



CONCOURS INTERNE D'ADMINISTRATEUR TERRITORIAL

SESSION 2019

Note de synthèse et de propositions, à partir d'un dossier,
portant sur un sujet de droit public

BON A TIRER

Date

Signature :

EPREUVE N° 5

Durée : 4 h
Coefficient : 3

SUJET :

A partir du dossier joint, vous rédigerez une note de synthèse et de propositions sur la pertinence d'insérer une clause Molière dans les marchés de votre collectivité.

DOCUMENTS JOINTS

Document n° 1	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 (6 pages)	Page 1
Document n° 2	Tribunal administratif de Nantes, 7 juill. 2017, n° 1704447, <i>Préfète de la région Pays de la Loire, préfète de la Loire-Atlantique</i> (6 pages)	Page 7
Document n° 3	Conseil d'Etat, 4 décembre 2017, n° 413366, <i>Ministre d'État, ministre de l'Intérieur</i> (7 pages)	Page 13
Document n° 4	Tribunal administratif de Lyon, 13 décembre 2017, n° 1704697, <i>Préfet de la Région Auvergne-Rhône-Alpes</i> (6 pages)	Page 20
Document n° 5	Raphaël Reneau, « La « clause d'interprétariat » : du Tartuffe à Scapin », note sur Conseil d'Etat, 4 décembre 2017, <i>Ministre de l'intérieur, AJDA 2018. 162</i> (6 pages)	Page 26
Document n° 6	Conseil d'Etat, 8 février 2019, n° 420296, <i>Veolia Eau - Compagnie générale des eaux (Sté)</i> (13 pages)	Page 32

Document n° 7	Code du travail, art. L. 1262-4 (1 page)	Page 46
Document n° 8	Code du travail, art. L. 4531-1 (1 page)	Page 47
Document n° 9	Code de la commande publique, art. L. 2112-2 (1 page)	Page 48

NOTA :

- 2 points seront retirés au total de la note sur 20 si la copie contient plus de 10 fautes d'orthographe ou de syntaxe.
- **Les candidats ne doivent porter aucun signe distinctif sur les copies : pas de signature ou nom, grade, même ficlifs.**
- Les épreuves sont d'une durée limitée. Aucun brouillon ne sera accepté, la gestion du temps faisant partie intégrante des épreuves.
- Lorsque les renvois et annotations en bas d'une page ou à la fin d'un document ne sont pas joints au sujet, c'est qu'ils ne sont pas indispensables.



DOCUMENT n° 1

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES
MINISTÈRE DU TRAVAIL, DE L'EMPLOI, DE LA FORMATION
PROFESSIONNELLE ET DU DIALOGUE SOCIAL
MINISTÈRE DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE,
DE LA RURALITÉ ET DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES
MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR

Paris, le 27 AVR. 2017

Le ministre de l'économie et des finances
La ministre du travail, de l'emploi, de la formation
professionnelle et du dialogue social
Le ministre de l'aménagement du territoire,
de la ruralité et des collectivités territoriales
Le ministre de l'intérieur

à

Mesdames et Messieurs les préfets de département
de métropole et d'outre-mer

NOR : ARCB1710251J

Objet : Instruction interministérielle relative aux délibérations et actes des collectivités territoriales imposant l'usage du français dans les conditions d'exécution des marchés

Réf : - Directive n° 96/71 CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services ;
- Directive n° 2014/24/UE du 26 février 2014 du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ;
- Articles L. 1262-4-1, L. 4121-1 et suivants, L. 5221-1 et suivants, L. 8222-1 et suivants, R. 4121-1 et suivants du code du travail ;
- Article 45 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et 51 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics ;
- Arrêté ministériel du 29 mars 2016 fixant la liste des documents et renseignements pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.

La présente instruction décrit l'état du droit dont vous pourrez vous prévaloir dans le traitement que vous apporterez aux actes des collectivités territoriales qui tendraient à limiter, voire interdire, le recours aux travailleurs détachés. Un développement particulier est consacré à la clause dite « Molière », qui vise à imposer l'usage du français par les salariés des candidats aux marchés publics.

En règle générale, une telle pratique est illégale. Elle ne saurait non plus se réclamer valablement de la volonté de protéger les travailleurs, compte tenu des garanties qui leur sont apportées par le droit européen et national.

I. Actes tendant à limiter l'emploi de travailleurs détachés

L'interdiction du recours à des travailleurs détachés par un acheteur ou une autorité concédante est illégale. Elle est en effet contraire à la directive n° 96/71 CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, mais aussi au principe de la libre prestation des services posé par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui implique la liberté pour une entreprise d'un Etat membre d'exercer librement son activité dans un autre Etat membre. Le juge européen a confirmé, par une jurisprudence abondante et constante, qu'une telle interdiction, ou même une restriction, à ces principes, constitue une entrave dont le caractère discriminatoire ne fait pas de doute (exemple : CJCE, 4 mai 1993, *Distribuidores Cinematográficos*, aff. C-17/92).

Dans le cas particulier des marchés publics, si la directive n°2014/24 reconnaît la légitimité de principe de mesures destinées à assurer la protection des travailleurs, elle ajoute que celles-ci « devraient être appliquées conformément à la directive n°96/71/CE du Parlement européen et du Conseil et d'une manière qui garantisse l'égalité de traitement et ne crée pas de discriminations directes ou indirectes à l'égard des opérateurs économiques et des travailleurs d'autres États membres ».

En conséquence, sera interdite toute mesure constituant une discrimination indirecte, entendue comme une mesure apparemment neutre mais susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour les entreprises étrangères, alors même qu'elle n'est pas justifiée par un objectif légitime et qu'elle ne consiste pas en un des moyens appropriés et nécessaires pour réaliser cet objectif. La Cour de justice considère ainsi que l'interdiction des discriminations indirectes dans l'accès à la commande publique a pour effet de prohiber « non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat » (CJCE, 3 juin 1992, *Commission c/ République Italienne*, aff. C-360/89).

Les textes nationaux organisent par ailleurs la lutte contre le travail illégal, y compris contre l'emploi irrégulier de travailleurs détachés.

Le code du travail impose ainsi à l'employeur qui détache en France l'un de ses salariés des obligations de forme (déclaration préalable, désignation d'un représentant) et de fond (application d'un socle minimal de garanties ou « noyau dur » de droits pour les salariés détachés).

Ce « noyau dur » de droits renvoie aux dispositions légales et conventionnelles applicables prévues par le droit du travail français dans les matières énoncées aux 1° à 10° de l'article L. 1262-4, parmi lesquelles la durée du travail, le salaire minimum (y compris les majorations pour heures supplémentaires et les accessoires de salaire), la santé et sécurité au travail ou encore le travail illégal.

De même, un devoir de vigilance incombe aux maîtres d'ouvrage et aux donneurs d'ordre et a été renforcé par les dispositions législatives prises entre 2014 et 2016. Ces dispositions ont pour objet d'assurer un respect plus effectif du « noyau dur » et une lutte plus efficace contre la concurrence sociale déloyale des entreprises fraudeuses. Elles sont issues de la loi n°2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale, de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques et de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

Ainsi :

- le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre doit s'assurer du respect par le prestataire concerné de son obligation de déclaration préalable du détachement et de désignation d'un représentant en France (article L. 1262-4-1). Il satisfait à cette obligation en obtenant de la part du prestataire, avant le début du détachement, copie de ces deux documents ;

- il revient aux maîtres d'ouvrage et donneurs d'ordre d'effectuer la déclaration de l'accident du travail dont est victime un salarié détaché par un prestataire de service cocontractant direct du maître d'ouvrage (article L. 1262-4-4). Cette déclaration est transmise, à la différence des déclarations d'accident du travail des salariés affiliés à un organisme de sécurité sociale français, directement à l'inspection du travail compétente. Les mesures réglementaires d'application de ces dispositions législatives sont prévues par un décret en cours d'examen au Conseil d'Etat ;

- le maître d'ouvrage ou donneur d'ordre est soumis à une « obligation de diligence » qui le conduit à enjoindre sans délai son cocontractant direct ou le sous-traitant de l'un de ses cocontractants directs de régulariser les manquements consistant dans le non-paiement total ou partiel des rémunérations des salariés détachés par eux, dont il a été informé par un agent de contrôle (article L. 1262-4-3). Il dénonce le contrat de prestation de service en cas de persistance de ce manquement, sous peine d'être tenu solidairement responsable au paiement des rémunérations dues après un délai de sept

jours suivant l'information par l'agent de contrôle sur ce manquement (articles R. 1263-16 et suivants).

Enfin, tant les manquements aux obligations de vigilance et de diligence au titre des articles L. 1232-4-1 et L. 1262-4-4 du code du travail rappelées ci-dessus que les manquements de l'employeur à ses obligations formelles sont sanctionnés par des amendes administratives infligées selon les conditions et les modalités prévues aux articles L. 1264-2 et L. 1264-3, à savoir des amendes administratives plafonnées à 2 000€ par salarié détaché (4 000€ en cas de réitération), dans une limite globale de 500 000€.

Le droit du travail prévoit donc le dispositif nécessaire à la lutte contre l'emploi irrégulier des travailleurs détachés. Ce dispositif rend inutile l'utilisation, en tout état de cause illégale, des instruments de la commande publique pour maîtriser le recours au travail détaché.

A cet égard, l'acheteur ne saurait notamment solliciter des candidats à un marché public la remise d'une déclaration sur l'honneur de non recours au travail détaché.

Il ressort en effet de l'application combinée des articles 45 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 et 51 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics que la liste des documents pouvant être demandés au stade de l'examen des candidatures est limitativement fixée par un arrêté du 25 mars 2016, à l'exception de ceux nécessaires à l'appréciation de la capacité économique et financière des candidats et du cas spécifique des marchés publics de défense ou de sécurité. Dès lors, un acheteur ne peut exiger des soumissionnaires la remise d'un document tel que la déclaration sur l'honneur précitée. Par ailleurs, si aucun texte ne vient préciser les documents à remettre par l'attributaire d'un marché public, exiger la remise d'une telle déclaration par ce dernier n'apparaît pas juridiquement utile dès lors que cela ne permet en aucun cas d'exonérer l'acheteur de sa responsabilité en matière de vigilance contre les fraudes au travail détaché.

II. Clause dite « Molière »

L'article L. 5221-3 du code du travail dispose : « *L'étranger qui souhaite entrer en France en vue d'y exercer une profession salariée et qui manifeste la volonté de s'y installer durablement atteste d'une connaissance suffisante de la langue française sanctionnée par une validation des acquis de l'expérience ou s'engage à l'acquérir après son installation en France* ». A ce titre, l'article L. 5221-1 du même code précise que ces dispositions sont applicables, sous réserve de celles des traités, conventions ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés et publiés, et notamment des traités instituant les communautés européennes ainsi que de celles des actes des autorités de ces communautés pris pour l'application de ces traités.

Il ressort de ces dispositions que le code du travail n'impose pas l'obligation de parler ou de comprendre le français à l'égard des ressortissants de l'Union européenne, des étrangers qui ne s'installent pas durablement en France, ainsi que des salariés détachés. A l'occasion du débat sur la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, ont eu lieu diverses tentatives d'introduire une disposition imposant la maîtrise du français par les travailleurs détachés ; ces amendements n'ont pas été adoptés.

L'article L. 1262-4-5 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi du 8 août 2016 prévoit au contraire que sur les grands chantiers du bâtiment (ceux qui sont assujettis à l'obligation de mettre en place un collège inter-entreprise de santé et de sécurité au travail), le maître d'ouvrage porte à la connaissance des salariés détachés, par voie d'affichage sur les lieux de travail, les informations sur la réglementation qui leur est applicable. Ces informations doivent être facilement accessibles et traduites dans l'une des langues officielles parlées dans chacun des Etats d'appartenance des salariés détachés.

Les collectivités qui adoptent de telles délibérations vont par conséquent au-delà de ce que le législateur a prévu. En tout état de cause, les dispositions du code du travail s'imposent aux entreprises, sans qu'il appartienne aux stipulations du marché public ou du contrat de concession de les confirmer.

Au regard des règles applicables à la commande publique, imposer de façon systématique la maîtrise de la langue française pour l'exécution d'un marché public ou d'un contrat de concession constitue une violation du principe de non-discrimination qui gouverne la passation desdits contrats, qu'une telle obligation figure dans une délibération ou dans les clauses contractuelles.

Les actes obligeant les entreprises à respecter de telles conditions présentent un caractère discriminatoire et portent une atteinte non justifiée au principe d'égal accès à la commande publique. Par ailleurs, de telles délibérations pourraient caractériser un détournement de pouvoir si le but avéré de ces actes était d'accorder la priorité aux entreprises locales ou d'exclure des travailleurs étrangers et non la bonne exécution du marché public ou du contrat de concession.


Dans la mesure où les articles 51 et 38 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, tout comme les articles 45 et 33 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, imposent que les conditions de participation des candidats aux procédures d'attribution des marchés publics et des contrats de concession ainsi que les conditions d'exécution de ces contrats soient liées et proportionnées à l'objet du contrat en cause, une telle clause ne peut être licite, par exception, que si elle est en lien avec l'objet du marché public ou du contrat de concession et nécessaire à son exécution. Tel pourrait être le cas par exemple d'une clause imposant la maîtrise du français dans le cadre de certaines prestations de formation.

Enfin, l'argument selon lequel l'introduction de « clause Molière » dans les marchés publics est nécessaire pour préserver les petites et moyennes entreprises n'est pas fondé. Les dispositions de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 prévoient en effet divers mécanismes tendant à améliorer l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique, notamment en imposant l'allotissement à tous les acheteurs, en exigeant qu'une part soit réservée à ce type d'entreprise dans les marchés de partenariat ou encore en allégeant les frais et les procédures grâce à la dématérialisation.

Il va de soi que les éléments communiqués par la présente instruction concernant la « clause Molière » valent aussi pour les langues régionales.

Au total, les « clauses » précédemment décrites sont illégales et vous les traiterez comme telles, qu'il s'agisse de délibérations prévoyant de tels dispositifs ou de marchés publics ou contrats de concession contenant ces clauses.

Vous nous ferez connaître les cas que vous aurez rencontrés ainsi que les suites que vous y aurez données. Pour le cas où vous auriez besoin d'une expertise plus poussée sur un cas particulier, un soutien renforcé a été créé au pôle interrégional d'appui au contrôle de légalité. Les modalités de ces comptes-rendus et de cet appui vous seront communiquées par message du directeur général des collectivités locales.



Michel SAPIN



Myriam EL KHOMRI



Jean-Michel BAYLET



Matthias FEKL

TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NANTES

N° 1704447

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

PRÉFÈTE DE LA RÉGION PAYS DE LA LOIRE,
PRÉFÈTE DE LA LOIRE-ATLANTIQUE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme B
Juge des référés

Le juge des référés

Ordonnance du 7 juillet 2017

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 22 mai 2017 sous le numéro 1704447, complétée par une production de pièce le 1^{er} juin 2017, la préfète de la région Pays de la Loire, préfète de la Loire-Atlantique demande au juge des référés, sur le fondement des dispositions combinées des articles L. 551-1 et L. 551-10 du code de justice administrative :

1°) d'annuler la procédure engagée par la Région des Pays de la Loire en vue de la passation du marché public de travaux relatif à la mise en accessibilité handicaps et à la réfection des cours du lycée Ambroise Paré à Laval (Mayenne) ;

2°) de supprimer la clause d'interprétariat dans les pièces de ce marché, et en particulier les articles 8 et 12 du CCAP ;

3°) d'enjoindre à la Région des Pays de la Loire de reprendre la procédure de publicité et de consultation relative à ce marché à ses débuts ;

Elle soutient que :

- l'introduction d'une clause d'interprétariat telle que celle stipulée aux articles 8.4.1, 8.4.2, 8.4.3 et 12.2.7 du CCAP, que ni l'objet, ni les conditions, ni la bonne exécution du marché ne sauraient justifier en l'espèce, porte atteinte aux obligations de publicité et mise en concurrence en ce qu'elle méconnaît, en l'état actuel du droit applicable, les principes communautaires et nationaux de liberté d'accès à la commande publique pour les entreprises des Etats membres de l'Union et d'égalité de traitement des candidats, comme étant de nature, en raison du surcoût qu'elle implique, à dissuader la présentation d'offres concurrentes par des entreprises employant des travailleurs étrangers, et pouvant conduire à privilégier l'emploi local en dehors du mécanisme des filières courtes autorisé pour les marchés de fournitures alimentaires, ce qui est susceptible de caractériser un détournement de pouvoir ;

- elle est en outre, en tant qu'elle impose la maîtrise suffisante de la langue française au lieu de n'imposer qu'une langue susceptible d'être comprise par tous les intervenants du chantier, disproportionnée et contraire tant à la libre circulation des travailleurs qu'à la libre prestation de services ;

- elle est assimilable à un détournement de procédure en méconnaissance des dispositifs spécifiques mis en place par l'État pour contrôler les conditions de recours aux travailleurs détachés ;

- elle instaure un régime illégal de sanction contractuelle en cas de non-respect des obligations imposées par le maître d'ouvrage, non prévu par les articles R. 1263-10 et suivants du code du travail relatifs à la surveillance et au contrôle du travail détaché, qui vient s'ajouter au régime de sanctions prévu par l'article L. 1262-4-1 du code du travail en cas de présence de travailleurs détachés qui n'auraient pas été régulièrement déclarés ;

- ce manquement concernant l'élaboration même des offres, il porte ainsi atteinte aux obligations de concurrence et justifie l'annulation par le juge des référés de la procédure de consultation engagée ; une telle annulation ne porte en effet pas atteinte en l'espèce à l'intérêt public qui s'attache à la mise en accessibilité des bâtiments aux personnes handicapées, ni ne lèse les entreprises soumissionnaires puisque le contrat n'est pas signé, tandis qu'elle présente pour la Région un intérêt public tenant à la possibilité d'attribuer le marché au vu de l'offre économiquement la plus avantageuse parmi un nombre plus important d'offres.

Par un mémoire en défense enregistré le 2 juin 2017, la Région des Pays de la Loire, représentée par Me Marchand, conclut au rejet de la requête et demande que soit mise à la charge de l'Etat le versement de la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que les moyens soulevés par la préfète de la région Pays de la Loire, préfète de la Loire-Atlantique ne sont pas fondés, et notamment que :

- la clause insérée à l'article 8.4 du CCAP ne peut être qualifiée de « clause Molière » au sens de l'instruction ministérielle du 27 avril 2017 comme n'imposant pas de façon systématique la maîtrise la langue française mais permettant à la Région d'assurer les obligations auxquelles elle est tenue par le code du travail en matière de protection sociale des travailleurs comme de protection de la sécurité de ces derniers en leur assurant une information efficiente sur leurs droits sociaux et en prévenant les risques liés à l'exécution de tâches identifiées comme sensibles, la maîtrise de la langue française et le recours à un interprète n'étant imposés par cette clause que de manière très limitée et de façon proportionnée aux objectifs poursuivis ;

- la clause d'interprétariat litigieuse ne méconnaît ni le principe d'égalité de traitement des candidats à la commande publique ni le principe de liberté d'accès à ladite commande et de non-discrimination pour les entreprises des Etats membres de l'Union européenne, le droit communautaire et le droit interne des marchés publics autorisant l'instauration de conditions d'exécution destinées comme en l'espèce à assurer le respect d'objectifs sociaux ;

- les moyens tirés du détournement de procédure et de l'instauration d'un régime illégal de sanctions contractuelles sont inopérants comme se rapportant aux conditions d'exécution du marché et à la question de la compétence du pouvoir adjudicateur pour intervenir, par voie contractuelle, dans un champ de compétence déterminé ;

- en tout état de cause, si ces moyens devaient être accueillis, le juge des référés devra se contenter d'ordonner la suppression des articles 8.4.1 à 8.4.3 et 12 du Cahier des clauses administratives particulières du marché litigieux et ne pourra en prononcer l'annulation.

Vu :

- les autres pièces du dossier ;
- l'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ;
- le code du travail ;

- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné B B, premier conseiller, pour statuer sur les demandes en référé en application de l'article L. 511-2 du code de justice administrative.

Ont été entendus au cours de l'audience publique du 6 juin 2017 à 10h00 :

- le rapport de Mme B, juge des référés,
- les observations de Mme L et M. G, représentant la préfète de la région Pays de la Loire, préfète de la Loire-Atlantique, qui ont insisté sur l'effet dissuasif des clauses litigieuses, constitutif d'un manquement aux obligations de publicité et mise en concurrence, comme instituant nécessairement une discrimination, même indirecte, née de l'existence même de ces clauses, et non de leur exécution, quand bien même 18 réponses ont été obtenues,
- et les observations de Me Marchand et de M. B, représentant la Région des Pays de la Loire, pour laquelle il a notamment été indiqué qu'il ne pouvait y avoir d'effet dissuasif que si les clauses litigieuses induisaient un surcoût important, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, leur incidence économique étant a priori neutre comme relevant d'une décision économique dans le montage des offres.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience.

1. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. (...) Le juge est saisi avant la conclusion du contrat.* » ; qu'aux termes du I de l'article L. 551-2 du même code : « *Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. / Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations.* » ; que l'article L. 551-3 de ce code dispose que : « *Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-4 de ce code : « *Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle.* » ; qu'enfin, selon l'article L. 551-10 de ce même code : « *Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat ou à entrer au capital de la société d'économie mixte à opération unique et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué, ainsi que le représentant de l'État dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou un établissement public local. (...)* » ;

2. Considérant qu'après une première consultation déclarée sans suite le 24 mars 2017, la Région des Pays de la Loire a lancé le 28 avril 2017, par publication d'un avis d'appel public à

la concurrence, un appel d'offres selon la procédure adaptée prévue à l'article 27 du décret susvisé du 25 mars 2016 en vue de la passation d'un marché public de travaux de mise en accessibilité handicaps et réfection des cours du lycée Ambroise Paré à Laval (Mayenne), pour lequel 18 plis ont été déposés, la date limite de remise des offres étant fixée au 29 mai 2017 à 12h ; que la préfète de la région Pays de la Loire, préfète de la Loire-Atlantique, demande au juge des référés, en application des dispositions précitées de l'article L. 551-2 du code de justice administrative, de supprimer du Cahier des clauses administratives particulières (CCAP) de cette opération n° 14D0303 les prescriptions énoncées aux articles 8.4, relatif aux obligations du titulaire en matière d'interprétariat, et 12. 2. 7, relatif au non-respect des obligations en matière d'interprétariat, comme méconnaissant les obligations de publicité et mise en concurrence que constituent le respect de la liberté d'accès à la commande publique et de l'égalité de traitement des candidats comme les principes de la libre circulation des travailleurs et de libre prestation de services et instaurant un régime illégal de sanctions contractuelles en matière de surveillance et de contrôle du recours aux travailleurs détachés, assimilable à un détournement de procédure ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article 52 de l'ordonnance susvisée du 23 juillet 2015 : « *I. - Le marché public est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution. / Le lien avec l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution s'apprécie conformément à l'article 38. (...)* » ; et qu'aux termes de l'article 38 de cette ordonnance : « *I. - Les conditions d'exécution d'un marché public 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 public. Elles peuvent aussi prendre en compte la politique menée par l'entreprise en matière de lutte contre les discriminations. / Sont réputées liées à l'objet du marché public les conditions d'exécution qui se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en application du marché public, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation de ces travaux, fournitures ou services ou un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne ressortent pas des qualités intrinsèques de ces travaux, fournitures ou services. / Pour l'application du présent I, le cycle de vie est l'ensemble des étapes successives ou interdépendantes, y compris la recherche et le développement à réaliser, la production, la commercialisation et ses conditions, le transport, l'utilisation et la maintenance, tout au long de la vie du produit ou de l'ouvrage ou de la fourniture d'un service, depuis l'acquisition des matières premières ou la production des ressources jusqu'à l'élimination, la remise en état et la fin du service ou de l'utilisation. (...)* » ;

4. Considérant que les clauses litigieuses de l'article 8 du CCAP, relatif aux obligations et engagements en matière de responsabilité sociétale des entreprises, sont rédigées dans les termes suivants : « 8. 4. 1 - protection sociale / Afin de permettre au maître d'ouvrage d'exercer son obligation de prévention et de vigilance, et sur demande du coordonnateur en matière de sécurité et protection de la santé, du maître d'œuvre ou du maître d'ouvrage, le titulaire est tenu de recourir, à ses frais, à un interprète qualifié dans les langues concernées, si les personnels présents sur le chantier, quelle que soit leur nationalité, ne disposent pas d'une maîtrise suffisante de la langue française pour leur permettre de comprendre la réglementation sociale en application du Code du travail. / La prise en charge des frais d'interprétariat se fera aux seuls frais du titulaire. / 8.4.2 – prévention de sécurité / Afin de garantir la sécurité des travailleurs et visiteurs sur le chantier lors de la réalisation de tâches, signalées par le coordonnateur en matière de sécurité et protection de la santé, le maître d'œuvre ou le maître d'ouvrage, comme présentant un risque pour la sécurité des personnes et des biens, notamment en cas de coactivité, les

personnels affectés à l'exécution de ces tâches, et quelle que soit leur nationalité, recevront une formation spécifique à cette fin et devront être en mesure de comprendre et échanger sur les directives orales et/ou écrites nécessaires à l'exécution desdites tâches. / A cet effet, et faute de maîtrise suffisante de la langue française par le personnel visé au précédent alinéa, le titulaire sera tenu, après information préalable du coordonnateur en matière de sécurité et protection de la santé et du maître d'œuvre, de veiller à l'intervention d'un interprète qualifié dans les langues concernées. / La prise en charge des frais d'interprétariat se fera aux seuls frais du titulaire. / 8. 4. 3 – Défaut de recours à un interprète / En cas de carence constatée ou du défaut de preuve de la qualification d'un interprète, la Région désignera un ou des interprètes de son choix. Les frais consécutifs seront comptabilisés comme pénalités au titre de l'article afférent au présent cahier des clauses administratives particulières ; une pénalité forfaitaire sera également appliquée. De plus, après mise en demeure restée sans effet, la résiliation du marché pourrait être prononcée aux frais et risques du titulaire. » ; et que celles de l'article 12, relatif aux pénalités, sont les suivantes : « 12. 2. 7 – non-respect des obligations en matière d'interprétariat / En cas de non-respect des obligations en matière d'interprétariat sur le chantier ou de défaut de preuve de la qualification de l'interprète, le titulaire encourt, sans mise en demeure préalable, une pénalité correspondant aux frais consécutifs pour la Région des Pays de la Loire, assortie d'une pénalité forfaitaire de 100,00 euros par jour de carence constaté. » ;

5. Considérant, d'une part, qu'il ne résulte pas de l'instruction que ces clauses, tenant aux conditions d'exécution du marché de travaux dont il s'agit, n'entreraient pas, compte tenu de leur double objectif de protection sociale des salariés et de sécurité des travailleurs et visiteurs sur le chantier, en vue de la réalisation duquel elles n'apparaissent pas disproportionnées, dans le champ des dispositions précitées du I de l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ; que si elles ne sont pas neutres sur la formation des offres, elles trouvent à s'appliquer sans discrimination, même indirecte, à toutes les entreprises soumissionnaires, quelle que soit la nationalité des personnels présents sur le chantier ; qu'en admettant même qu'elles puissent être regardées comme ayant pour effet de restreindre la liberté d'accès à la commande publique, il ne résulte pas davantage de l'instruction qu'elles s'appliqueraient de manière discriminatoire, ne seraient pas justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général, ne seraient pas propres à garantir la réalisation des objectifs qu'elles poursuivent ou iraient au-delà de ce qui est nécessaire pour les atteindre ; qu'en conséquence, le moyen tiré de ce que les clauses ainsi stipulées à l'article 8.4 précité du CCAP méconnaissent les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats doit être écarté ;

6. Considérant, d'autre part, que les moyens tirés de ce que la clause d'interprétariat litigieuse serait constitutive d'un détournement de procédure en méconnaissance des dispositifs spécifiques mis en place par l'État pour contrôler les conditions de recours aux travailleurs détachés et instaurerait, en cas de non-respect des obligations imposées par le maître d'ouvrage, un régime illégal de sanction contractuelle, non prévu par les articles R. 1263-10 et suivants du code du travail relatifs à la surveillance et au contrôle du travail détaché, qui vient s'ajouter au régime de sanctions prévu par l'article L. 1262-4-1 du code du travail en cas de présence de travailleurs détachés qui n'auraient pas été régulièrement déclarés, sont en tout état de cause inopérants comme portant sur des manquements, étrangers aux obligations de publicité et de mise en concurrence, qu'il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de sanctionner ;

7. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la requête de la préfète de la région Pays de la Loire, préfète de la Loire-Atlantique ne peut qu'être rejetée ;

8. Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions de la Région des Pays de la Loire présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

ORDONNE

Article 1^{er} : La requête de la préfète de la région Pays de la Loire, préfète de la Loire-Atlantique est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de la Région des Pays de la Loire présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la préfète de la région Pays de la Loire, préfète de la Loire-Atlantique et à la Région des Pays de la Loire.

Fait à Nantes, le 7 juillet 2017.

Le juge des référés,

Le greffier,

Mme B

M. V

La République mande et ordonne à la préfète de la région Pays de la Loire, préfète de la Loire-Atlantique en ce qui la concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,
Le greffier,

CONSEIL D'ETAT

statuant

au contentieux

DOCUMENT n° 3

13

PK

N° 413366

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

MINISTRE D'ETAT, MINISTRE DE L'INTERIEUR

c/ Région Pays de la Loire

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux

(Section du contentieux, 7ème et 2ème chambres réunies)

M. Marc Firoud

Rapporteur

Sur le rapport de la 7ème chambre

de la Section du contentieux

M. Gilles Pellissier

Rapporteur public

Séance du 22 novembre 2017

Lecture du 4 décembre 2017

Vu la procédure suivante :

Le préfet de la Région des Pays de la Loire, préfet de la Loire-Atlantique, a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Nantes, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'une part, d'annuler la procédure engagée par la région Pays de la Loire en vue de la passation d'un marché public de travaux relatif à la mise en accessibilité handicaps et à la réfection des cours du lycée Ambroise Paré à Laval (Mayenne), d'autre part, de supprimer les « clauses d'interprétariat » introduites dans les pièces de ce marché, en particulier les articles 8 et 12 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP), enfin, d'enjoindre à la région de reprendre la procédure de publicité et de consultation relative à ce marché à ses débuts.

Par une ordonnance n° 1704447 du 7 juillet 2017, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes a rejeté cette demande.

Par un pourvoi et deux nouveaux mémoires, enregistrés les 11 août, 6 septembre et 20 novembre 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le ministre d'Etat, ministre de l'intérieur, demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) statuant en référé, de faire droit à sa demande.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;
- la directive 92/57/CEE du Conseil du 24 juin 1992 ;
- la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 ;
- la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 ;
- le code du travail ;
- la loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 ;
- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- le code de justice administrative ;

15

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Marc Firoud, maître des requêtes en service extraordinaire,
- les conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public.

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Garreau, Bauer-Violas, Feschotte-Desbois, avocat de la région Pays de la Loire.

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Nantes qu'après une première consultation déclarée sans suite le 24 mars 2017, la région Pays de la Loire a publié, le 28 avril 2017, un avis d'appel public à la concurrence en vue de la passation d'un marché public de travaux de mise en accessibilité handicaps et de réfection des cours du lycée Ambroise Paré à Laval (Mayenne) ; qu'avant la date limite de remise des offres, le préfet de la Région Pays de la Loire, préfet de la Loire-Atlantique, a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Nantes, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler cette procédure de passation, de supprimer les « clauses d'interprétariat » introduites dans les pièces de ce marché, en particulier les articles 8 et 12 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP), enfin, d'enjoindre à la région Pays de la Loire de reprendre la procédure de passation à ses débuts ; que, par une ordonnance du 10 juillet 2017, contre laquelle le ministre de l'intérieur se pourvoit en cassation, le juge du référé précontractuel a rejeté la demande de la préfète ;

Sur le cadre juridique applicable au litige :

2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :
« Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux (...) / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat » ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article L. 1262-4 du code du travail : *« Les employeurs détachant temporairement des salariés sur le territoire national sont soumis aux dispositions légales et aux stipulations conventionnelles applicables aux salariés employés par les entreprises de la même branche d'activité établies en France, en matière de législation du travail, pour ce qui concerne les matières suivantes : / 1° Libertés individuelles et collectives dans la relation de travail ; / 2° Discriminations et égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ; / 3° Protection de la*

16

maternité, congés de maternité et de paternité et d'accueil de l'enfant, congés pour événements familiaux ; / 4° Conditions de mise à disposition et garanties dues aux salariés par les entreprises exerçant une activité de travail temporaire ; / 5° Exercice du droit de grève ; / 6° Durée du travail, repos compensateurs, jours fériés, congés annuels payés, durée du travail et travail de nuit des jeunes travailleurs ; / 7° Conditions d'assujettissement aux caisses de congés et intempéries ; / 8° Salaire minimum et paiement du salaire, y compris les majorations pour les heures supplémentaires, ainsi que les accessoires de salaire légalement ou conventionnellement fixés ; / 9° Règles relatives à la santé et sécurité au travail, âge d'admission au travail, emploi des enfants ; / 10° Travail illégal » ; que ces dispositions assurent la mise en œuvre en droit national de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services ; qu'elles doivent dès lors être interprétées à la lumière de ses dispositions ; que le titre VIII du livre II de la huitième partie du code de travail, inséré par la loi du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale, instaure une obligation de vigilance et responsabilité du maître d'ouvrage en matière d'application de la législation du travail ;

4. Considérant qu'aux termes de l'article L. 4531-1 du code du travail : « Afin d'assurer la sécurité et de protéger la santé des personnes qui interviennent sur un chantier de bâtiment ou de génie civil, le maître d'ouvrage, le maître d'œuvre et le coordonnateur en matière de sécurité et de protection de la santé (...) mettent en œuvre, pendant la phase de conception, d'étude et d'élaboration du projet et pendant la réalisation de l'ouvrage, les principes généraux de prévention énoncés aux 1° à 3° et 5° à 8° de l'article L. 4121-2. Ces principes sont pris en compte notamment lors des choix architecturaux et techniques ainsi que dans l'organisation des opérations de chantier (...) » ; que ces dispositions assurent la mise en œuvre en droit national de l'article 4 de la directive 92/57/CEE du Conseil du 24 juin 1992 concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé à mettre en œuvre sur les chantiers temporaires ou mobiles ; qu'elles doivent dès lors être interprétées à la lumière de ses dispositions ;

5. Considérant, enfin, qu'aux termes du I de l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : « Les conditions d'exécution d'un marché public 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 public. Elles peuvent aussi prendre en compte la politique menée par l'entreprise en matière de lutte contre les discriminations. / Sont réputées liées à l'objet du marché public les conditions d'exécution qui se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en application du marché public, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation de ces travaux, fournitures ou services ou un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne ressortent pas des qualités intrinsèques de ces travaux, fournitures ou services (...) » ; que ces dispositions assurent la mise en œuvre en droit national de l'article 70 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 ; qu'elles doivent dès lors être interprétées à la lumière de ses dispositions ;

17

Sur la légalité des clauses litigieuses :

6. Considérant qu'un pouvoir adjudicateur peut imposer, parmi les conditions d'exécution d'un marché public, des exigences particulières pour prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, sous réserve que celles-ci présentent un lien suffisant avec l'objet du marché ; qu'une mesure nationale qui restreint l'exercice des libertés fondamentales garanties par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne peut être admise qu'à la condition qu'elle poursuive un objectif d'intérêt général, qu'elle soit propre à garantir la réalisation de celui-ci et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif ; qu'il suit de là que, lorsqu'elles sont susceptibles de restreindre l'exercice effectif des libertés fondamentales garanties par ce traité, les exigences particulières imposées par le pouvoir adjudicateur doivent remplir les conditions qui viennent d'être rappelées ; qu'à défaut, le juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, constate le manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

En ce qui concerne la clause d'exécution relative à une information sur les droits sociaux :

7. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés et de l'interprétation qu'il a souverainement faite des clauses du contrat que la « clause d'interprétariat », prévue à l'article 8.4.1 du CCAP, en matière de protection sociale, prévoit que, pour permettre au maître d'ouvrage d'exercer son obligation de prévention et de vigilance en matière d'application de la législation du travail, laquelle résulte notamment des dispositions du titre VIII du livre II de la huitième partie du code de travail, l'intervention d'un interprète qualifié peut être demandée, aux frais du titulaire du marché, afin que la personne publique responsable puisse s'assurer que les personnels présents sur le chantier et ne maîtrisant pas suffisamment la langue française, quelle que soit leur nationalité, comprennent effectivement le socle minimal de normes sociales qui, en vertu notamment de l'article L. 1262-4 du code du travail précité au point 3 ci-dessus, s'applique à leur situation ;

8. Considérant, en premier lieu, que le juge des référés en estimant, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, qu'une telle clause présente un lien suffisant avec l'objet du marché de travaux publics litigieux n'a pas commis d'erreur de droit ;

9. Considérant, en second lieu, que cette clause, qui s'applique indistinctement à toute entreprise quelle que soit sa nationalité, n'est pas discriminatoire ni ne constitue une entrave à la libre circulation ; que le ministre de l'intérieur doit toutefois être regardé comme soutenant que le juge des référés a commis une erreur de droit et de qualification juridique en ne relevant pas que cette clause est susceptible, par ses effets, de restreindre l'exercice effectif d'une liberté fondamentale garantie par le droit de l'Union ;

10. Considérant, cependant, qu'il ressort de l'interprétation donnée souverainement à ces stipulations contractuelles par le juge des référés et des pièces qui lui ont été soumises qu'une

18

telle clause, dont la mise en œuvre par le maître d'ouvrage ne doit pas occasionner de coûts excessifs au titulaire du marché, vise à garantir la réalisation d'un objectif d'intérêt général lié à la protection sociale des travailleurs du secteur de la construction en rendant effectif l'accès de personnels peu qualifiés à leurs droits sociaux essentiels ; que l'appréciation du niveau suffisant de maîtrise de la langue française se fait au cas par cas parmi les personnels employés sur le chantier et qu'un échange oral, avant l'exécution des travaux, avec un interprète qualifié, c'est-à-dire toute personne en mesure d'expliquer aux travailleurs concernés leurs droits sociaux essentiels, permet à l'entreprise de répondre à ses obligations ; que dans ces conditions, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit ni inexactement qualifié les faits en jugeant qu'à supposer même que la clause litigieuse puisse être susceptible de restreindre l'exercice effectif d'une liberté fondamentale garantie par le droit de l'Union, elle poursuit un objectif d'intérêt général dont elle garantit la réalisation sans aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre ;

En ce qui concerne la clause d'exécution relative à la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs :

11. Considérant qu'il ressort également des pièces du dossier soumis au juge des référés et de l'interprétation qu'il a souverainement faite des clauses du contrat que la « clause d'interprétariat », prévue à l'article 8.4.2 du CCAP, en matière de prévention dans le domaine de la sécurité et de la santé, prévoit que, pour garantir la sécurité des travailleurs et visiteurs sur le chantier lors de la réalisation de tâches signalées comme présentant un risque pour la sécurité des personnes et des biens, une formation est dispensée à l'ensemble des personnels affectés à l'exécution de ces tâches, quelle que soit leur nationalité ; que cette formation donne lieu, lorsque les personnels concernés par ces tâches ne maîtrisent pas suffisamment la langue française, à l'intervention d'un interprète qualifié ;

12. Considérant, en premier lieu, que le juge des référés en estimant, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, qu'une telle clause présente un lien suffisant avec l'objet du marché de travaux publics litigieux n'a pas commis d'erreur de droit ;

13. Considérant, en second lieu, que cette clause relative à la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, qui s'applique indistinctement à toute entreprise quelle que soit sa nationalité, n'est elle aussi pas discriminatoire ni ne constitue une entrave à la libre circulation ; que le ministre de l'intérieur doit toutefois être regardé comme soutenant que le juge des référés a commis une erreur de droit et de qualification juridique en ne relevant pas que cette clause est susceptible, par ses effets, de restreindre l'exercice effectif d'une liberté fondamentale garantie par le droit de l'Union ;

14. Considérant, cependant, qu'il ressort de l'interprétation donnée souverainement à cette clause par le juge des référés et des pièces qui lui ont été soumises que, nécessairement appliquée de manière raisonnable par le maître d'ouvrage pour ne pas occasionner de coûts excessifs au titulaire du marché, elle vise à permettre au maître d'ouvrage de s'assurer, en vertu notamment de l'article L. 4531-1 du code du travail cité au point 4 ci-dessus, 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 ; que, compte tenu du degré de risque particulièrement élevé à cet égard dans les chantiers de travaux et dans la mesure où le recours à une personne susceptible d'assurer l'information appropriée aux travailleurs dans leur langue ne concerne que ceux directement concernés par l'exécution de ces tâches, le juge des référés n'a pas entaché son ordonnance d'erreur de droit ni d'inexacte qualification juridique en jugeant que cette clause, à supposer même qu'elle puisse être susceptible de restreindre l'exercice effectif d'une liberté fondamentale garantie par le droit de l'Union, poursuit un objectif d'intérêt général dont elle garantit la réalisation sans aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre ;

15. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le ministre de l'intérieur n'est pas fondé à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 euros à verser à la région Pays de la Loire au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

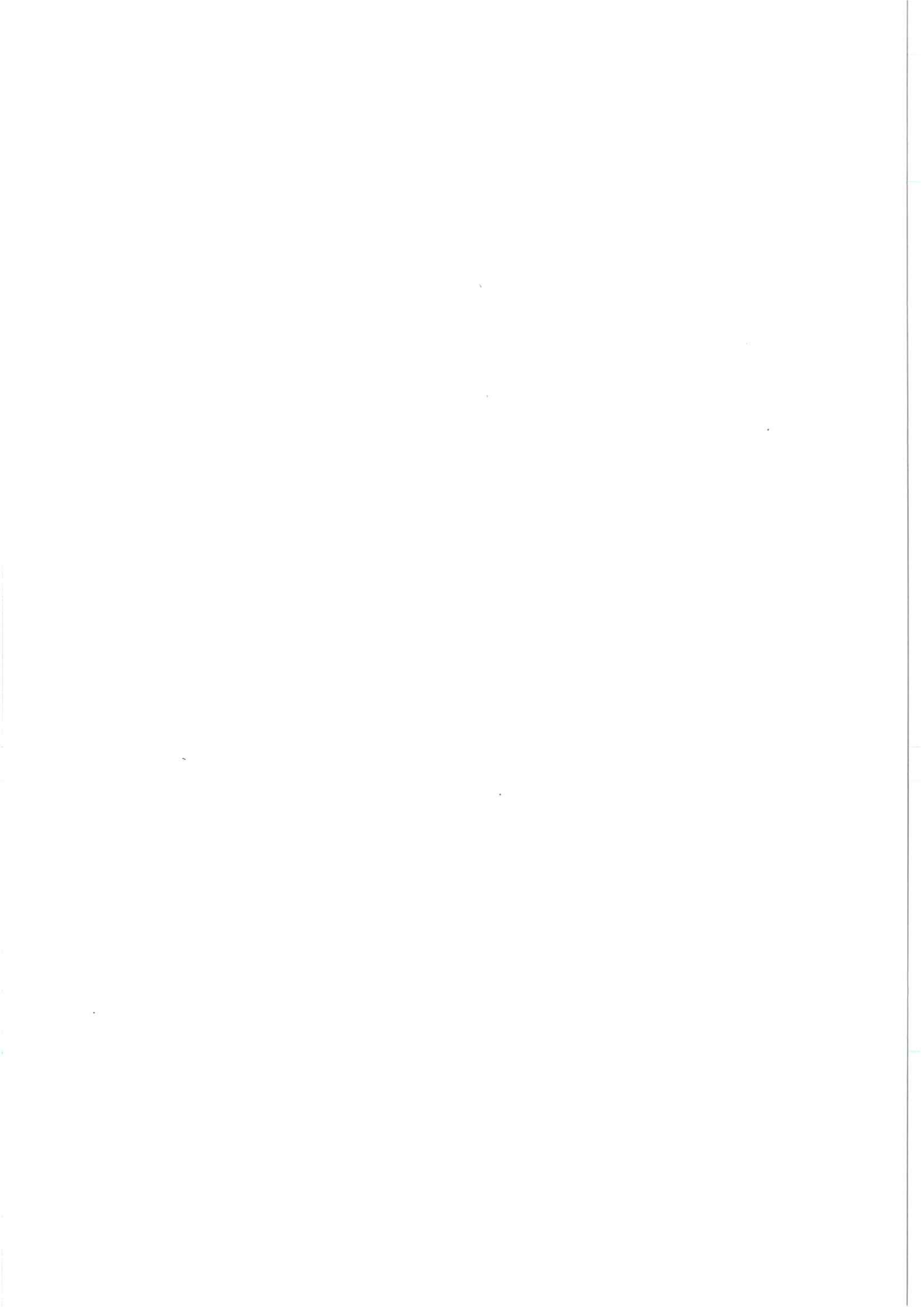
DECIDE :

Article 1^{er} : Le pourvoi du ministre de l'intérieur est rejeté.

Article 2 : L'Etat versera la somme de 3 000 euros à la région Pays de la Loire au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée au ministre d'Etat, ministre de l'intérieur, et à la région Pays de la Loire.

Copie en sera adressée au ministre de l'économie et des finances.



TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE LYON

N° 1704697

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

PREFET DE LA REGION AUVERGNE
RHÔNE-ALPES

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Caroline Rizzato
Rapporteur

Le tribunal administratif de Lyon

(Formation élargie)

M. Joël Arnould
Rapporteur public

Audience du 29 novembre 2017
Lecture du 13 décembre 2017

01-06-01
C+ - KS

Vu la procédure suivante :

Par un déféré, enregistré le 26 juin 2017, le préfet de la région Auvergne-Rhône-Alpes demande au tribunal d'annuler la délibération n° 2 du 9 février 2017 par laquelle le conseil régional d'Auvergne-Rhône-Alpes a approuvé le dispositif régional de lutte contre le travail détaché.

Il soutient que :

- le conseil régional est incompétent pour adopter des mesures relevant du droit du travail ;
- le conseil régional est incompétent pour instaurer un dispositif réglementaire de sanctions administratives pécuniaires ;
- la délibération en litige méconnaît les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats ;
- l'obligation faite aux candidats de fournir une attestation sur l'honneur de non-recours au travail détaché est illégale, une telle attestation ne figurant pas dans la liste limitative des documents pouvant être demandés au stade de l'examen des candidatures à un marché public ;
- l'utilisation d'instruments de la commande publique pour maîtriser le recours au travail détaché est illégale ;
- l'obligation de produire cette attestation constitue un critère de sélection caché ;
- les principes généraux du droit d'égalité de traitement des candidats, de liberté d'accès à la commande publique et de transparence des procédures obligent les acheteurs à ne pas poser de conditions qui ne pourraient être remplies que par les soumissionnaires nationaux ou qui

seraient plus difficilement satisfaites par des soumissionnaires provenant d'autres Etats membres ;

- la clause imposant l'emploi de la langue française méconnaît le principe de non-discrimination et l'article 21 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;
- elle porte une atteinte non justifiée au principe d'égal accès à la commande publique rappelé à l'article 1^{er} de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ;
- une telle mesure est disproportionnée et n'est pas justifiée ;
- la licéité d'une telle disposition n'est admise que dans des cas exceptionnels ;
- la mise en place d'un dispositif régional de contrôles complétant le dispositif prévu par le code du travail est illégale ;
- les agents de la région n'ont pas reçu compétence du législateur pour réaliser de tels contrôles ; ils n'ont pas vocation à se substituer aux corps de l'inspection du travail ;
- il n'appartient pas à la région de réaliser des contrôles au-delà des missions qui lui incombent en sa qualité de maître d'ouvrage ;
- la règle du « non bis in idem » fait obstacle à la mise en place de la pénalité de 10 000 euros prévue par la région en cas de présence d'un travailleur détaché non valablement déclaré à la région ;
- la pénalité de 5 % du marché prévue en cas de méconnaissance de la clause de maîtrise de la langue française est illégale du fait de l'illégalité de cette clause ;
- les sanctions mises en place sont sans lien avec l'objet des marchés concernés au sens de l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ;
- la délibération est entachée d'un détournement de pouvoir.

Par un mémoire en défense, enregistré le 13 octobre 2017, la région Auvergne Rhône-Alpes conclut au rejet de la requête et à ce que la somme de 1 000 euros soit mise à la charge de l'Etat au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la requête est irrecevable ;
- l'objet de la délibération relève de la compétence de la région ;
- le moyen tiré de l'incompétence du conseil régional pour instaurer un dispositif réglementaire de sanctions administratives pécuniaires ne fait l'objet d'aucune argumentation permettant d'en apprécier la portée et doit être écarté comme inopérant ;
- l'attestation de non-recours au détachement est demandée pour anticiper les éventuelles infractions ; elle est exigée au stade de l'attribution des marchés et non au stade de la candidature ; le défaut de production de l'attestation n'est pas sanctionné ;
- l'instauration d'une « clause de langue française » n'est pas discriminatoire ; elle s'applique indistinctement aux entreprises françaises et aux entreprises établies dans d'autres Etats membres ; il ne s'agit pas d'une condition d'accès à la commande publique mais d'un moyen de garantir la sécurité des travailleurs travaillant sur les chantiers de la région et une parfaite compréhension des directives de la direction technique des travaux ; elle n'est applicable qu'aux marchés de travaux et non à l'ensemble des marchés de la région ;
- les contrôles institués ont pour objectif de donner à la région les moyens d'assurer le respect par ses cocontractants de leurs obligations contractuelles et de répondre aux nouvelles obligations de vigilance dévolues par les textes ;
- les pénalités mises en place sont purement contractuelles et dérogent au cahier des clauses administratives générales qui n'est pas obligatoire ; elles ont une finalité purement dissuasive et ne contreviennent pas aux dispositions législatives du code du travail ; la règle du « non bis in idem » n'est pas méconnue ;

- les objectifs poursuivis s'inscrivent dans le champ d'application de l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ;
- la délibération n'est pas entachée d'un détournement de pouvoir dès lors qu'elle ne vise pas à interdire de manière générale et absolue le recours au travail détaché mais à anticiper le non-respect par les cocontractants de la région des règles en la matière.
- tous les cahiers des clauses administratives particulières prévoient la possibilité pour les entreprises de détacher des salariés en rappelant le cadre légal et les documents à fournir à la région.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;
- la directive n°2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics ;
- le code général des collectivités territoriales ;
- le code du travail ;
- la loi n°94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française ;
- l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;
- le décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ;
- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Rizzato, rapporteur,
- les conclusions de M. Arnould, rapporteur public,
- les observations de M. C..., pour la région Auvergne-Rhône-Alpes.

Considérant ce qui suit :

1. Le conseil régional de la région Auvergne-Rhône-Alpes a, par délibération du 9 février 2017, approuvé le dispositif régional de lutte contre le travail détaché. Par le présent déféré, le préfet de la région Auvergne-Rhône-Alpes demande au tribunal d'annuler cette délibération.

2. Aux termes de l'article L. 4142-1 du code général des collectivités territoriales : « *Le représentant de l'Etat dans la région défère au tribunal administratif les actes mentionnés à l'article L. 4141-2 qu'il estime contraires à la légalité dans les deux mois suivant leur transmission. (...)* ».

Sur la fin de non-recevoir opposé par la région Auvergne-Rhône-Alpes :

3. La région Auvergne-Rhône-Alpes soutient que le déféré présenté par le préfet de la région Auvergne-Rhône-Alpes est irrecevable. Elle n'apporte cependant aucune précision sur la nature de la fin de non-recevoir qu'elle entend ainsi soulever, alors qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que le déféré présenté par le préfet serait irrecevable. Dans ces conditions, la fin de non-recevoir opposée en défense doit être écartée.