

La délibération du conseil régional prévoyant une clause de langue française dans les marchés publics régionaux est entachée de détournement de pouvoir

Lire les commentaires de :

Loïc Coder

Note

DÉCISION DE JUSTICE

TA Lyon, Formation élargie – N° 1704697 – Préfet de la région Auvergne-Rhône-Alpes – 13 décembre 2017 – C+ [↗](#)

Jugement confirmé en appel : voir CAA Lyon, 24 septembre 2020 - N° 18LY00510

INDEX

Mots-clés

Marchés publics régionaux, Travailleurs détachés, Clause Molière, Clause de langue française, Détournement de pouvoir

Rubriques

Marchés et contrats, Actes administratifs

TEXTES



Résumé Note universitaire

Résumé

¹ *Actes législatifs et administratifs - Validité des actes administratifs - Détournement de pouvoir et de procédure - Marchés publics régionaux - Travailleurs détachés - Clause Molière - Clause de langue française*

² La délibération d'un conseil régional approuvant un dispositif de lutte contre le travail détaché sur les chantiers de la région est entachée de détournement de pouvoir dès lors que la délibération a été adoptée non pour assurer la protection de la santé et de la sécurité des salariés mais pour exclure les travailleurs détachés des marchés publics régionaux et favoriser les entreprises régionales en méconnaissance des principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats.

Note universitaire

Note

Loïc Coder

Diplômé de Master 2 Droit public des affaires de l'Université Jean Moulin Lyon 3
Juriste droit public des affaires et droit de la concurrence en stage à Electricité de France - Paris

DOI : [10.35562/alyoda.6404](https://doi.org/10.35562/alyoda.6404)

¹ *Le tribunal administratif de Lyon s'est prononcé sur la légalité d'une délibération du conseil régional d'Auvergne-Rhône-Alpes qui impose, d'une part, l'introduction d'une « clause de langue française » dans les marchés publics de travaux de la région et, d'autre part, la fourniture, par les entreprises attributaires, d'une attestation sur l'honneur de non-recours au travail détaché. La formation de jugement a annulé l'acte, entaché de détournement de pouvoir, dès lors qu'il vise à exclure les travailleurs détachés des marchés publics régionaux et favoriser les entreprises régionales. Au regard de tels motifs, la délibération méconnaît les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats ; elle ne saurait par ailleurs être justifiée par un objectif de protection des salariés.*

² La clause de langue française ou « clause Molière » impose l'usage et donc la maîtrise du français par tous les salariés concourant à l'exécution d'un contrat public. À défaut, elle prévoit de faire intervenir un interprète aux frais du titulaire, comme a déjà eu à en connaître le tribunal administratif de Nantes (TA Nantes, 7 juill. 2017, *Préfète de la Région Pays de la Loire*, n° 1704447 ; *JCP A* 2017, n° 2218, note L. Robert ; *Mon. TP*, 11 juill. 2017, note N. Khalid) et, récemment, le Conseil d'État (CE, 4 déc 2017, *Ministre d'État, Ministre de l'Intérieur contre Région Pays de la Loire*, n° 413366 ; *JCP S*, 2017, n° 51, p. 33, note J.-Ph. Lhernould). Le tribunal administratif de Lyon était, quant à lui, le premier à contrôler la légalité d'une délibération qui commande l'insertion d'une clause imposant l'usage du français par les salariés, celle-ci constituant une condition d'exécution dans les marchés publics. Son jugement était, à ce titre, particulièrement attendu, d'autant que les interprétations doctrinales divergent (V. L. Robert, *Molière, les marchés publics et le travailleur détaché*, *JCP A*, 2017, n° 2047 ; A. Mangiavillano, *La clause Molière, une tartufferie ?*, *D.*, 2017, p. 968 ; W. Salamand, *Clause Molière : un remède imaginaire*, *Mon. TP*, 28 mars 2017 ; P. Lignières, « *Clause Molière* » : le juriste peut-il se contenter d'être un censeur ?, *Dr. adm.*, 2017, repère 4 ; B. Fleury, *Commande publique : clause Molière versus #TeamJuncker*, *JCP A*, 2016, act. 622).

3

Face au recours de plus en plus fréquent aux clauses de langue française dans les cahiers des charges des collectivités, le gouvernement a pris position en les déclarant illégales, tant au regard du droit de l'Union européenne que du droit du travail. Il a, à cet égard, enjoint les préfets de déférer aux tribunaux administratifs les actes ou marchés qui imposent la pratique du français (Instruction 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 - NOR : ARCB1710251J ; *Dr. adm.*, 2017, act. 96). C'est ce qu'a entrepris le préfet de la région Auvergne-Rhône-Alpes concernant la délibération litigieuse. Selon lui, l'acte viserait à empêcher le travail détaché dans la région ; il serait discriminatoire et porterait *de facto* une atteinte injustifiée aux principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats. De son côté, la région affirme que son acte est d'abord conçu pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs, par une parfaite compréhension de la réglementation du travail ; qu'il ne vise pas à interdire de manière générale et absolue le recours au travail détaché mais à anticiper le non-respect des règles en la matière ; qu'enfin ces objectifs peuvent être pris en compte pour l'exécution des marchés publics.

4

La pénétration de la « clause Molière » dans les marchés publics et le contentieux qui en découle offre un sujet de réflexion juridique passionnant. Exclut-elle de manière excessive ou protège-t-elle de façon appropriée ? L'enjeu est de déterminer où se situe le juste équilibre. Plus précisément, la délibération du conseil régional entre-t-elle dans le champ des objectifs de l'article 38-I de l'ordonnance du 23 juillet 2015 (ord. n° 2015-899 relative aux marchés publics, *JO*, 24 juill. 2015, texte n° 038) selon lequel « *Les conditions d'exécution des marchés publics 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 marché* » ?

5

Le tribunal répond à cette interrogation par la négative. Dans leur réflexion, les juges sont guidés par les mobiles de la délibération, ces derniers étant dépourvus de toute ambiguïté. Citant ses termes, les magistrats relèvent que le conseil régional a approuvé ces mesures pour « *combattre* » le recours au travail détaché dans la région et « *afficher la volonté de la région de n'avoir aucun travailleur détaché sur les chantiers* ». Le but est inscrit, assumé, indéniable. Malgré l'objectif louable de protection des salariés invoqué par la région en défense, la conviction des juges est forgée : il s'agit d'un prétexte pour exclure les travailleurs détachés des marchés de travaux et favoriser les entreprises régionales. De tels motifs méconnaissent dès lors « les principes fondamentaux de la commande publique » (CC, 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, *Loi habilitant le gouvernement à*

simplifier le droit ; AJDA, 2003, p. 2348, note É. Fatôme et L. Richer ; p. 1353, note J.-D. Dreyfus ; p. 1391, note J.-É. Schoettl ; p. 1652, note P. Gonod ; *Dr. adm.* 2003, comm. 188, note P. Cuche et comm. 191, note A. Ménéménis ; *CMP*, 2003, chron. 18 et *JCP A*, 2003, n° 1890, note F. Linditch ; *RDP*, 2003, p. 1163, note F. Lichère ; *GDDAB*, Dalloz, 2015, p. 783, note Chamard-Heim) et n'entrent pas dans le champ des considérations pouvant être prises en compte pour l'exécution d'un marché public. Par ailleurs, le tribunal estime que les mesures contenues dans l'acte ne sont ni proportionnées ni nécessaires. En premier lieu, elles sont généralisées à l'ensemble des marchés de travaux de la région et concernent tous les travailleurs. En second lieu, la région n'apporte aucun élément de nature à établir qu'elles sont utiles à l'amélioration de la sécurité des salariés ou à la lutte contre le travail détaché illégal. Partant, le tribunal annule la délibération pour détournement de pouvoir.

⁶ L'interprétation du tribunal administratif de Lyon ne saurait souffrir d'aucune contestation. D'une part, il identifie parfaitement le détournement de pouvoir et sanctionne de manière cohérente une « *erreur de droit accomplie de mauvaise foi* » (Pascale Gonod et Mattias Guyomar, *Détournement de pouvoir et de procédure*, *Rép. cont. adm. Dalloz*). Les mobiles affichés par l'acte sont en effet univoques. Ils confirment que la délibération n'a pour seule finalité que l'exclusion des travailleurs détachés des marchés publics régionaux, alors que l'article L. 1262-1 du code du travail autorise un employeur à détacher temporairement un salarié sur le territoire national (à condition qu'il existe un contrat de travail entre cet employeur et le salarié et que leur relation de travail subsiste pendant la période de détachement). Légiférer sur le travail détaché n'est pas au nombre des prérogatives d'une collectivité territoriale. Sous couvert de la protection des travailleurs, l'objectif réel poursuivi par la région est dès lors étranger à l'intérêt général. Il en résulte que le conseil régional a utilisé, selon la formule consacrée (CE, 26 nov. 1875, *Parizet*, n° 47544, *Rec.* p. 934, concl. David), son pouvoir d'intervention dans un but autre que celui pour lequel il lui a été conféré.

⁷ D'autre part, il ne fait aucun doute qu'exclure les travailleurs détachés des chantiers publics est contraire aux règles de la commande publique. Au-delà de la volonté, la portée des mesures prescrites contrevient à l'esprit du marché unique européen. Imposer à des entreprises employant des travailleurs étrangers que leurs personnels maîtrisent la langue française a pour effet de rendre plus difficile leur candidature aux contrats de la commande publique. L'obligation qui leur est faite de fournir une attestation sur l'honneur de non recours au travail détaché achève de la rendre impossible (d'autant que la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics, limitativement

fixée par l'arrêté du 29 mars 2016 - JO, 31 mars 2016, texte n° 103 -, ne prévoit pas la transmission par l'employeur d'une telle attestation). Même si elles s'appliquent indistinctement, ces mesures ont, *a minima*, des effets discriminatoires indirects, car elles avantagent les entreprises employant des travailleurs français au détriment de celles ayant recours à des salariés étrangers : celles-ci seraient contraintes d'employer du personnel français pour être déclarées attributaires d'un marché public. La délibération laisse clairement transparaître une « préférence » française. Elle méconnaît donc indéniablement les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats.

8

Si le jugement du 13 décembre 2017 est logique et fondé, sa portée n'en reste pas moins limitée. Le détournement de pouvoir (pourtant de plus en plus rarement relevé par le juge administratif ; v. notamment G. Lebreton, *Droit administratif général*, Dalloz, Cours, 8^e éd., 2015, § 524 et s.) est si flagrant qu'il a logiquement été priorisé par rapport aux autres moyens d'annulation. Son caractère grossier éclipse cependant la question - plus épineuse - de la légalité intrinsèque de la « clause Molière ». En l'espèce, il a suffi aux juges d'analyser les motifs de la délibération pour parvenir à une telle conclusion ; du reste, rien n'est dit sur la possibilité ou non d'imposer l'usage de la langue française sur des chantiers publics pour des raisons tenant effectivement à la santé et à la sécurité des travailleurs. Si la Région s'était contentée d'insérer une clause de langue française dans chacun des cahiers des charges de ses marchés publics de travaux, sans afficher sa volonté d'exclure les travailleurs détachés, le contentieux aurait certes été transformé (V. A. Debailleul, *La clause d'interprétariat, une clause Molière juridiquement et politiquement correcte*, *Elnet Dictionnaire Permanent Commande Publique* 2017 Bull. n° 121 p.1-4), mais l'illicéité intrinsèque d'une telle stipulation l'aurait certainement rattrapée. En effet, l'obligation de comprendre et parler la langue du pays d'accueil restreint l'exercice de la libre prestation de services et de la libre circulation des travailleurs garanti par le droit de l'Union européenne (articles 56 et 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

9

Par exemple, la Cour de justice des communautés européennes a pu estimer que « l'article 3 de la directive 98/5 doit être interprété en ce sens que l'inscription d'un avocat auprès de l'autorité compétente d'un État membre autre que celui où il a acquis sa qualification en vue d'y exercer sous son titre professionnel d'origine ne peut pas être subordonnée à un contrôle préalable de la maîtrise des langues de l'État membre d'accueil. ». (CJCE 19 septembre 2006, *Graham J. Wilson c/ Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, C-506/04). Dans le même esprit, la Cour de justice de l'union européenne considère qu'une législation qui vise « à imposer le recours à toute

langue susceptible d'être comprise par les parties concernées, (...) est moins attentatoire à la libre prestation de services qu'une mesure qui imposerait l'usage exclusif d'une langue officielle de l'État membre concerné ou d'une autre langue déterminée » (CJUE, 1^{er} octobre 2015, *Harmsen*, C-341/14). La Cour développe le même raisonnement dans le cadre de la libre circulation des marchandises (CJUE, 21 juin 2016, *New Valmar BVBA c/ Global Pharmacies Partner Health*, C-15/15).

¹⁰ « *Moins attentatoire à la libre prestation de services* », c'est ce qui pourrait caractériser les « clauses d'interprétariat » par rapport aux « clauses Molière », les premières constituant un ersatz - licite, selon le Conseil d'État (CE, 4 déc. 2017, n° 413366, *préc.*) - des secondes. La Haute juridiction déclare à cet égard qu'elles « *ne doivent pas être confondues* ». Conformément à une méthode de contrôle bien établie dans la jurisprudence (CJUE, 16 avril 2003, *Anton Las c/ PSA*, C-202/11, pt. 23), elle estime en effet que les clauses d'interprétariat qui se bornent à prévoir le recours à un interprète sont licites, à condition qu'elles répondent à une finalité d'intérêt général, qu'elles soient proportionnées et qu'elles s'appliquent indistinctement à tous les soumissionnaires quelle que soit leur nationalité. Tel serait le cas d'une clause neutre qui imposerait le recours à un interprète pour exposer aux seuls préposés aux travaux dangereux les consignes de sécurité dans une langue qu'ils comprennent, sans occasionner de « *coût excessif* » pour l'entreprise titulaire du marché (CE, 4 déc. 2017, n° 413366, *préc.*). Il y a fort à parier que la clause qui impose l'usage du français ne puisse, en revanche, sortir valide d'un tel contrôle : si, avec largesse, elle pourrait être jugée apte à répondre à un objectif de sécurité, son caractère disproportionné ne fait guère de doute, d'autant que le recours à un interprète s'avère visiblement une solution moins contraignante.

¹¹ En définitive, le jugement du tribunal administratif de Lyon a certes le mérite d'opérer un contrôle pertinent de la délibération litigieuse ; il n'en demeure pas moins quelque peu frustrant, en ne levant pas toutes les interrogations suscitées par l'insertion de la « clause Molière ». Tout au plus sait-on aujourd'hui que la clause d'interprétariat peut, sous certaines conditions, être admise juridiquement (même si la notion de « coût excessif » reste ambiguë). Sans doute faudra-t-il que le Conseil d'État se prononce à nouveau ou, éventuellement, qu'une question préjudicielle soit posée à la Cour de justice de l'Union européenne, pour que l'état du droit soit entièrement clarifié.