



Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DE LA COUR (neuvième chambre)

25 octobre 2018*

« Renvoi préjudiciel – Marchés publics – Directive 2014/24/UE – Article 10, sous g) – Exclusions du champ d’application – Contrats d’emploi – Notion – Décisions d’hôpitaux de droit public de conclure des contrats de travail à durée déterminée pour les besoins de restauration, de fourniture de repas et de nettoyage – Directive 89/665/CEE – Article 1^{er} – Droit de recours »

Dans l’affaire C-260/17,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l’article 267 TFUE, introduite par le Symvoulio tis Epikrateias (Conseil d’État, Grèce), par décision du 11 mai 2017, parvenue à la Cour le 16 mai 2017, dans la procédure

Anodiki Services EPE

contre

GNA, O Evangelismos – Ophthalmiatreio Athinon – Polykliniki,

Geniko Oγκολογικο Nosokomeio Kifisias – (GONK) « Oi Agioi Anargyroi »,

en présence de :

Arianthi Iliá EPE,

Fasma AE,

Mega Sprint Guard AE,

ICM – International Cleaning Methods AE,

Myservices Security and Facility AE,

Kleenway OE,

GEN – KA AE,

Geniko Nosokomeio Athinon « Georgios Gennimatas »,

Ipirotiki Facility Services AE,

* Langue de procédure : le grec.

LA COUR (neuvième chambre),

composée de M. C. Lycourgos, président de la dixième chambre, faisant fonction de président de la neuvième chambre, MM. E. Juhász et C. Vajda (rapporteur), juges,

avocat général : M. M. Wathelet,

greffier : M. A. Calot Escobar,

vu la procédure écrite,

considérant les observations présentées :

- pour Anodiki Services EPE, par M^e Z. Zouganeli, dikigoros,
- pour GNA, O Evangelismos – Ophthalmiatreio Athinon – Polykliniki, par M^e G. Statharas, dikigoros,
- pour Geniko Nosokomeio Athinon « Georgios Gennimatas », par M^{es} M. Antonopoulou et N. Nikolopoulos, dikigoroï,
- pour Fasma AE, par M^e N. Mourdoukoutas, dikigoros,
- pour Mega Sprint Guard AE, par M^{es} S. Konstantopoulos, N. Meligos et G. Christodoulopoulos, dikigoroï,
- pour ICM – International Cleaning Methods AE et Kleenway OE, par M^e E. Anagnostou, dikigoros,
- pour Myservices Security and Facility AE, par M^e A. Virvilios, dikigoros,
- pour GEN – KA AE, par M^e C. Pelekis, dikigoros,
- pour le gouvernement hellénique, par M^{mes} M. Tassopoulou, A. Magreppi et E. Tsaousi, en qualité d'agents,
- pour le gouvernement autrichien, par M. M. Fruhmann, en qualité d'agent,
- pour la Commission européenne, par M^{me} M. Patakia et M. P. Ondrůšek, en qualité d'agents,

vu la décision prise, l'avocat général entendu, de juger l'affaire sans conclusions,

rend le présent

Arrêt

- 1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 10, sous g), de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65), telle que modifiée par le règlement délégué (UE) 2015/2170 de la Commission, du 24 novembre 2015 (JO 2015, L 307, p. 5) (ci-après la « directive 2014/24 »), ainsi que de l'article 1^{er} de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de

fournitures et de travaux (JO 1989, L 395, p. 33), telle que modifiée par la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014 (JO 2014, L 94, p. 1) (ci-après la « directive 89/665 »).

- 2 Cette demande a été présentée dans le cadre de deux litiges opposant Anodiki Services EPE à, dans le premier litige, GNA, O Evangelismos – Ofthalmiatreio Athinon – Polykliniki (ci-après « GNA Evangelismos ») et, dans le second litige, Geniko Oγκολογικο Νοσοκομείο Κιφισίας – (GONK) « Oi Agioi Anargyroi » (ci-après « GONK Agioi Anargyroi ») au sujet des décisions prises par les conseils d'administration de ces hôpitaux de droit public de conclure un certain nombre de contrats de travail de droit privé à durée déterminée afin de pourvoir à leurs besoins en restauration, en fourniture de repas et en nettoyage.

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

- 3 Le considérant 5 de la directive 2014/24 énonce :

« Il convient de rappeler que rien dans la présente directive ne fait obligation aux États membres de confier à des tiers ou d'externaliser la fourniture de services qu'ils souhaitent fournir eux-mêmes ou organiser autrement que par la passation d'un marché public au sens de la présente directive. La prestation de services fondés sur la législation, la réglementation ou des contrats d'emploi ne devrait pas être concernée. Dans certains États membres, cela pourrait par exemple être le cas pour certains services administratifs et publics, tels que les services exécutifs et législatifs, ou la fourniture de certains services à la population, tels que des services en matière d'affaires étrangères ou de justice ou des services de sécurité sociale obligatoire. »

- 4 L'article 1^{er}, paragraphe 4, de cette directive prévoit :

« La présente directive ne porte pas atteinte à la faculté des États membres de définir, conformément au droit de l'Union, ce qu'ils entendent par services d'intérêt économique général, la manière dont ces services devraient être organisés et financés conformément aux règles relatives aux aides d'État et les obligations spécifiques auxquelles ils devraient être soumis. De même, la présente directive n'a pas d'incidence sur le droit qu'ont les pouvoirs publics de décider si, comment et dans quelle mesure ils souhaitent assumer eux-mêmes certaines fonctions publiques conformément à l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et au protocole n° 26. »

- 5 L'article 4, sous b), de ladite directive fixe un seuil d'application de celle-ci de 135 000 euros pour les marchés publics de fournitures et de services passés par des autorités publiques centrales et pour les concours organisés par celles-ci. Cet article, sous d), fixe un seuil de 750 000 euros pour les marchés publics de services portant sur des services sociaux et d'autres services spécifiques énumérés à l'annexe XIV de cette même directive. Des services de restauration, notamment, sont mentionnés à cette annexe.

- 6 L'article 10 de la directive 2014/24 dispose :

« La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics de services ayant pour objet :

[...]

g) les contrats d'emploi ;

[...] »

7 Aux termes de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 89/665 :

« La présente directive s'applique aux marchés visés par la [directive 2014/24], sauf si ces marchés sont exclus en application des articles 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 et 37 de ladite directive.

[...]

Les contrats au sens de la présente directive incluent les contrats publics, les accords-cadres, les concessions de travaux et de services et les systèmes d'acquisition dynamiques.

Les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés relevant du champ d'application de la [directive 2014/24] [...], les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 2 à 2 septies de la présente directive, au motif que ces décisions ont violé le droit de l'Union en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit. »

8 L'article 2, paragraphe 1, sous a) et b), de la directive 89/665 prévoit :

« Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l'article 1^{er} prévoient les pouvoirs permettant :

- a) de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit encore porté atteinte aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou l'exécution de toute décision prise par le pouvoir adjudicateur ;
- b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause ».

Le droit grec

9 L'article 103, paragraphe 2, de la constitution dispose :

« Nul ne peut être nommé fonctionnaire à un emploi organique qui n'a pas été établi par la loi. Une loi spéciale peut prévoir le recrutement par exception de personnel à contrat de droit privé d'une durée déterminée, en vue de satisfaire des besoins imprévus et urgents. »

10 L'article 63, paragraphe 1, de la loi 4430/2016 (FEK A' 205) prévoit :

« Par décision de leur organe de direction compétent à membre unique ou collectif, les services centraux, décentralisés et tous les services en général des ministères ainsi que les personnes morales de droit public (PMDP) et de droit privé (PMDp) soumises à l'autorité des ministères peuvent, pour répondre aux besoins de nettoyage des bâtiments dont ils ont la responsabilité et de leurs espaces extérieurs ainsi qu'aux besoins de restauration, de fourniture de repas et de gardiennage, conclure des contrats de travail individuels de droit privé à durée déterminée si le personnel existant n'est pas suffisant et en cas de circonstances imprévues ou d'urgence. À titre indicatif, sont considérées comme telles les circonstances suivantes : a) un obstacle de droit ou de fait à la prestation sans entraves de ces

services par des personnes morales ou physiques tierces qui n'est pas le fait des destinataires desdits services, b) la réalisation d'économies budgétaires grâce à la conclusion des contrats de travail visés dans la présente disposition en comparaison avec d'autres moyens. La constatation de l'existence de circonstances imprévues ou d'urgence exige une appréciation motivée des administrations susmentionnées. Les contrats susmentionnés sont conclus conformément aux dispositions du présent article, par dérogation à toute autre disposition légale générale ou spéciale. Les dispositions dérogatoires du présent article peuvent être appliquées jusqu'au 31 décembre 2018. »

- 11 En vertu de l'article 63, paragraphe 2, de cette loi, ces contrats ont une durée maximale de 24 mois et ne peuvent être transformés en contrats à durée indéterminée.
- 12 Selon l'article 63, paragraphe 3, de ladite loi, un classement provisoire doit être établi aux fins de la sélection des personnes concernées en leur attribuant des points en fonction de la durée de chômage ou de l'expérience professionnelle.
- 13 L'article 107, paragraphe 1, de la loi 4461/2017 (FEK A' 38) régit spécifiquement certaines questions relatives à l'application de l'article 63 de la loi 4430/2016 à des personnes morales, quelle que soit leur forme, qui sont soumises à l'autorité du ministère de la Santé, en ce qui concerne l'attribution de points aux candidats selon la durée de chômage, l'existence d'enfants mineurs à charge et l'expérience professionnelle.

Le litige au principal et les questions préjudicielles

- 14 Il ressort de la décision de renvoi que l'impossibilité de créer des postes statutaires conformément à l'article 103, paragraphe 2, de la constitution, en raison de la crise économique en Grèce et des engagements internationaux de celle-ci, a amené cet État membre à adopter certaines dispositions de droit autonomes.
- 15 À cet égard, la loi 4430/2016 a été adoptée afin de faire face à des circonstances exceptionnelles, qualifiées d'« imprévues » et d'« urgentes », et compte tenu de l'existence de dysfonctionnements graves affectant l'attribution et l'exécution des marchés publics. Selon l'exposé des motifs de la loi 4430/2016, tel que reproduit dans la décision de renvoi, cette loi vise à garantir qu'un bénéfice financier résultera de la réduction considérable du budget des administrations en cause, à améliorer les conditions de travail des travailleurs dans les entreprises concernées ainsi qu'à répondre aux besoins urgents ou imprévus des destinataires des services, d'une manière compatible avec la constitution et le droit de l'Union. L'article 63 de ladite loi prévoit la possibilité, pour des personnes morales de droit public, de conclure des contrats individuels de droit privé à durée déterminée pour pourvoir à leurs besoins, notamment, en matière de restauration, de fourniture de repas et de nettoyage.
- 16 Par décisions prises au mois de novembre 2016, les conseils d'administration de GNA Evangelismos et GONK Agioi Anargyroi ont décidé de conclure un certain nombre de contrats de travail individuels de droit privé à durée déterminée au titre dudit article 63 afin de pourvoir aux besoins respectifs en restauration et fourniture de repas et en nettoyage au sein des hôpitaux qu'elles gèrent.
- 17 Anodiki Services a intenté des recours contre lesdites décisions devant la juridiction de renvoi, le Symvoulío tis Epikrateias (Conseil d'État, Grèce). Elle fait valoir que ces dernières portent sur des fournitures de services qui auraient dû faire l'objet de procédures de passation de marchés publics visées par la directive 2014/24. À cet égard, elle relève que la valeur des contrats faisant l'objet de ces mêmes décisions, à savoir entre 1 894 402,56 euros et 2 050 418,16 euros sur 24 mois pour la décision de GNA Evangelismos et 550 000 euros par an pour celle de GONK Agioi Anargyroi, est supérieure aux seuils pertinents fixés à l'article 4 de cette directive.

- 18 La juridiction de renvoi se demande si des contrats tels que ceux visés par les décisions des conseils d'administration de GNA Evangelismos et de GONK Agioi Anargyroi relèvent de la notion de « contrats d'emploi », figurant à l'article 10, sous g), de la directive 2014/24, de sorte que les marchés publics ayant pour objet leur conclusion sont exclus du champ d'application de cette directive.
- 19 Elle se demande également si l'article 63 de la loi 4430/2016, dans la mesure où il permet la conclusion de tels contrats sans recours aux procédures prévues par la directive 2014/24, est contraire aux dispositions de cette directive, à celles du traité FUE consacrées à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services, aux articles 16 et 52 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte ») ainsi qu'aux principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité. À cet égard, la juridiction de renvoi considère que, compte tenu de l'objet et du coût estimé des contrats de travail, il est incontestable qu'une procédure de passation de marchés publics ayant le même objet ferait l'objet d'un intérêt transfrontalier.
- 20 Ladite juridiction cherche en outre à savoir si la décision d'une autorité publique de ne pas recourir à une procédure de passation de marchés publics conformément à la directive 2014/24, au motif que le contrat en question ne relève pas du champ d'application de cette directive, est susceptible de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel au titre de la directive 89/665.
- 21 Dans ces conditions, le Symvoulio tis Epikrateias (Conseil d'État) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) Suffit-il pour qu'un contrat soit qualifié de "contrat d'emploi" au sens de l'article 10, sous g), de la directive [2014/24] pour qu'il s'agisse d'un contrat de travail salarié ou doit-il être assorti de caractéristiques particulières (relatives par exemple à la nature du travail, aux conditions de conclusion du contrat, aux qualités des candidats, aux aspects de la procédure de sélection), de telle sorte que la sélection de chaque travailleur est le résultat d'une appréciation individuelle et d'une évaluation subjective de sa personnalité par l'employeur ?

Les contrats de travail à durée déterminée, conclus sur la base de critères objectifs comme la durée du chômage du candidat, son expérience antérieure ou le nombre d'enfants mineurs à sa charge, à la suite d'un contrôle formel des justificatifs et de l'attribution de points selon un barème prédéterminé lié aux critères susmentionnés, tels que les contrats visés à l'article 63 de la loi 4430/2016, peuvent-ils être qualifiés de "contrats d'emploi", au sens de l'article 10, sous g), de la directive [2014/24] ?

2) Eu égard aux dispositions de la directive [2014/24] (article 1^{er}, paragraphe 4, article 18, paragraphes 1 et 2, article 19, paragraphe 1, article 32 et article 57, lus en combinaison avec le considérant 5 de cette directive), du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (articles 49 et 56) et de la [Charte] (articles 16 et 52), ainsi qu'aux principes d'égalité de traitement, de transparence et de proportionnalité, le recours des autorités publiques à d'autres moyens que la passation de marchés publics, y compris la conclusion de contrats d'emploi, afin de remplir leurs obligations d'intérêt public est-il autorisé et, le cas échéant, dans quelles conditions, lorsque le recours à de tels moyens n'a pas pour objet d'organiser de manière permanente le service public, mais – comme dans le cas de l'article 63 de la loi 4430/2016 – est mis en œuvre pour une durée limitée, afin de faire face à des circonstances exceptionnelles et pour des raisons liées à l'effectivité de la concurrence ou à la légalité du fonctionnement des entreprises exerçant des activités dans le secteur des marchés publics ?

Des raisons de cette teneur, ainsi que des circonstances telles que l'impossibilité d'exécuter un marché public sans entraves ou la réalisation d'un avantage financier important par rapport au coût qui résulterait de la passation de marchés publics, peuvent-elles être considérées comme des

raisons impérieuses d'intérêt général justifiant l'adoption d'une mesure qui conduit à une restriction grave, par son étendue et sa durée, de la liberté d'entreprise en matière de marchés publics ?

- 3) La protection juridictionnelle invoquée contre la décision d'une autorité publique, telle que les décisions attaquées dans le litige au principal, par laquelle cette autorité attribue un contrat qu'elle considère comme exclu du champ d'application de la directive 2014/24 (par exemple en tant que "contrat d'emploi") échappe-t-elle au champ d'application de la directive [89/665], en vertu de l'article 1^{er} de celle-ci [...], lorsque le recours contre cette décision a été introduit par un opérateur économique qui aurait un intérêt à agir pour obtenir l'attribution d'un marché public ayant le même objet et qui fait valoir que c'est illégalement que la directive [2014/24] n'a pas été appliquée au motif qu'une telle non-application était considérée comme autorisée ? »

La procédure devant la Cour

- 22 Dans sa demande de décision préjudicielle, la juridiction de renvoi a demandé l'application de la procédure accélérée prévue à l'article 105, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour. Cette demande a été rejetée par ordonnance du président de la Cour du 13 juillet 2017, Anodiki Services (C-260/17, non publiée, EU:C:2017:560).

Sur les questions préjudicielles

Sur la première question

- 23 Par sa première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 10, sous g), de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens que relèvent de la notion de « contrats d'emploi » visée à cette disposition des contrats de travail, tels que ceux en cause au principal, à savoir des contrats de travail à durée déterminée qui sont conclus avec des personnes sélectionnées sur le fondement de critères objectifs, tels que la durée du chômage, l'expérience antérieure et le nombre d'enfants mineurs à la charge de celles-ci.
- 24 Il y a lieu de relever que, si, conformément à l'article 10, sous g), de la directive 2014/24, les marchés publics de services ayant pour objet les contrats d'emploi sont exclus du champ d'application de celle-ci, la notion de « contrats d'emploi », telle qu'elle figure à cette disposition, n'est pas définie par cette directive. En outre, ladite disposition ne contient aucun renvoi au droit des États membres en ce qui concerne une telle définition.
- 25 Or, conformément à une jurisprudence constante de la Cour, il découle de l'exigence d'une application uniforme du droit de l'Union que, dans la mesure où une disposition de celui-ci ne renvoie pas au droit des États membres en ce qui concerne une notion particulière, cette dernière doit normalement trouver, dans toute l'Union européenne, une interprétation autonome et uniforme. Cette interprétation doit être recherchée en tenant compte du libellé de la disposition en cause ainsi que du contexte de celle-ci et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause (voir en ce sens, notamment, arrêts du 19 décembre 2013, Fish Legal et Shirley, C-279/12, EU:C:2013:853, point 42, ainsi que du 19 juin 2018, Baumeister, C-15/16, EU:C:2018:464, point 24).
- 26 À cet égard, d'une part, il ressort du considérant 5 de la directive 2014/24 que celle-ci n'oblige pas les États membres à confier à des tiers ou à externaliser la fourniture de services qu'ils souhaitent fournir eux-mêmes ou organiser autrement que par la passation d'un marché public au sens de cette directive, et que la prestation de services fondés sur la législation, la réglementation ou des contrats d'emploi ne devrait pas être concernée par cette directive. Il en découle que la conclusion de contrats d'emploi

constitue un moyen pour les pouvoirs publics des États membres de fournir eux-mêmes des services et, de ce fait, est exclue des obligations relatives à la passation de marchés publics visées par ladite directive.

- 27 Contrairement à ce qu'affirme Anodiki Services dans ses observations écrites, cette possibilité pour les pouvoirs publics de pourvoir eux-mêmes à certains de leurs besoins moyennant la conclusion de contrats d'emploi n'est pas limitée aux cas mentionnés à la dernière phrase dudit considérant. À cet égard, le fait que celui-ci précise, à propos de cette faculté dont les pouvoirs publics devraient pouvoir disposer, que « cela pourrait par exemple être le cas pour » les services qu'il énumère à la suite de ce membre de phrase, démontre à suffisance que cette énumération revêt un caractère non exhaustif.
- 28 D'autre part, force est de constater que la conclusion d'un contrat d'emploi donne lieu, par sa nature, à une relation de travail entre l'employé et l'employeur. Dans le contexte plus large du droit de l'Union, il est de jurisprudence constante que la caractéristique de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération (voir, notamment, arrêts du 3 juillet 1986, *Lawrie-Blum*, 66/85, EU:C:1986:284, point 17, ainsi que du 19 juillet 2017, *Abercrombie & Fitch Italia*, C-143/16, EU:C:2017:566, point 19 et jurisprudence citée).
- 29 Il résulte de ces considérations que la notion de « contrats d'emploi », au sens de l'article 10, sous g), de la directive 2014/24, vise tous les contrats en vertu desquels un pouvoir public embauche des personnes physiques afin de fournir lui-même des services et qui donnent lieu à une relation de travail par laquelle ces personnes accomplissent pendant un certain temps, en faveur de ce pouvoir public et sous la direction de celui-ci, des prestations en contrepartie desquelles elles touchent une rémunération.
- 30 Aux fins de cette définition, la façon dont lesdites personnes sont embauchées est donc dénuée de pertinence. En particulier, si, certes, une relation de travail peut reposer, ainsi que le relève Anodiki Services dans ses observations écrites, sur un rapport de confiance particulier entre l'employeur et le travailleur, il ne s'ensuit nullement que seuls les contrats conclus sur le fondement de critères subjectifs au regard des personnes embauchées, à l'exclusion de ceux résultant d'une sélection faite selon des critères purement objectifs, constituent des « contrats d'emploi », au sens de ladite disposition.
- 31 En outre, dans la mesure où, conformément à la définition de la « relation de travail » rappelée au point 28 du présent arrêt, le travailleur accomplit des prestations en faveur de son employeur, sous la direction de celui-ci, « pendant un certain temps », les contrats de travail à durée déterminée ne sauraient être exclus de la notion de « contrats d'emploi », au sens de l'article 10, sous g), de la directive 2014/24, au motif que la durée de la relation de travail qu'ils instituent est limitée dans le temps.
- 32 Il appartient en définitive à la juridiction de renvoi d'apprécier, à la lumière de ces considérations, si les contrats en cause au principal constituent des « contrats d'emploi », au sens de cette disposition. En particulier, ainsi que la Commission l'a relevé dans ses observations écrites, il y a lieu de vérifier qu'il s'agit de véritables contrats de travail individuels, conclus entre les hôpitaux de droit public en cause au principal et les personnes recrutées. Toutefois, rien dans le dossier soumis à la Cour n'indique que tel ne serait pas le cas.
- 33 Compte tenu de ce qui précède, il convient de répondre à la première question que l'article 10, sous g), de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens que relèvent de la notion de « contrats d'emploi », visée à cette disposition, des contrats de travail tels que ceux en cause au principal, à savoir des contrats de travail à durée déterminée individuels qui sont conclus avec des personnes sélectionnées sur le fondement de critères objectifs tels que la durée du chômage, l'expérience antérieure et le nombre d'enfants mineurs à la charge de celles-ci.

Sur la deuxième question

- 34 Par sa deuxième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si les dispositions de la directive 2014/24, les articles 49 et 56 TFUE, les principes d'égalité de traitement, de transparence et de proportionnalité ainsi que les articles 16 et 52 de la Charte s'opposent à une décision d'un pouvoir public d'avoir recours à la conclusion de contrats d'emploi tels que ceux en cause au principal, afin de remplir certaines tâches relevant de ses obligations d'intérêt public.
- 35 En premier lieu, eu égard à la réponse apportée à la première question, il convient de constater que les dispositions de la directive 2014/24 ne s'appliquent pas à des contrats d'emploi, tels que ceux en cause au principal.
- 36 S'agissant, en deuxième lieu, des articles 49 et 56 TFUE ainsi que des principes du droit de l'Union mentionnés dans la deuxième question, il y a lieu de rappeler que, si, dans le domaine des marchés publics, le principe d'égalité de traitement et les expressions spécifiques de celui-ci que sont l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité ainsi que les articles 49 et 56 TFUE trouvent à s'appliquer dans le cas où une autorité publique confie la prestation d'activités économiques à un tiers, il n'y a pas lieu, en revanche, d'appliquer le droit de l'Union relatif aux marchés publics au cas où une autorité publique accomplit les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans faire appel à des entités externes (voir, en ce sens, arrêts du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, point 48, ainsi que du 13 octobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, point 61).
- 37 Il en découle que lesdites dispositions du traité FUE et principes du droit de l'Union ne sont pas applicables aux circonstances de l'affaire au principal, dans la mesure où les hôpitaux de droit public en cause dans cette affaire ont décidé de pourvoir eux-mêmes à certains de leurs besoins dans le cadre de l'accomplissement des tâches d'intérêt public qui leur incombent, en recourant à la conclusion de contrats d'emploi.
- 38 En troisième lieu, en ce qui concerne les articles 16 et 52 de la Charte, il convient de relever que les dispositions de celle-ci s'adressent, en vertu de son article 51, paragraphe 1, aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En vertu du paragraphe 2 de ce même article, la Charte n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour l'Union et ne modifie pas les compétences et les tâches définies dans les traités. Ainsi, la Cour est appelée à interpréter, à la lumière de la Charte, le droit de l'Union dans les limites des compétences attribuées à celle-ci (arrêt du 8 novembre 2012, Iida, C-40/11, EU:C:2012:691, point 78 et jurisprudence citée).
- 39 Or, ainsi qu'il découle des points 35 à 37 du présent arrêt, les décisions des hôpitaux de droit public de conclure les contrats d'emploi en cause au principal ne relèvent pas de la mise en œuvre du droit de l'Union, au sens de l'article 51 de la Charte, de sorte que la conformité de ces décisions aux droits fondamentaux ne saurait être examinée au regard des droits institués par cette dernière.
- 40 Par conséquent, il y a lieu de répondre à la deuxième question que les dispositions de la directive 2014/24, les articles 49 et 56 TFUE, les principes d'égalité de traitement, de transparence et de proportionnalité ainsi que les articles 16 et 52 de la Charte ne sont pas applicables à une décision d'un pouvoir public d'avoir recours à la conclusion de contrats d'emploi tels que ceux en cause au principal, afin de remplir certaines tâches relevant de ses obligations d'intérêt public.

Sur la troisième question

- 41 Par sa troisième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 89/665 doit être interprété en ce sens que la décision d'un pouvoir adjudicateur de conclure des contrats d'emploi avec des personnes physiques pour la fourniture de certains services sans avoir recours à une procédure de passation de marchés publics conformément à la directive 2014/24, au motif que, de l'avis de celui-ci, ces contrats ne relèvent pas du champ d'application de cette directive, peut faire l'objet d'un recours au titre de ladite disposition, introduit par un opérateur économique qui aurait intérêt à participer à un marché public ayant le même objet que lesdits contrats et qui estime que ceux-ci relèvent du champ d'application de ladite directive.
- 42 Le libellé de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 89/665 suppose, par l'emploi des termes « en ce qui concerne les procédures », que toute décision d'un pouvoir adjudicateur qui relève des règles issues du droit de l'Union en matière de marchés publics et qui est susceptible de les enfreindre soit soumise au contrôle juridictionnel prévu à l'article 2, paragraphe 1, sous a) et b), de la même directive. Cette disposition se réfère donc de manière générale aux décisions d'un pouvoir adjudicateur, sans faire de distinction entre ces décisions en fonction de leur contenu ou du moment de leur adoption (arrêt du 5 avril 2017, Marina del Mediterraneo e.a., C-391/15, EU:C:2017:268, point 26 et jurisprudence citée).
- 43 Cette acception large de la notion de « décision » d'un pouvoir adjudicateur est confirmée par le fait que la disposition de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 89/665 ne prévoit aucune restriction en ce qui concerne la nature et le contenu des décisions qui y sont visées. En outre, une interprétation restrictive de cette notion serait incompatible avec la disposition de l'article 2, paragraphe 1, sous a), de celle-ci, qui impose aux États membres de prévoir des procédures de référé à l'égard de toute décision prise par les pouvoirs adjudicateurs (arrêt du 5 avril 2017, Marina del Mediterraneo e.a., C-391/15, EU:C:2017:268, point 27 et jurisprudence citée).
- 44 En outre, il convient de rappeler que constitue une décision susceptible de recours, au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 89/665, tout acte d'un pouvoir adjudicateur, adopté en rapport avec un marché public de services relevant du champ d'application matériel de la directive 2014/24 et susceptible d'avoir des effets juridiques, indépendamment de la question de savoir si cet acte est adopté en dehors d'une procédure formelle de passation de marchés ou dans le cadre de celle-ci (arrêt du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, point 34).
- 45 À cet égard, lorsqu'un pouvoir adjudicateur décide de ne pas engager de procédure de passation au motif que le marché en cause ne relève pas, à son avis, du champ d'application des règles de l'Union pertinentes, une telle décision est susceptible de contrôle juridictionnel (voir, en ce sens, arrêt du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, point 33).
- 46 En effet, une approche suivant laquelle la directive 89/665 n'exige pas de protection juridictionnelle en dehors d'une procédure formelle de passation de marchés, de sorte que ni la décision du pouvoir adjudicateur de ne pas engager une telle procédure ni celle tendant à savoir si un marché public relève du champ d'application des règles de l'Union pertinentes ne peuvent faire l'objet d'un recours, aurait comme conséquence de rendre facultative, au gré de chaque pouvoir adjudicateur, l'application des règles de l'Union pertinentes, alors que cette application est pourtant contraignante lorsque les conditions y prévues sont remplies (voir, en ce sens, arrêt du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, points 36 et 37).
- 47 Par conséquent, il convient de répondre à la troisième question que l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 89/665 doit être interprété en ce sens que la décision d'un pouvoir adjudicateur de conclure des contrats d'emploi avec des personnes physiques pour la fourniture de certains services sans avoir recours à une procédure de passation de marchés publics conformément à la directive 2014/24, au motif que, de l'avis de celui-ci, ces contrats ne relèvent pas du champ d'application de cette directive,

peut faire l'objet d'un recours au titre de ladite disposition, introduit par un opérateur économique qui aurait intérêt à participer à un marché public ayant le même objet que lesdits contrats et qui estime que ceux-ci relèvent du champ d'application de ladite directive.

Sur les dépens

⁴⁸ La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (neuvième chambre) dit pour droit :

- 1) **L'article 10, sous g), de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, telle que modifiée par le règlement délégué (UE) 2015/2170 de la Commission, du 24 novembre 2015, doit être interprété en ce sens que relèvent de la notion de « contrats d'emploi », visée à cette disposition, des contrats de travail, tels que ceux en cause au principal, à savoir des contrats de travail à durée déterminée individuels qui sont conclus avec des personnes sélectionnées sur le fondement de critères objectifs tels que la durée du chômage, l'expérience antérieure et le nombre d'enfants mineurs à la charge de celles-ci.**
- 2) **Les dispositions de la directive 2014/24, telle que modifiée par le règlement délégué 2015/2170, les articles 49 et 56 TFUE, les principes d'égalité de traitement, de transparence et de proportionnalité ainsi que les articles 16 et 52 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne sont pas applicables à une décision d'un pouvoir public d'avoir recours à la conclusion de contrats d'emploi tels que ceux en cause au principal, afin de remplir certaines tâches relevant de ses obligations d'intérêt public.**
- 3) **L'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, telle que modifiée par la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, doit être interprété en ce sens que la décision d'un pouvoir adjudicateur de conclure des contrats d'emploi avec des personnes physiques pour la fourniture de certains services sans avoir recours à une procédure de passation de marchés publics conformément à la directive 2014/24, telle que modifiée par le règlement délégué 2015/2170, au motif que, de l'avis de celui-ci, ces contrats ne relèvent pas du champ d'application de cette directive, peut faire l'objet d'un recours au titre de ladite disposition, introduit par un opérateur économique qui aurait intérêt à participer à un marché public ayant le même objet que lesdits contrats et qui estime que ceux-ci relèvent du champ d'application de ladite directive.**

Signatures