la durée des délégations de service public pour lesquelles aucun investissement n'est nécessaire à cinq ans.

(1) Le juge administratif a pu rappeler que la mise à disposition d'un immeuble appartenant à une personne publique pour un usage de crèche, permettait de caractériser l'affectation à un service public et, par voie de conséquence de retenir la qualification de domaine public : CE, 22 mai 2019, commune de Langlade, req. n° 423230.

(2) Décision n° 06-MC-02 du 27 juin 2006 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la commune de Bouc-Bel-Air.

(3) CE, 14 février 2017, GPMB, n° a405157.

(4) Avis du 27 mars 2016 relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques.

Par Pierre-Yves Nauleau, avocat directeur du pôle médico-social et santé, cabinet Claisse et associés

LE COURRIER DES MAIRES et des élus locaux

LE MÉDIA RÉFÉRENT DES ÉLUS LOCAUX

Le mensuel + le supplément « 50 questions »

+ Accès à l'exhaustivité des contenus du site

+ La newsletter hebdomadaire + la revue numérique via l'application Kiosk

Retrouvez toutes nos offres d'abonnement sur www.courrierdesmaires.fr