

Affaire C-598/19

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

6 août 2019

Jurisdiction de renvoi :

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Espagne)

Date de la décision de renvoi :

17 juillet 2019

Partie requérante :

Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo
(CONACEE)

Partie défenderesse :

Diputación Foral de Guipúzcoa

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO (COUR
SUPÉRIEURE DE JUSTICE DU PAYS BASQUE, ESPAGNE), CHAMBRE
ADMINISTRATIVE**

[omissis] [Identification de l'affaire et des parties]

ORDONNANCE DE RENVOI

[omissis] [composition de la formation de jugement]

À Bilbao, le 17 juillet 2019

I. LES FAITS

PREMIÈREMENT.— Un recours contentieux administratif [omissis] a été introduit par la Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (CONACEE) (confédération nationale des centres spéciaux d'emploi, ci-après la « Confédération ») contre la décision du 15 mai 2018 du Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Guipúzcoa (conseil de gouvernement de la Diputación Foral de Guipúzcoa) portant approbation des instructions destinées aux pouvoirs

adjudicateurs de cette institution, concernant le fait qu'elle réserve aux centres spéciaux d'emploi d'initiative sociale [Or. 2] ou aux entreprises d'insertion, le droit de participer aux procédures de passation des marchés ou de certains de leurs lots, ainsi que l'exécution d'une partie de ces marchés dans le cadre de programmes d'emplois protégés.

[omissis]

DEUXIÈMEMENT.– Dans sa requête, la requérante a demandé à la juridiction saisie [omissis], « d'annuler la décision attaquée et de déclarer que la notion "d'initiative sociale" n'a pas lieu de s'appliquer aux centres spéciaux d'emploi destinataires des marchés réservés [omissis] qui constituent l'objet de la décision, le tout en application des dispositions de l'article 20 de la directive 2014/24/UE ; à titre subsidiaire, et dans le cas où la juridiction saisie [omissis] l'estimerait nécessaire, [omissis] la requérante a demandé que la Cour soit saisie d'un renvoi préjudiciel aux fins de clarifier l'interprétation correcte des traités en ce qui concerne la validité des décisions adoptées par le législateur espagnol portant sur les restrictions liées à l'introduction du concept de centres spéciaux d'emploi d'*initiative sociale* par la quatrième disposition additionnelle et la quatorzième disposition finale de la Ley 9/2017 (Loi 9/2017), au regard des dispositions de l'article 20 de la directive 2014/24 ».

Cette prétention est fondée sur la non-conformité de la décision attaquée et, par conséquent, de la quatrième disposition additionnelle et de la quatorzième disposition finale de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de contratos del sector público (Loi 9/2017 du 8 novembre 2017 sur les marchés publics) (ci-après la « loi sur les marchés publics ») sur lesquelles la décision est fondée, au regard de l'article 20 de la directive 2014/24, dans la mesure où ces dispositions limitent l'accès aux marchés réservés, visés par cette directive, aux centres spéciaux d'emploi d'initiative sociale, excluant ainsi du champ d'application des marchés réservés les centres spéciaux d'emploi d'initiative entrepreneuriale ; selon des données de 2015, ces derniers, qui ne bénéficient pas de la qualification d'« initiative sociale », et le personnel relevant desdits centres, représentaient 50 % de tous les centres existants en Espagne.

La requérante soutient que l'ensemble des centres spéciaux d'emploi établis en Espagne remplissent les conditions prévues à l'article 20 de la directive 2014/24, à savoir que leur objet est de favoriser l'emploi de personnes handicapées ou soumises à un risque d'exclusion, et qu'au moins 30 % de leur personnel est constitué de travailleurs handicapés ; au contraire, les dispositions de la loi sur les marchés publics sur lesquelles est fondée la décision attaquée exigent, aux mêmes fins, la constitution d'une entité à but non lucratif et le réinvestissement des bénéfices.

Ainsi, selon la requérante, la catégorie des centres spéciaux d'emploi d'initiative sociale créée par la quatrième disposition additionnelle lue conjointement avec la quatorzième disposition finale, de la loi sur les marchés publics, exclut de l'accès

aux marchés réservés visés à l'article [Or. 3] 20 de la directive 2014/24, des entités qui remplissent les conditions établies par cette directive, ce qui est le cas des centres spéciaux d'emploi qui, selon l'article 43 du Real Decreto Legislativo 1/2013 (décret royal législatif 1/2013) (dans sa rédaction antérieure à la loi sur les marchés publics) réalisent une activité de production de biens ou de services, en participant régulièrement à des opérations de marché, dont la finalité est de garantir un emploi rémunéré aux personnes handicapées, et qui emploient des travailleurs handicapés qui représentent au moins 70 % du personnel.

Enfin, la requérante soutient que la transposition dans l'ordre juridique espagnol de l'article 20 de la directive 2014/24 par la loi sur les marchés publics ne respecte pas les conditions ni la finalité des marchés réservés [omissis] (voir considérant 28 de la directive 2004/18/UE et considérant 36 de la directive 2014/24) et viole les principes d'égalité et de non-discrimination dans les procédures de passation de marchés publics qui, selon le considérant 37 de la directive 2014/24, doivent être appliqués, en tant que principes fondamentaux du droit de l'Union, lors de l'élaboration des mesures pertinentes pour leur effet utile.

TROISIÈMEMENT.— La défenderesse, la Diputación Foral de Guipúzcoa, s'est opposée dans son mémoire en défense [omissis] à ce que soient accueillis le recours contentieux administratif et le renvoi préjudiciel devant la Cour, pour les raisons suivantes :

1. La quatrième disposition additionnelle de la loi sur les marchés publics a transposé l'article 20 de la directive 2014/24 en respectant les limites et les finalités de l'accès aux marchés réservés visés par cet article en faveur des ateliers protégés et des entreprises sociales, en indiquant que l'accès aux marchés réservés est destiné aux centres spéciaux d'emploi d'initiative sociale et aux entreprises d'insertion qui respectent les conditions requises dans le Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social [(décret royal législatif 1/2013 portant approbation de la refonte de la loi générale sur les droits des personnes handicapées et leur intégration sociale), du 29 novembre 2013 (BOE n° 289, du 3 décembre 2013, p. 95635)], et dans la Ley 44/2007 de empresas de inserción social (loi 44/2007 sur les entreprises d'insertion sociale) ; en résumé, il s'agit d'entités ou de personnes à but non lucratif, qui s'engagent à réinvestir les bénéfices qu'elles obtiennent dans l'exercice de leur activité et qui se consacrent principalement à l'intégration professionnelle et à l'insertion sociale de personnes handicapées ou en situation d'exclusion sociale.

2. La directive 2014/24 (en son article 20) s'exprime en des termes qui, par leur amplitude ou leur généralité (« ateliers protégés » ; « entreprises sociales » et « opérateurs économiques ») permettent sa transposition dans l'ordre juridique interne comme l'a fait la quatrième disposition additionnelle de la loi sur les marchés publics.

3. La directive 2014/24 n'établit pas de manière précise et inconditionnelle la portée de l'accès aux marchés réservés visés en son article 20, de sorte que comme elle a été transposée dans l'ordre juridique [Or. 4] espagnol en des termes conformes à l'article 20, l'effet direct de cette disposition ne peut pas être invoqué.

QUATRIÈMEMENT.– [omissis] [Questions de procédure interne]

Par ordonnance, [omissis] il a été décidé : « [...] [omissis] d'entendre les parties, dans un délai [omissis] de dix jours, afin qu'elles présentent les observations qu'elles [omissis] estiment pertinentes sur un renvoi préjudiciel à la Cour (en application de l'article 267 TFUE) visant à déterminer si la transposition de l'article 20 de la directive 2014/24 en droit interne permet une délimitation du champ d'application ratione personae de l'accès aux marchés réservés prévu par cet article, qui restreigne son application à certains sujets (ateliers protégés et opérateurs économiques) parmi ceux mentionnés dans ladite disposition, même si ceux qui sont exclus respectent la condition selon laquelle au moins 30 % de leurs employés sont handicapés et la finalité ou l'objectif d'intégration sociale et professionnelle de ces personnes. »

CINQUIÈMEMENT.– La requérante a demandé qu'une question préjudicielle soit déférée à la Cour dans les termes formulés dans l'ordonnance [omissis] et sur la base des moyens invoqués dans le recours, en ce qui concerne les conditions et la portée de l'accès aux marchés réservés visé à l'article 20 de la directive 2014/24.

Dans la même procédure, la défenderesse a soutenu qu'il n'était pas nécessaire de saisir la Cour d'un renvoi préjudiciel, étant donné que la directive 2014/24 n'a pas été rédigée en des termes inconditionnels et qu'elle a été transposée en droit interne dans le respect de ses limites et de ses finalités.

II. EN DROIT

PREMIÈREMENT.– L'arrêt du 9 septembre 2015, X et van Dijk, [omissis] (C-72/14 et C-197/14, EU:C:2015:564) indique ce qui suit :

« 53. L'article 267 TFUE attribue compétence à la Cour pour statuer, à titre préjudiciel, tant sur l'interprétation des traités et des actes pris par les institutions, les organes ou les organismes de l'Union que sur la validité de ces actes. Cet article dispose, à son deuxième alinéa, qu'une juridiction nationale peut soumettre de telles questions [Or. 5] à la Cour, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, et, à son troisième alinéa, qu'elle est tenue de le faire si ses décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne (arrêt Melki et Abdeli, C-188/10 et C-189/10, EU:C:2010:363, point 40). [...].

55. La Cour a précisé qu'une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne est tenue, lorsqu'une question de droit de l'Union se pose devant elle, de déférer à son obligation de saisine, à moins qu'elle n'ait constaté que la question soulevée n'est pas pertinente ou que la disposition du droit de l'Union en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour ou que l'application correcte du droit de l'Union s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable. La Cour a ajouté que l'existence d'une telle éventualité doit être évaluée en fonction des caractéristiques propres au droit de l'Union, des difficultés particulières que présente son interprétation et du risque de divergences de jurisprudence à l'intérieur de l'Union (arrêt *Cilfit e.a.*, 283/81, EU:C:1982:335, point 21). [...] »

Pour sa part, le Tribunal Supremo (Cour suprême, Espagne) s'est prononcé sur des aspects essentiels du renvoi préjudiciel devant la Cour dans un arrêt récent du 17 décembre 2018 [omissis] de la chambre du contentieux administratif (ROJ : sts 4260/2018 ; rc 553/2018) :

« [...] lorsqu'il existe un doute sur l'éventuelle incompatibilité entre une disposition nationale et le droit de l'Union, la juridiction saisie, même lorsqu'elle ne statue pas en dernière instance, est tenue d'exposer les motifs pour lesquels elle n'examine pas l'incompatibilité invoquée entre la disposition nationale et celle de l'Union, ainsi que les motifs pour lesquels elle estime qu'il n'est pas nécessaire de saisir la Cour d'un renvoi préjudiciel, en application de la théorie de l'"acte clair" ou de l'"acte éclairé" [...] ».

En application de la jurisprudence que nous venons de citer, nous allons exposer les points suivants :

- la question litigieuse en l'espèce ;
- l'interprétation et l'application d'une disposition de droit de l'Union comme condition pour la résolution de la question litigieuse ;
- les doutes portant sur la conformité du droit interne applicable en l'espèce avec ladite disposition de droit de l'Union.

DEUXIÈMEMENT. – La décision attaquée dans la présente affaire a approuvé les instructions destinées aux pouvoirs adjudicateurs de la Diputación Foral de Guipúzcoa [**Or. 6**] concernant les marchés réservés visés à l'article 20 de la directive 2014/24, qui a été transposée en droit espagnol par la loi sur les marchés publics, plus précisément par la quatrième disposition additionnelle de cette loi :

« 1. Par décision du Conseil des ministres ou de l'organe compétent dans le cadre des communautés autonomes et des collectivités locales, des pourcentages minimaux sont fixés aux fins de réserver aux centres spéciaux d'emploi d'initiative sociale et aux entreprises d'insertion, visés respectivement par le Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad

y de su inclusión social (décret royal législatif 1/2013 portant approbation de la refonte de la loi générale sur les droits des personnes handicapées et leur intégration sociale, du 29 novembre 2013) et la Ley 44/2007 de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción (Loi 44/2007 du 13 décembre 2007 sur la réglementation du régime des entreprises d’insertion), qui remplissent les conditions établies à cet effet par la directive, le droit de participer aux procédures de passation de certains marchés ou de certains de leurs lots, ou un pourcentage minimum est fixé aux fins de réserver l’exécution de ces marchés dans le cadre de programmes d’emplois protégés, à condition que le pourcentage de travailleurs handicapés ou en situation d’exclusion sociale des centres spéciaux d’emploi, des entreprises d’insertion ou des programmes, soit celui prévu par leur cadre législatif de référence et soit, en tout cas, d’au moins 30 %.

La décision susmentionnée du Conseil des ministres ou de l’organe compétent dans le cadre des communautés autonomes et des collectivités locales fixe les conditions minimales visant à garantir l’exécution des dispositions du paragraphe précédent.

[omissis] [procédure transitoire, dénuée de pertinence pour la présente affaire]

2. L’avis de marché doit faire référence à la présente disposition.

[omissis] [garanties financières, question dénuée de pertinence dans la présente affaire] » **[Or. 7]**

La disposition reproduite ci-dessus applique l’accès réservé aux marchés, visé à l’article 20 de la directive 2014/24, aux centres spéciaux d’emploi d’initiative sociale et aux entreprises d’insertion, réglementés par les dispositions précitées, ce qui implique que les centres spéciaux d’emploi (d’initiative privée et non sociale), que la Confédération représente au niveau national, sont exclus de ce champ d’application.

La question litigieuse, telle qu’exposée aux points 2 et 3 du rappel des faits dans la présente ordonnance, porte sur la conformité au regard de l’article 20 de la directive 2014/24, de la disposition précitée de droit espagnol, sur laquelle se fonde la décision attaquée de la Diputación Foral de Guipúzcoa. En effet, la résolution du présent litige dépend de l’interprétation qui est donnée à cette disposition du droit de l’Union, puisque si l’on considère, comme le soutient la partie requérante, que les centres spéciaux d’emploi ne relevant pas de la catégorie des centres d’« initiative sociale » à laquelle se réfère la quatrième disposition additionnelle de la loi sur les marchés publics, respectent les conditions et les finalités établies par l’article 20 de la directive 2014/24 pour accéder aux marchés réservés visés par ladite directive, leur exclusion du champ d’application de l’accès à ces marchés réservés, en vertu de ladite disposition de droit interne, ne serait pas conforme à la disposition précitée de droit de l’Union.

Par conséquent, il convient de déterminer si la réglementation interne à laquelle nous venons de nous référer établit des conditions d'accès aux marchés réservés visés à l'article 20 de la directive 2014/24, notamment en ce qui concerne les centres spéciaux d'emploi, qui ne sont pas conformes au régime de cette disposition – que l'État membre ne saurait modifier – ce qui nécessite inévitablement l'interprétation de cette disposition par la Cour [omissis].

En effet, la réglementation des centres spéciaux d'emploi d'initiative sociale introduite en droit espagnol par la loi sur les marchés publics, aux fins de l'accès aux marchés réservés susmentionné, dans le cadre des procédures d'appel d'offres, exige des conditions supplémentaires, distinctes de celles prévues par l'article 20 de la directive 2014/24, comme il ressort aisément de la comparaison des deux dispositions :

– Article 20 de la directive 2014/24. Marchés réservés :

« 1. Les États membres peuvent réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés et à des opérateurs économiques dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées, ou prévoir l'exécution de ces marchés dans le contexte de programmes d'emplois protégés, à condition qu'au moins 30 % du personnel de ces ateliers, **[Or. 8]** opérateurs économiques ou programmes soient des travailleurs handicapés ou défavorisés.

2. L'appel à la concurrence renvoie au présent article. »

La quatorzième disposition finale de la loi sur les marchés publics [omissis] définit la notion de centres spéciaux d'emploi d'initiative sociale auxquels la quatrième disposition additionnelle de cette loi, reproduite ci-dessus, réserve l'accès aux marchés, comme suit :

« [...] Sont considérés comme centres spéciaux d'emploi d'initiative sociale les centres remplissant les conditions établies aux paragraphes 1 et 2 de l'article 43 du Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (décret royal législatif 1/2013 portant approbation de la refonte de la loi générale sur les droits des personnes handicapées et leur intégration sociale, du 29 novembre 2013), [omissis] qui reçoivent, directement ou indirectement, le soutien et la participation à plus de 50 %, d'une ou plusieurs entités, publiques ou privées, à but non lucratif ou dont le caractère social est reconnu dans les statuts, que ce soit des associations, des fondations, des personnes morales de droit public, des coopératives d'initiative sociale ou d'autres entités relevant de l'économie sociale, ainsi que les centres dont la propriété est détenue par les sociétés commerciales susvisées, de manière directe ou indirecte (à travers la notion de société dominante régie par l'article 42 du code de commerce), pour autant que leurs statuts ou leur pacte social imposent toujours le réinvestissement intégral de leurs bénéfices aux fins de créer des opportunités d'emploi en faveur des personnes handicapées et d'améliorer de manière continue

leur compétitivité et leur activité d'économie sociale, en conservant, dans tous les cas, la faculté de choisir de les réinvestir dans le centre spécial d'emploi lui-même ou dans d'autres centres spéciaux d'emploi d'initiative sociale. »

TROISIÈMEMENT.– En conclusion, la juridiction de céans doute que la transposition de l'article 20 de la directive 2014/24 dans l'ordre juridique espagnol, dont l'interprétation est déterminante pour la résolution du présent litige, permette de délimiter le champ d'application ratione personae des marchés réservés visés par cette disposition, selon les termes établis dans la réglementation de la notion de « centres spéciaux d'emploi d'initiative sociale », ce qui a pour conséquence d'exclure de l'accès aux marchés réservés, des entreprises ou des opérateurs économiques, tels que ceux représentés par la requérante, bien qu'ils remplissent la condition prévue à l'article précité selon laquelle au moins 30 % de leurs employés sont des personnes handicapées, et que la finalité ou l'objectif de ces entreprises ou opérateurs est de promouvoir l'intégration sociale et professionnelle de ces dernières.

Ainsi, conformément à l'article 267, deuxième alinéa, TFUE, **[Or. 9]** la juridiction de céans décide de saisir la Cour de la question préjudicielle suivante :

« L'article 20 de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics doit-il être interprété en ce sens que la portée subjective de l'accès aux marchés réservés visés par cette disposition ne peut pas être définie en des termes qui, en imposant des conditions supplémentaires liées à la constitution, à la nature et aux finalités des opérateurs ou entreprises, à leur activité ou à leurs investissements, ou d'une autre sorte, excluent de son champ d'application des entreprises ou des opérateurs économiques qui remplissent la condition selon laquelle au moins 30 % de leurs employés sont des personnes handicapées et qui poursuivent la finalité ou l'objectif de promouvoir l'intégration sociale et professionnelle de ces personnes ? »

[omissis] [Formules finales et signatures]