

## [Jurisprudence] La légalité du critère relatif à l'emploi local pour l'attribution d'une délégation de service public

N2117BY3



par Elisabeth Fernandez Begault, Avocat associé, spécialiste en droit public et Romain Denilauler, Avocat à la Cour, cabinet Seban Occitanie

Le 04-02-2020

**Réf.** : CE 2° et 7° ch.-r., 20 décembre 2019, n° 428290, mentionné aux tables du recueil Lebon ([N° Lexbase : A2891Z9X](#))

Dans un arrêt rendu le 20 décembre 2019, le Conseil d'Etat a consacré la légalité d'un sous-critère relatif au nombre d'emplois locaux dont la création sera induite par la gestion et l'exploitation d'un port, dans le cadre de l'attribution d'une délégation de service public.

Dans un arrêt rendu le 20 décembre 2019, le Conseil d'Etat a consacré la légalité d'un sous-critère relatif au nombre d'emplois locaux dont la création sera induite par la gestion et l'exploitation d'un port, dans le cadre de l'attribution d'une délégation de service public.

Le département de Mayotte avait lancé une procédure de passation d'une délégation de service public portant sur la gestion et l'exploitation du port de Mayotte. Les offres des deux candidats admis à soumissionner étaient appréciées en application de cinq critères, dont un critère relatif à «*la qualité du projet de développement du service*». Ce critère comportait lui-même quatre éléments, dont la qualité du projet de développement du service apprécié sur la base de la pertinence des orientations stratégiques proposées dans le plan de développement stratégique du port et des plans d'investissements à quinze, cinq et un ans. La cour administrative d'appel (CAA Bordeaux, 20 décembre 2018, n° 16BX00794 [N° Lexbase : A5250YXQ](#)) et le rapporteur public soulignent également que le règlement de la consultation rappelait que l'autorité concédante «*souhaitait favoriser la multiplicité d'activités complémentaires en lien avec le port de commerce, dans une démarche volontariste favorisant l'amélioration des performances portuaires créatrices d'emplois en lien avec ses trafics*».

Autant dire que la prise en considération d'un critère ou d'un sous-critère relatif à la création d'emplois locaux n'était pas nécessairement évidente, et procède d'une lecture très attentive des documents de la consultation.

Le juge administratif a été prompt en l'espèce pour se livrer à cette lecture, et écarter le moyen tiré du recours à un critère ou un sous-critère de sélection qui n'aurait pas été rendu préalablement public (considérant n° 7). Ce premier moyen rejeté, le juge saisit l'occasion pour se positionner sur la possibilité même de retenir un critère ou un sous-critère tenant à la création d'emplois locaux induits par l'activité du service concédé.

Il est ainsi jugé qu'«*un critère ou un sous-critère relatif au nombre d'emplois locaux dont la création sera induite par la gestion et l'exploitation d'un port, lequel est une infrastructure concourant notamment au développement de l'économie locale, doit être regardé comme en lien direct avec les conditions d'exécution du contrat de délégation de la gestion de ce port et, pourvu qu'il soit non*

*discriminatoire, comme permettant de contribuer au choix de l'offre présentant un avantage économique global pour l'autorité concédante. Il suit de là que c'est sans commettre d'erreur de droit ni entacher son arrêt d'insuffisance de motivation que la cour a jugé qu'en l'espèce, un tel sous-critère, qui n'implique pas, par lui-même, de favoriser des entreprises locales, n'était pas entaché d'irrégularité».*

Le recours à des critères dits «sociaux» pour la sélection des offres dans le cadre de la procédure d'attribution des concessions de service public est admis. La réglementation se borne cependant à une simple référence à cette possibilité : l'article 27 du décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016, relatif aux contrats de concession ([N° Lexbase : L4192KYW](#)), applicable aux faits de l'espèce, disposait ainsi : *«Pour attribuer le contrat de concession, l'autorité concédante se fonde, conformément aux dispositions de l'article 47 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 [...], sur une pluralité de critères non discriminatoires. Au nombre de ces critères, peuvent figurer notamment des critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation. Lorsque la gestion d'un service public est déléguée, l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers»* (dispositions reprises à l'article R. 3124-4 du Code de la commande publique [N° Lexbase : L3684LRU](#)). L'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, relative aux contrats de concession ([N° Lexbase : L3476KYE](#)), reprise sur ce point à l'article L. 3114-2 du Code de la commande publique ([N° Lexbase : L4433LRM](#)), prévoyait également que *«les conditions d'exécution d'un contrat de concession peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du contrat de concession»*.

Les contrats de concession peuvent contenir des clauses sociales ; partant, la sélection du titulaire du contrat peut s'effectuer selon des critères sociaux, pourvu cependant que ces critères ne soient pas discriminatoires et soient liés avec l'objet du contrat ou ses conditions d'exécution. Ainsi, un critère relatif à la politique générale de l'entreprise en matière sociale est irrégulier, car non strictement lié à l'objet et/ou aux conditions d'exécution du contrat (CE, 25 mai 2018, n° 417580 [N° Lexbase : A4637XPG](#)).

À l'aune de ces principes, le recours au critère dit de «la responsabilité sociale et environnementale» (RSE) de l'entreprise est proscrit, sauf, d'une part, à ce que les documents de la consultation détaillent ce qu'une telle expression recouvre et, d'autre part, que ces détails soient en lien avec l'objet et/ou les conditions d'exécution de la concession.

La décision rapportée ne remet pas cause ces principes, ni même ne les assouplit.

La légalité du critère ou sous-critère relatif au nombre d'emplois locaux dont la création sera induite par l'exploitation du service concédé reste conditionnée par la double exigence de non-discrimination et de lien avec les conditions d'exécution du contrat.

Le Conseil d'Etat prend ainsi le soin de préciser que le critère est légal *«pourvu qu'il soit non discriminatoire»*. L'emploi du critère ne doit pas conduire, notamment, à favoriser les entreprises bénéficiant d'une implantation locale. En pratique, la distinction entre création d'emplois locaux et localisme risque toutefois d'entraîner parfois des raisonnements byzantins.

Le Conseil d'Etat relève également que le sous-critère est, au cas d'espèce, *«en lien direct avec les conditions d'exécution du contrat de délégation de la gestion de ce port»*. Traditionnellement, le critère doit être soit en lien avec l'objet du contrat, soit en lien avec ses conditions d'exécution. Au regard du critère en cause, les hypothèses où il pourra être regardé comme en lien avec l'objet du contrat resteront certainement relativement rares ; d'où sans doute le fait que la décision commentée se borne à relever un lien avec les conditions d'exécution du contrat de concession.

L'appréciation concrète de l'existence de ce lien entre critère relatif à la création d'emplois locaux et conditions d'exécution du contrat restent pour l'instant largement indéfinies : en l'espèce, le juge semble devoir trouver l'existence de ce lien dans le fait que le port dont l'exploitation est concédée *«lequel est une infrastructure concourant notamment au développement de l'économie locale»*. La jurisprudence sera amenée à davantage préciser les éléments et circonstances de nature à justifier du lien entre le critère et les conditions d'exécution du contrat.

Elle sera également appelée encore à se prononcer sur la précision du critère et les modalités de sa mise en

œuvre. Bien des questions, comme notamment ce qu'il faut entendre par un emploi local -si cela pouvait paraître, de prime abord, comme ne suscitant pas de difficulté dans le contexte insulaire mahorais, tel ne sera pas le cas en métropole ou lorsque le «local» renvoie à une dimension plus petite que l'île- ou les vérifications par l'autorité concédante des engagements des soumissionnaires sur la création d'emplois locaux, restent en suspens.

#### **Quel impact dans ma pratique ?**

La décision commentée ne confère par un blanc-seing aux autorités concédantes pour introduire, de manière systématique, des critères ou des sous-critères relatifs à la création d'emplois locaux.

Avant de recourir à un tel critère ou sous-critère, il conviendra de veiller à ce qu'il soit en lien avec l'objet du contrat ou les conditions d'exécution de celui-ci, et qu'il n'induisse pas une discrimination illicite.

Le plus grand soin devra également être apporté à la rédaction de ce critère ou de sous-critère.

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable