



CHRISTOPHE FARINEAU,
avocat, cabinet
Seban et associés



ROMAIN MILLARD,
élève-avocat, cabinet
Seban et associés

Prudence

C'est avec prudence que les collectivités doivent envisager d'instaurer des clauses dites « Molière » ou d'interprétariat dans leurs marchés publics de travaux.

Contrôle du juge

Le Conseil d'Etat n'a pas limité l'office du juge à un simple contrôle de motivation formelle : il y a adjoint un contrôle poussé des modalités d'application de la clause d'interprétariat.

Adéquation

Une clause d'interprétariat doit être en lien direct avec l'objet du marché et propre à garantir la réalisation de l'objectif d'intérêt général qui la motive.

précédemment employés par une circulaire interministérielle du 27 avril 2017 (4). Mais l'appellation utilisée par les collectivités, et notamment par la région Auvergne-Rhône-Alpes dans sa délibération du 9 février 2017, est celle de « clause de langue française ».

Précisément, cette délibération comportait en annexe des modifications aux CCAP des marchés de travaux de la région et prévoyait notamment que : « Le titulaire du marché s'engage[ait] à ce que tous les personnels, quel que soit leur niveau de responsabilité et quelle que soit la durée de leur présence sur le site, maîtrisent la langue française » et « la mise à disposition alternative d'un traducteur ».

Pour autant, point de doute possible : la clause de langue française (au sens de la région Auvergne-Rhône-Alpes), bien qu'elle prévoyait la mise à disposition alternative d'un traducteur, est fongible dans la définition de la clause « Molière » donnée par le Conseil d'Etat. En effet, ces clauses ont pour point commun de viser à imposer l'usage exclusif, par les personnels du titulaire d'un marché public, du français sur les chantiers. Ceci est d'autant plus exact que la délibération de la région Auvergne-Rhône-Alpes a été censurée par le TA de Lyon en raison d'un vice de légalité interne relatif au but de

l'acte. Ainsi, le juge a estimé que cette région avait exercé l'un de ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel il lui a été conféré – caractérisant ainsi un « détournement de pouvoir ».

Strictement, il résulte du jugement du 13 décembre 2017 que l'acheteur ne peut imposer au titulaire d'un marché public une clause aux termes de laquelle ce dernier s'engage à ce que tous ses personnels, sans distinction, maîtrisent la langue française, et ceci – on l'a dit – quand bien même la mise à disposition alternative d'un traducteur serait prévue.

Mais, au-delà, une clause d'un contrat de la commande publique qui aurait pour objet d'imposer l'usage du français à certains personnels du titulaire doit en principe être considérée comme illégale dès lors qu'elle ne pourra, sauf cas exceptionnels (5), être justifiée par l'objet de ce contrat (6).

Commande publique Les clauses « Molière » et d'interprétariat encadrent la plume des acheteurs

Pour reprendre les mots de Dorine dans « Le Tartuffe ou l'Imposteur » : « On n'exécute pas tout ce qui se propose. Et le chemin est long du projet à la chose. (1) » C'est avec pareille sagesse que les acheteurs devraient raisonner dans l'hypothèse où ils souhaiteraient insérer des clauses d'interprétariat ou – pire ! – des clauses « Molière » dans leurs marchés publics de travaux.

Acte I. La région Pays de la Loire avait introduit deux clauses d'interprétariat dans le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) d'un marché public de travaux pour la réfection d'un lycée. Statuant sur le pourvoi en cassation du ministre de l'Intérieur, le Conseil d'Etat a, dans son arrêt du 4 décembre 2017 (2), rejeté le pourvoi, « validant » ainsi ces deux clauses d'interprétariat.

Acte II. Le tribunal administratif (TA) de Lyon a, par un jugement du 13 décembre 2017 (3), annulé la délibération de la région Auvergne-Rhône-Alpes portant approbation

d'un dispositif régional de lutte contre le travail détaché qui prévoyait l'insertion d'une clause de langue française au sein des CCAP des marchés de travaux de la région. Sans attendre le prochain acte, il est d'ores et déjà possible de faire un point sur ces différentes stipulations, à savoir, d'une part, les clauses « Molière » et de langue française et d'autre part, la clause d'interprétariat.

LES CLAUSES « MOLIÈRE » ET DE LANGUE FRANÇAISE : ILLÉGALES PAR PRINCİPE

Dans son communiqué accompagnant l'arrêt du 4 décembre 2017, le Conseil d'Etat a choisi de définir les clauses « Molière » au travers de leur finalité : tendre à imposer l'usage exclusif du français sur les chantiers. Il s'agit d'une définition potentiellement large qui reprend d'ailleurs les termes



Pour espérer voir sa clause d'interprétariat validée par le juge, le pouvoir adjudicateur devra, dans un premier temps, prêter une attention particulière aux motivations qu'il choisit de mettre en avant.

LA CLAUSE D'INTERPRÉTARIAT : LÉGALE SOUS CONDITIONS

La clause d'interprétariat doit être nettement distinguée de la clause « Molière ». Il s'agit de l'appellation utilisée par la région Pays de la Loire dans le CCAP d'un marché de travaux qu'elle a passée pour la rénovation d'un lycée (7). C'est donc sous cette appellation que le juge des référés du TA de Nantes (8) puis le Conseil d'Etat ont validé la clause voulue par cette région, rejetant respectivement le déféré de la préfète de région et le pourvoi en cassation du ministre de l'Intérieur. Concrètement, les clauses d'interprétariat utilisées par la région prescrivaient, aux frais du titulaire du marché, l'intervention d'un interprète qualifié dans deux cas de figure :

- afin de s'assurer que les personnels présents sur le chantier et ne maîtrisant pas suffisamment la langue française, quelle que soit leur nationalité, comprenaient effectivement le socle minimal de normes sociales s'appliquant à leur situation en vertu de l'article L.1262-4 du code du travail;
- afin de dispenser une formation pour ceux d'entre eux affectés à des tâches signalées comme risquées pour la sécurité des personnes et des biens, uniquement lorsque les personnels concernés par ces tâches ne maîtrisaient pas suffisamment la langue française.

Au regard de l'arrêt du 4 décembre 2017, trois critères semblent devoir être satisfaits pour qu'une clause d'interprétariat puisse être considérée comme légale. Premièrement, la clause, qui a trait aux conditions d'exécution du marché public, doit avoir un lien suffisant avec son objet. Ainsi, le Conseil d'Etat, après avoir rappelé les termes de l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, précité, a pu considérer que le juge des référés n'avait pas commis d'erreur de droit en estimant que ces clauses présentaient un lien suffisant avec l'objet du marché uniquement parce que ces clauses pouvaient être rattachées à des obligations qui pèsent sur le maître d'ouvrage en vertu du code du travail (9) et, de ce fait, qu'elles étaient relatives à une information sur les droits sociaux et à la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs. Deuxièmement, la clause ne doit pas être discriminatoire ou constituer une entrave à la libre circulation au sein

RÉFÉRENCES

- Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (art. 38).
- Circulaire NOR: ARCB1710251J du 27 avril 2017 relative aux délibérations et actes des collectivités territoriales imposant l'usage du français dans les conditions d'exécution des marchés.

du marché intérieur de l'Union européenne: le Conseil d'Etat a estimé que tel n'était pas le cas dès lors que les clauses avaient vocation à s'appliquer « indistinctement à toute entreprise quelle que soit sa nationalité » (10).

Troisièmement, la clause doit poursuivre un objectif d'intérêt général et être proportionnée à la satisfaction de celui-ci.

Quelques précisions apparaissent cependant nécessaires. Tout d'abord, pour être légale, une clause d'interprétariat devra poursuivre un objectif d'intérêt général. En effet, dès lors que ce type de clause est susceptible de restreindre l'exercice effectif d'une liberté fondamentale garantie par le droit de l'Union, elle ne pourra le faire que si, en contrepartie, elle poursuit un objectif d'intérêt général dont elle garantit la réalisation (11).

A titre d'exemple, il s'agissait en l'occurrence de garantir la protection sociale des travailleurs (12) – clause relative à une information sur les droits sociaux – et à permettre au maître d'ouvrage de s'assurer que chaque travailleur directement concerné par l'exécution de tâches risquées sur le chantier est en mesure de réaliser celles-ci dans des conditions de sécurité suffisantes (13) – clause relative à la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs.

Ensuite, ces clauses devront être proportionnées à la satisfaction de cet objectif d'intérêt général. Pour reprendre les termes utilisés par le Conseil d'Etat, elles ne devront pas « aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre ». Un rapport de proportionnalité doit donc exister entre la mesure prise et l'objectif qu'elle poursuit. Sur cette proportionnalité, il a également précisé que les clauses d'interprétariat, appliquées de manière « raisonnable » par le maître d'ouvrage, ne devaient pas occasionner « de coûts excessifs » au titulaire du marché.

Une incertitude demeure toutefois, relativement à ce critère, et notamment quant au seuil à partir duquel les coûts causés par l'emploi d'interprètes sur les chantiers pourraient être objectivement considérés comme excessifs. Ce faisant, si la présence ponctuelle d'interprètes pour des objectifs entrant dans le cadre de l'information sur les droits sociaux ou la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs a pu apparaître comme proportionnée, il en irait très certainement autrement dans l'hypothèse où une clause prescrirait la présence permanente d'interprètes pour toute la durée du chantier.

Enfin, si le Conseil d'Etat a considéré que les clauses d'interprétariat contenues dans le CCAP d'un marché public de travaux en particulier étaient proportionnées et en lien avec ce marché, il pourrait être beaucoup plus réticent à valider une disposition qui aurait vocation à s'appliquer à tous les marchés publics de travaux d'une collectivité, sans distinction de leur objet.

Pour résumer, si un acheteur ne respecte pas les trois conditions précitées et, partant, insère une clause ayant pour effet – voire pour objet – de restreindre l'égal accès à la commande publique, il courra notamment le risque de voir cette clause invalidée.

Et les élus, tel Géronte, de se demander: « Mais que diable allait-[on] faire dans cette galère ? (14) »

(1) Molière, « Le Tartuffe ou l'Imposteur », 1669, acte III, scène 1.

(2) CE, 4 décembre 2017, « ministre de l'Intérieur c/ région des Pays de la Loire », req. n° 413366.

(3) TA de Lyon, 13 décembre 2017, préfet de la région Auvergne-Rhône-Alpes, n° 1704697.

(4) Circulaire interministérielle du 27 avril 2017 relative aux délibérations et actes des collectivités territoriales imposant l'usage du français dans les conditions d'exécution des marchés.

(5) La circulaire interministérielle du 27 avril 2017 précitée réserve ainsi le cas de certaines prestations de formation.

(6) V. art. 38 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et 33 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016.

(7) Appellation qui a également été reprise par le Conseil d'Etat dans son communiqué sur l'arrêt du 4 décembre 2017 pour la distinguer de la clause « Molière ».

(8) TA de Nantes, ord., 7 juillet 2017, préfète de la région Pays de la Loire, n° 1704447.

(9) Art. L.1262-4 et L.4531-18 du code du travail.

(10) V. « Considérant » n° 9 de l'arrêt du 4 décembre 2017.

(11) V. CJCE, 30 novembre 1995, « Gebhard », aff. C-55/94.

(12) V. « Considérant » n° 10 de l'arrêt du 4 décembre 2017. En ce sens: CJCE, 23 novembre 1999, « Jean-Claude Arblade et Arblade et fils SARL », aff. C-369/96 et C-376/96.

(13) V. « Considérant » n° 14 de l'arrêt du 4 décembre 2017.

(14) Molière, « Les Fourberies de Scapin », 1671, acte II, scène 7.