

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

L'affaire qui vient d'être appelée vous conduira à prendre une position dont il est peu dire qu'elle est très attendue sur la validité d'une clause controversée que de nombreuses collectivités locales ont récemment commencé à insérer dans leurs marchés publics imposant à leurs cocontractants de recourir aux services d'interprètes lorsque les personnels présents sur le chantier ne maîtrisent pas suffisamment la langue française.

Le débat a été ouvert en mars 2016 par l'insertion par la commune d'Angoulême dans l'un de ses marchés publics d'une clause, couramment désignée depuis comme « clause Molière », imposant l'usage du français lors de l'exécution du contrat. L'idée a séduit de nombreuses régions, dont la région Pays-de-la-Loire, qui l'ont reprise tout en la présentant de manière plus subtile tant dans son contenu que dans ses finalités.

Elle consistait à imposer aux titulaires que les personnels présents sur les chantiers justifient d'une maîtrise suffisante du français et, si tel n'était pas le cas, qu'ils prévoient l'intervention d'un interprète dans les langues concernées et était présentée comme tendant à garantir une parfaite compréhension des droits sociaux des personnels et leur sécurité ainsi que celles des visiteurs en s'assurant qu'ils comprennent les ordres et directives de chantier. L'objectif proclamé par ces collectivités était cependant tout autre, ainsi que cela ressort très clairement d'une délibération de la région Pays-de-la-Loire du mois de décembre 2016 : « la lutte contre le travail détaché demeure une priorité pour le conseil régional. C'est pourquoi le conseil régional a souhaité intégrer une obligation d'interprétariat en cas de présence de travailleurs non francophones sur les chantiers. (...) Le conseil régional conserve donc l'objectif d'insérer une telle clause (dite « clause Molière ») dans ses futurs marchés publics ».

C'est précisément ce que cette collectivité a fait dans les documents constitutifs du marché de travaux de mise en accessibilité handicaps et réfection des cours du lycée Ambroise Paré de Laval, pour la passation duquel elle a lancé en avril 2017, après une première consultation déclarée sans suite, un avis d'appel public à la concurrence. L'article 8.4 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP), qui fait partie de l'article 8 consacré aux « obligations et engagements en matière de responsabilité sociétale des entreprises », est intitulé « Obligations du titulaire en matière d'interprétariat ». Nous citons intégralement les deux premiers points, dont la validité est l'objet du présent litige :

« 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. »

La troisième partie de cet article prévoit la possibilité pour le maître d'ouvrage, en cas de méconnaissance par le titulaire des obligations fixées par les stipulations que nous venons de citer, d'engager un ou des interprètes aux frais du titulaire, d'infliger des pénalités, également prévues par l'article 12, et de résilier le marché en cas de manquement persistant.

La rédaction de cette clause a légèrement évolué par rapport à ce que la collectivité envisageait initialement : l'obligation de maîtrise suffisante du français par les personnels présents sur les chantiers n'est plus mise en avant, seule demeurant l'une de ses conséquences, à savoir l'obligation de recourir aux services d'un interprète en cas de présence sur le chantier de personnels ne maîtrisant pas suffisamment le français. Ce changement de présentation, on le voit, est assez superficiel. Elle demeure en revanche présentée comme un moyen de réaliser le double objectif de protection sociale des salariés et de sécurité des travailleurs et visiteurs sur le chantier.

Suivant les instructions du ministère de l'intérieur, la préfète de la région Pays-de-la-Loire a contesté la validité de cette clause au soutien du référé précontractuel qu'elle a formé devant le TA de Nantes. Par une ordonnance du 7 juillet 2017, contre laquelle le ministre de l'intérieur se pourvoit régulièrement en cassation, le juge du référé a rejeté sa demande.

Il a estimé « 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 par 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 ».

Ces motifs sont critiqués par le ministre de l'intérieur qui soutient que l'auteur de l'ordonnance attaquée aurait commis des erreurs de droit et dénaturé les pièces du dossier en considérant que les stipulations litigieuses n'étaient pas discriminatoires, qu'elles étaient en rapport avec l'objet du marché et qu'elles n'étaient pas disproportionnées aux objectifs visés.

Nous aborderons ces moyens dans un ordre différent, qui nous semble être celui des règles au regard desquelles il convient d'apprécier la validité de la présence de ces stipulations dans un marché public.

Quelques mots tout d'abord sur ces règles et le contrôle juridictionnel auxquelles elles doivent donner lieu.

L'obligation faite au titulaire du marché de recourir aux services d'interprètes au cours de l'exécution du marché relève des conditions d'exécution de celui-ci. L'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics dispose que « *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. (...) / 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 (...)* ». Ces dispositions reprennent et développent celles de l'article 14 du code des marchés publics, qui prévoyait expressément que « *ces conditions d'exécution ne peuvent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels* ». Cette précision n'est pas reprise tant elle est évidente, le principe de non discrimination innervant l'ensemble des règles de la commande publique voire du droit de l'Union. L'exposé des motifs de la directive 2014/24 sur les marchés publics souligne que les considérations d'ordre social ou environnemental que les pouvoirs adjudicateurs peuvent prendre en compte au titre des conditions d'exécution des marchés ou des critères de sélection doivent être "appliqués dans le respect des principes fondamentaux du droit de l'Union, en particulier en vue d'assurer l'égalité de traitement. Ces mesures devraient être appliquées conformément à la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil (sur les travailleurs détachés) 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" (points 37 et 98).

Sans être aussi clairement discriminante que sa version initiale qui imposait l'usage du français sur les chantiers, la clause litigieuse est susceptible de produire un effet discriminatoire à l'égard de certains candidats et de constituer de ce fait une restriction à la libre prestation de services, contraire à l'article 56 du TFUE (ancien art 49 du TCE). C'est d'ailleurs la raison pour laquelle sa validité peut être soumise au juge du référé précontractuel.

Elle fait en effet peser sur les soumissionnaires employant des personnels non francophones une charge supplémentaire tenant à la rétribution d'interprètes qualifiés dans toutes les langues des personnels non francophones. Même si les modalités de réalisation de cette exigence sont assez floues, comme nous le verrons, il est certain que la contrainte qu'elle représente est importante.

En tant qu'elle ne pèse que sur certaines entreprises, celles employant des personnels non francophones, elle constitue une discrimination directe en fonction de la maîtrise de la langue française des employés. Mais cette discrimination directe est susceptible de constituer aussi une discrimination indirecte selon la nationalité puisque si, bien entendu, des entreprises françaises peuvent être concernées si elles emploient, directement ou par voie de détachement, des personnels non francophones, les entreprises étrangères, qu'elles interviennent directement sur le chantier ou qu'elles détachent des travailleurs, ont beaucoup plus de chances d'être pénalisées par cette obligation, les premières parce qu'elle s'imposera directement à elles, les secondes parce qu'elle dissuadera les entreprises françaises de recourir au travail détaché, ce qui, comme nous l'avons dit en introduction, est bien l'objectif visé par les collectivités ayant imaginé cette clause. Or, quoi qu'on en pense, la possibilité de détacher des travailleurs représente une modalité d'exercice de la liberté de prestation de services au sein du marché intérieur de l'Union européenne.

Outre son caractère discriminatoire et pour les mêmes raisons, cette clause constitue certainement une restriction à la libre prestation de services, dans la mesure où, selon les termes communément employés par la Cour de justice, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres Etats membres, elle est de nature à gêner où à rendre moins attrayantes les activités d'un prestataire établi dans un autre Etat membre, où il fournit légalement des services analogues (voyez par exemple : CJCE, 18 juil 2007, *Commission des communautés européennes c/ RFA*, aff. C-490/04, § 63; CJUE, 16 avril 2013, *Las*, aff. C-202/11, § 18). Tel était le cas, comme l'a relevé la cour dans ces arrêts, d'une part de la législation allemande imposant la traduction en allemand des documents relatifs à l'emploi des travailleurs détachés (contrats de travail, fiches de paie, etc.), d'autre part d'une réglementation belge imposant de rédiger en langue néerlandaise les contrats de travail transfrontaliers. La jurisprudence de la cour comporte d'autres exemples que nous aurons l'occasion d'évoquer par la suite de ce que des exigences linguistiques ou de traduction constituent des mesures restrictives à la libre prestation de services. Même si cette jurisprudence porte sur des réglementations générales s'appliquant aux marchés publics, elle est parfaitement transposable à une règle d'effet équivalent imposée par le contrat lui-même.

Les mesures restrictives à la libre prestation de services ou des différences de traitement peuvent néanmoins être édictées lorsqu'elles sont justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général s'appliquant à tous, sont propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint (ex : arrêt *Commission c/ RFA*, précité, § 64-65). C'est à ce triple test de la légitimité de

l'objectif visé, de l'adéquation de la mesure à cet objectif et de sa proportionnalité qu'il convient donc de soumettre la clause litigieuse pour en déterminer la validité.

En résumé, les conditions d'exécution d'un marché public doivent être liées à l'objet du marché et non discriminatoires, condition qui recouvre l'interdiction des limitations non nécessaires à la libre prestation de services. Comme nous le verrons, dans certains cas, tel que celui de la clause litigieuse, ces deux conditions sont étroitement liées, le lien avec l'objet du marché étant de nature à prévenir les discriminations.

Le contrôle du juge administratif, au fond comme en cassation, nous semble devoir être sur ces deux points un contrôle entier, y compris lorsqu'il s'exerce dans le cadre de la procédure de référé précontractuel.

L'appréciation du caractère discriminatoire ou restrictif de la liberté de prestation de service d'une mesure donne lieu de la part de la Cour de justice de l'UE à un contrôle entier et vous-mêmes effectuez un tel contrôle au titre de l'erreur de droit sur une réglementation susceptible d'avoir cet effet (Ass, 4 avril 2014, *Min de l'écologie*, n° 362785, s'agissant de validité de la limite d'âge des contrôleurs aériens).

Vous effectuez également un contrôle entier de l'erreur de droit sur la question de savoir si les spécifications supérieures aux normes en vigueur imposées par le pouvoir adjudicateur sont justifiées par les nécessités propres au service public dont il a la charge (Sect, 3 novembre 1995, *District de l'agglomération nancéienne*, n° 152484) ou si un critère d'évaluation des offres est en lien direct avec l'objet du marché (25 mars 2016, *Dépt de l'Isère*, n° 364950, au rec, à propos précisément d'un critère social). L'exigence de lien avec l'objet du marché nous paraît devoir donner lieu au même contrôle qu'elle concerne un critère d'évaluation d'une offre ou une condition d'exécution.

Il est vrai que vous avez laissé au juge du fond apprécier souverainement le lien d'une prescription avec l'objet du marché, sa portée sur le respect du principe d'égalité étant en revanche l'objet d'un entier contrôle (7 mars 2005, *Communauté urbaine de Lyon*, n° 274286, au rec, à propos de l'interdiction faite aux candidats à un marché de prestations de services juridiques de produire toute référence professionnelle). Vous jugez également que le juge du référé précontractuel ne peut censurer une exigence minimale de capacité technique imposée aux candidats que si elle apparaît manifestement dépourvue de lien avec l'objet du marché ou manifestement disproportionnée (7 mai 2013, *sté Segex et sté Aximum*, n° 365706, aux T sur ce point). Mais cette dernière jurisprudence, rendue à propos des justifications que le pouvoir adjudicateur peut exiger des candidats pour qu'ils établissent leur capacité à exécuter les prestations du marché (art 45 du code des marchés publics) ne nous paraît pas transposable à une exigence qui porte sur l'objet même du marché et qui est susceptible d'en exclure certains opérateurs.

Il nous semble par conséquent que si la question de savoir si une exigence technique est liée à l'objet particulier d'un marché doit être laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, car elle est à la fois factuelle et dépendante de l'interprétation du contrat, le fait de savoir si une exigence fait partie des considérations que le pouvoir adjudicateur peut légalement prendre en compte et si, dès lors qu'elle est susceptible de produire un effet discriminatoire ou restrictif de la liberté de prestation de service, elle est justifiée, relève, tant pour le juge du fond, y compris du référé précontractuel qui, comme vous le savez, est un juge

du fond statuant en la forme des référés, que pour vous, d'un contrôle de l'erreur de droit intégrant, en ce qui concerne la condition tenant à sa proportionnalité, une part de qualification juridique des faits.

Ce contrôle nous paraît particulièrement indiqué en présence d'une clause qui, comme celle en litige, impose une exigence qui n'est déterminée, ni quant à son contenu ni quant à ses finalités, par l'objet particulier d'un marché donné mais pourrait figurer dans tous les marchés publics de travaux, catégorie vaste s'il en est.

Cette caractéristique de la clause litigieuse pose, avant même celle de sa justification, une première question, relative à sa validité au regard des dispositions précitées de l'article 38 de l'ordonnance de 2016. Cette question est elle-même double puisque ces dispositions déterminent les considérations que le pouvoir adjudicateur peut prendre en compte au titre des conditions d'exécution et imposent qu'elles soient en lien avec l'objet du marché.

Sans même aller chercher, à ce stade, les motivations profondes de l'introduction d'une telle clause, en s'en tenant donc aux objectifs affichés, la question de savoir si l'obligation de recourir aux services d'interprètes relève des considérations relatives au domaine social et à l'emploi que le pouvoir adjudicateur peut prendre en compte au titre de l'article 38 précité ne nous paraît pas évidente.

Certes, à première vue, cette clause, présentée comme visant à permettre aux personnels appelés à participer à l'exécution des travaux de connaître leurs droits sociaux et de comprendre les ordres et les règles de sécurité en vigueur sur les chantiers, paraît pouvoir participer de "considérations relatives au domaine social et à l'emploi", formulation très générale qui recouvrirait alors tous les aspects relatifs à l'emploi des travailleurs appelés à participer aux travaux commandés.

Nous ne sommes cependant pas certain que cette disposition ouvre aux pouvoirs adjudicateurs la possibilité d'introduire dans leurs marchés publics des clauses qui relèvent davantage de la législation du travail que de la nature ou des caractéristiques particulières des prestations achetées.

Vous savez que la possibilité de prendre en compte, au titre des conditions d'exécution ou des critères d'attribution des marchés, de telles considérations sociales et environnementales a été sensiblement étendue par la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, dont l'ordonnance fait sur ce point comme sur beaucoup d'autres une transposition littérale, extension qui correspond à une évolution tant de la jurisprudence de la Cour de justice qui a admis que de telles considérations pouvaient être en lien avec l'objet du marché que de la volonté du législateur européen d'inscrire la commande publique au service "d'intérêts sociétaux communs" (point 2 du préambule de la directive).

La jurisprudence, de la cour de justice comme la votre, et l'exposé des motifs de la directive donnent quelques indications des considérations sociales et environnementales auxquelles font référence ces dispositions. S'agissant des considérations environnementales, la Cour de justice a ainsi admis qu'un pouvoir adjudicateur pouvait sélectionner l'attributaire d'un marché de services de transports urbains en fonction d'un critère relatif aux émissions polluantes des véhicules utilisés (CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, Rec. p. I-7213, § 59) ou celui d'un marché public de fourniture d'énergie en

fonction d'un critère tenant à la source renouvelable de l'électricité fournie (4 décembre 2003, *EVN et Wienstrom*, C-448/01, Rec. p. I-14527) ou encore exiger, dans un marché de distribution automatique de boissons, que les produits fournis proviennent du commerce équitable (10 mai 2012, *Commission européenne c/ Royaume des Pays-Bas*, aff. C-368/10, § 85). Le point 97 de l'exposé des motifs de la directive donne des exemples issus de ces jurisprudences mais évoque aussi la possibilité d'exiger des produits fabriqués sans substances toxiques, en utilisant des machines économes en énergie, ou la minimisation des déchets ou l'utilisation efficace des ressources au cours de l'exécution du marché.

S'agissant des considérations sociales, le point 99 de l'exposé des motifs de la directive indique que, par exemple, "ces critères ou conditions pourraient porter, entre autres choses, sur l'emploi de chômeurs de longue durée, la mise en oeuvre de mesures de formation pour les chômeurs ou les jeunes au cours de l'exécution du marché à attribuer. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir dans les spécifications techniques des exigences sociales caractérisant directement le produit ou service concerné, telles que l'accessibilité des personnes handicapées ou la conception destinée à tous les utilisateurs." Vous avez ainsi admis que l'emploi de personnes en difficulté d'intégration sur le marché du travail par le titulaire pouvait être un critère de sélection (25 mars 2013, *Dépt de l'Isère*, précitée).

Ces exemples donnent une idée de la place des considérations sociales ou environnementales dans la conception du marché : si elles n'influent pas directement sur la consistance des prestations, elles permettent au pouvoir adjudicateur de satisfaire, à travers la commande publique, des intérêts plus généraux qui lui tiennent à coeur. Ainsi, en matière sociale, la satisfaction des besoins en matière de services ou de travaux, qui reste le premier objectif de la commande publique, peut être aussi un moyen pour le pouvoir adjudicateur de contribuer à la politique de l'emploi en privilégiant les entreprises qui aident les personnes en difficultés à se former ou à trouver un emploi.

La clause d'interprétariat en litige ne nous paraît pas s'inscrire exactement dans cette logique. Certes, on pourrait soutenir que le pouvoir adjudicateur peut vouloir que les marchés qu'il passe soient exécutés avec un haut degré de protection des droits des travailleurs, de même qu'il peut vouloir privilégier des produits fabriqués avec la garantie que, par exemple, des enfants n'y ont pas été employés. Mais il nous semble exister une différence essentielle entre le souci de l'origine éthique ou équitable d'un produit et les modalités d'exécution d'un travail qui se déroule sur le territoire national, dans un contexte juridique qui garantit les droits des travailleurs.

Le lien avec l'objet du marché permet de faire la distinction entre ces deux cas de figure. La directive précise ainsi au point 97 de l'exposé de ses motifs que "la condition de l'existence d'un lien avec l'objet du marché exclut les critères et conditions relatifs à la politique générale de l'entreprise, qui ne peuvent être considérés comme un élément caractérisant le processus spécifique de production ou de fourniture des travaux, produits ou services achetés. Les pouvoirs adjudicateurs ne devraient dès lors pas être autorisés à exiger des soumissionnaires qu'ils aient mis en place une politique particulière de responsabilité sociale ou environnementale de l'entreprise." Quelques lignes plus loin et dans le but d'éviter tout risque de discrimination, la directive précise que "les exigences concernant les conditions de travail de base réglementées par la directive 96/71/CE, telles que les taux minimaux de

rémunération, devraient demeurer au niveau établi par le droit national ou par des conventions collectives appliqués conformément au droit de l'Union dans le cadre de ladite directive."¹

Il nous semble résulter de ce qui précède que la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de prendre en compte des considérations sociales dans la définition de leurs besoins n'a pas pour objet de les autoriser à imposer des conditions d'exécution qui relèvent de la législation générale du travail. Par leur généralité, de telles conditions ne peuvent satisfaire à l'exigence de lien avec l'objet du marché, puisqu'elles sont susceptibles de s'appliquer également à n'importe quel marché, et comportent un risque élevé de discrimination et d'arbitraire, puisque leur application pourra varier selon les pouvoirs adjudicateurs et selon les marchés, sans aucune garantie de cohérence, ce dont la clause litigieuse fournit, comme nous allons le voir dans un instant, un exemple.

L'information des travailleurs sur leurs droits et les règles de sécurité sur les chantiers relève de la réglementation générale du travail et de la responsabilité des employeurs. Le code du travail comporte un grand nombre de dispositions imposant à l'employeur de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Elles forment la quatrième partie du code. Ces mesures, qui, aux termes du premier l'article L. 4121-1, comprennent des actions de prévention des risques professionnels, des actions d'information et de formation et la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés, s'imposent à tous les employeurs dans tous leurs contrats. Elles sont applicables aux travailleurs détachés en vertu du 9° de l'article L. 1264-4 du code du travail. A ce titre, les employeurs doivent s'assurer que leurs employés connaissent leurs droits et comprennent les ordres qui leur sont donnés sur le chantier. Ces règles ne s'imposent en revanche pas aux maîtres d'ouvrages.

Il est vrai que certaines dispositions du code du travail s'adressent plus précisément à ces derniers. Ainsi, « *les principes généraux de prévention énoncés aux 1° à 3° et 5° à 8° de l'article L. 4121-2* » doivent, en application de l'article L. 4531-1 du code du travail, être mis en œuvre « *pendant la phase de conception, d'étude et d'élaboration du projet et pendant la réalisation de l'ouvrage* » par « *le maître d'ouvrage, le maître d'œuvre et le coordonnateur en matière de sécurité et de protection de la santé* » « *afin d'assurer la sécurité et de protéger la santé des personnes qui interviennent sur un chantier de bâtiment ou de génie civil* ». « *Ces principes sont pris en compte notamment lors des choix architecturaux et techniques ainsi que dans l'organisation des opérations de chantier (...)* ».

Ces dispositions ont été prises pour la transposition de la directive 92/57/CEE du Conseil du 24 juin 1992 concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé à

¹ De même la Commission européenne, dans sa communication interprétative du 15 octobre 2001 sur le rôle des aspects sociaux dans la passation des marchés publics (COM/2001/0566/Final), qui a certes été prise à une époque où ces considérations n'étaient pas inscrites dans la législation européenne avec la même force qu'aujourd'hui, mais qui conserve à notre avis un intérêt pour l'appréciation de la notion de lien avec l'objet du marché, distingue t-elle deux catégories de spécifications techniques sociales : celles qui intègrent la réglementation en matière sociale, en introduisant dans le cahier des charges des prescriptions techniques propres à assurer, pour un marché particulier, la sécurité et la santé des travailleurs et celles qui serviront à caractériser objectivement un produit ou une prestation et qui seront donc en rapport avec l'objet du marché (modes de fabrication du produit ; adaptation d'un produit ou d'un service à certains usagers handicapés, par exemple, etc). Y compris dans le premier cas, les spécifications techniques rappelées doivent être en rapport avec l'objet particulier du marché.

mettre en œuvre sur les chantiers temporaires ou mobiles, qui comportent des risques particuliers d'accidents du travail. Leur portée nous semble surtout d'imposer au maître d'ouvrage de tenir compte de ces risques dans l'adoption des choix architecturaux et techniques et de prévoir l'intervention d'un coordonnateur en matière de sécurité et de protection de la santé pour vérifier, au cours de l'exécution des chantiers, que la sécurité et la santé des travailleurs est assurée.

En tout état de cause, ces dispositions, qui ne concernent que la prévention des accidents du travail, ne permettraient certainement pas d'imposer un interprète pour informer les employés sur leurs droits sociaux (article 8.4.1 du CCAP).

Enfin, les obligations de maître d'ouvrage ou du donneur d'ordres, fixées à l'article L. 8281-1 du code du travail, ne sont pas des obligations de faire mais d'enjoindre au sous-traitant de faire cesser sans délai une infraction à la législation du travail dont il aurait eu connaissance par un agent de contrôle. Ces dispositions n'imposent donc pas aux maîtres d'ouvrage de prévoir dans leurs marchés les modalités de l'accomplissement par les employeurs de leurs obligations en matière de sécurité et de santé de leurs employés.

Autoriser chaque pouvoir adjudicateur à imposer des obligations particulières en la matière, qui ne seraient pas liées aux spécificités de l'objet du marché, nous paraît en dernier lieu comporter un risque élevé de soumettre à l'arbitraire des pouvoirs adjudicateurs, dont les intentions ne seront pas toujours aussi louables qu'elles en ont l'air, des entreprises qui respectent par ailleurs la législation du travail. La base commune de la réglementation du travail qui s'applique à tous et le fait qu'il ne soit possible d'imposer des contraintes supplémentaires que lorsqu'elles sont nécessaires au regard de l'objet particulier du marché constituent des garanties de l'égal accès la commande publique. L'arrêt *RegioPost* du 17 novembre 2015 de la CJUE (aff C-115/14) nous paraît aller dans ce sens : la cour a admis qu'une législation régionale d'un Etat membre pouvait imposer aux soumissionnaires à un marché public et à ses sous-traitants de s'engager à verser au personnel qui sera appelé à exécuter les prestations un salaire minimal fixé par cette législation. Elle a relevé qu'une telle obligation faisait partie du niveau de protection minimale que l'Etat d'accueil peut garantir aux travailleurs détachés (en application des dispositions de la directive 96/71 relative aux travailleurs détachés) et qu'aucune autre réglementation nationale n'imposait de salaire minimal d'un niveau inférieur (§ 76). Cette analyse doit être rapprochée, comme le fait la Cour, de l'arrêt *Rüffert* du 3 avril 2008 (C-346/06) par lequel elle avait jugé qu'une réglementation qui imposait aux pouvoirs adjudicateurs de n'attribuer les marchés qu'aux entreprises s'engageant par écrit à verser à leurs salariés une rémunération correspondant au minimum à celle prévue par la convention collective applicable au lieu d'exécution du contrat méconnaissait la liberté de prestation de services : la cour souligne que dans cette affaire, contrairement au cas de l'affaire *RegioPost*, la convention collective n'était pas d'application générale car elle ne s'appliquait qu'au secteur de la construction et ne couvrait pas les marchés privés et que le taux fixé par cette convention excédait le taux de salaire minimal applicable au secteur (pt 74).

Il nous semble résulter de ces décisions que, en présence d'une réglementation nationale fixant un salaire minimum, il serait impossible à une région de le faire et, a fortiori, à un pouvoir adjudicateur dans le cadre d'un marché particulier. Cette solution rendue à propos d'une règle qui tend à garantir aux travailleurs un droit social d'un niveau supérieur à celui de la réglementation de base nous semble transposable aux exigences posées par la

clause litigieuse, qui visent également à donner aux travailleurs davantage de garanties que celles qu'ils tirent des obligations que la réglementation du travail met déjà la charge de tous les employeurs.

Nous avons donc de sérieux doutes quant à la possibilité même d'introduire une telle exigence au titre des conditions d'exécution du marché.

Mais à supposer même que l'on puisse franchir cette première condition de validité de la clause, la seconde, tenant à ce que la restriction d'accès à la commande publique qu'elle représente soit justifiée, c'est à dire qu'elle poursuive un motif impérieux d'intérêt général, qu'elle soit à même de le satisfaire et surtout qu'elle soit nécessaire pour ce faire, nous paraît constituer un obstacle encore plus difficile à surmonter.

Vous pourrez sans trop d'efforts admettre que la finalité affichée des mesures imposées par la clause litigieuse constitue un motif d'intérêt général, y compris impérieux : garantir aux travailleurs une information sur leurs droits ainsi que prévenir les risques d'accidents du travail sont certainement des motifs impérieux d'intérêt général. Les dispositions que nous avons citées montrent qu'ils sont considérés comme tels par les législateurs tant national qu'euro péen.

Comme le rappelle un avocat général devant la Cour de justice, « pour qu'une réglementation nationale soit conforme au principe de proportionnalité, il importe de vérifier non seulement si les moyens qu'elle met en œuvre sont propres à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi, mais également s'ils ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif »².

La première partie du raisonnement nous paraît également relativement aisée. La présence d'interprètes est en effet en moyen de lever l'obstacle de la langue pour l'accès des travailleurs non francophones à l'information sur leurs droits et pour l'intelligibilité des ordres et directives de chantier, lorsqu'elles sont émises dans une langue qu'ils ne comprennent pas.

La difficulté réside dans le caractère proportionné des moyens employés. Selon le même avocat général, cette seconde étape, parfois « dénommée «test de l'entrave minimale», implique de procéder à une comparaison entre la mesure nationale litigieuse et les solutions alternatives qui permettraient d'atteindre le même objectif que celui poursuivi par celle-ci, mais en apportant moins de restrictions aux échanges ». La jurisprudence de la Cour de justice sur la proportionnalité de telles mesures révèle un contrôle strict consistant à vérifier qu'elles sont à la fois raisonnables dans les charges qu'elles induisent pour ceux qui les supportent et qu'il n'existe pas de dispositifs moins contraignants pour atteindre l'objectif légitime visé. Ainsi, pour nous en tenir aux restrictions découlant d'exigences linguistiques, la cour a-t-elle considéré que l'obligation pour les entreprises étrangères de traduire dans la langue d'exécution du contrat de travail celui-ci ainsi que les documents y afférents, qui permettait de satisfaire des objectifs d'intérêt général liés à la protection sociale des travailleurs, était proportionnée car elle ne portait que sur quatre documents, d'une longueur raisonnable, constitués essentiellement de formules types et, qu'en l'état du droit positif, il n'existait aucune autre mesure moins contraignante permettant d'atteindre l'objectif visé (aff *Comm c/ Allemagne*, précitée, pt 76 et s.). Dans l'affaire précitée *RégioPost*, nous l'avons dit, la

² Y Le Bot, conclusions sur CJUE, 23 décembre 2015, *The scotch whisky cie*, aff. C-333/14, pt 72.

proportionnalité d'une réglementation imposant un salaire minimal n'a été admise que parce que la cour a relevé qu'aucune réglementation nationale n'imposait de salaire d'un niveau inférieur. La décision de la Cour du 1er octobre 2015, *Trijber* (aff C-340/14) est également intéressante car, si le contexte d'application de la mesure est différent de celui qui nous occupe, la mesure elle-même n'en est pas très éloignée. Etait en cause une réglementation néerlandaise subordonnant l'autorisation d'ouverture d'une maison de prostitution à la maîtrise d'une langue commune entre les travailleuses et le gérant de l'établissement. La Cour a estimé que cette obligation répondait à l'objectif d'intérêt général de surveillance des activités criminelles liées à la prostitution en permettant aux prostituées d'informer directement et de vive voix l'exploitant de tout élément de nature à établir l'existence d'une infraction, que celui-ci doit ensuite rapporter aux autorités de police. Elle a ensuite jugé que la mesure était proportionnée car elle n'imposait pas le recours à une langue déterminée mais à toute langue susceptible d'être comprise par les parties concernées, ni un degré élevé de connaissance linguistique, puisqu'elle se bornait à exiger que les parties puissent se comprendre (pt. 74-75). Cette appréciation n'était pas partagée par l'avocat général qui considérait que d'autres moyens de satisfaire l'objectif visé étaient envisageables, ce qui rendait la mesure excessive. Telle a en revanche et sans grande surprise été la position de la cour dans une autre affaire, à propos d'une réglementation belge imposant que les contrats de travail transfrontaliers conclus sur le territoire de la région Flandre soient rédigés exclusivement en néerlandais (CJCE, 16 avril 2013, *Anton Las*, aff. C-202/11).

La clause litigieuse comporte deux parties. La première, qui fait l'objet de l'article 8.4.1, oblige le titulaire à recourir à « interprète qualifié dans les langues concernées », « sur demande du coordonnateur en matière de sécurité et protection de la santé, du maître d'œuvre ou du maître d'ouvrage » « si les personnels présents sur le chantier... 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 proportionnalité de cette mesure nous semble discutable au moins à trois égards. Tout d'abord, le recours à un interprète qualifié ne nous paraît pas le moyen le moins contraignant de permettre aux personnels présents sur un chantier d'accéder à leurs droits dans une langue qu'ils comprennent. Ce moyen représente en lui-même une charge importante pour le titulaire : il devra prévoir autant d'interprètes qu'il y a de langues comprises par des non francophones sur le chantier, selon des modalités d'intervention qui ne sont pas précisées mais qui peuvent impliquer de fréquentes présences puisque tous les ouvriers n'interviennent pas ensemble. Un support écrit, en plusieurs langues, porté à la connaissance des intéressés par voie d'affiche, est envisageable.

C'est d'ailleurs ce que prévoit le code du travail dont l'article L. 1262-4-5 qui dispose que « *sur les chantiers de bâtiment ou de génie civil relevant de l'article L. 4532-10, 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 en application de l'article L. 1262-4. L'affiche est facilement accessible et traduite dans l'une des langues officielles parlées dans chacun des Etats d'appartenance des salariés détachés.* » Ces dispositions assurent la transposition de l'article 5 de la directive 2014/67/UE du 15 mai 2014 sur le travail détaché qui incite les Etats membres à assurer un meilleur accès à l'information des travailleurs détachés sur leurs droits. Plus généralement, et notamment pour les travailleurs non détachés, le code du travail prévoit la traduction du contrat de travail dans la langue du salarié, s'il le demande (art L. 1221-3) ainsi que celle du règlement intérieur de

l'entreprise et de tout document comportant des obligations pour le salarié ou dont la connaissance est nécessaire pour l'exécution de son travail (art L. 1321-6).

Ainsi, non seulement le recours à un interprète qualifié apparaît comme une mesure excessivement contraignante, mais elle s'ajoute à une obligation générale préexistante qui satisfait le même objectif. Or, comme nous l'avons vu à propos d'une réglementation imposant un salaire minimal, la proportionnalité de telles restrictions est conditionnée par le fait qu'elles représentent bien le socle minimum imposé à tous les opérateurs économiques.

Enfin, cette mesure nous paraît également excessive quant à son contenu : que faut-il entendre par « interprète qualifié » ? Cette qualification, dont l'indétermination est source d'insécurité juridique, est-elle vraiment nécessaire pour informer les intéressés de leurs droits ? Les droits qui devront être traduits sont également indéterminés : « la réglementation sociale en application du code du travail » représente un volume aussi important qu'imprécis de dispositions dont la traduction sera complexe.

La seconde, qui figure à l'article 8.4.2, impose au titulaire d'organiser une formation spécifique en matière de sécurité et de protection de la santé en présence d'un interprète pour les non francophones et de veiller à l'intervention d'un interprète qualifié dans les langues concernées « faute de maîtrise suffisante de la langue française par le personnel », afin de permettre aux personnels « de comprendre et d'échanger sur les directives orales et/ou écrites nécessaires à l'exécution des tâches ».

La charge que représente cette obligation est, s'agissant en particulier de son second volet, encore plus lourde que la précédente puisqu'elle implique une présence permanente d'interprètes dans toutes les langues des personnels non francophones pendant toute la durée de leur présence sur le chantier.

Sa nécessité nous paraît également discutable : tout d'abord, il existe là-encore des dispositions générales dans le code du travail poursuivant le même objectif de manière beaucoup plus proportionnée : l'article R 4141-2 dispose que *"L'employeur informe les travailleurs sur les risques pour leur santé et leur sécurité d'une manière compréhensible pour chacun. Cette information ainsi que la formation à la sécurité sont dispensées lors de l'embauche et chaque fois que nécessaire."* Le contenu de cette information, détaillé à l'article R. 4141-3-1 couvre l'ensemble des questions de santé et de sécurité au travail et l'article R. 4141-5 prévoit que la formation dispensée à ce sujet *"tient compte de la formation, de la qualification, de l'expérience professionnelles et de la langue, parlée ou lue, du travailleur appelé à en bénéficier"*. L'obligation de formation prévue par la clause litigieuse est, au mieux, redondante. De manière plus générale, l'obligation faite à tout employeur de veiller à la sécurité sur les chantiers implique qu'il s'assure de la communication des directives de service entre ses employés. Ces dispositions transposent l'article 11 de la directive précitée du 24 juin 1992 qui impose aux Etats membres, et non directement aux employeurs, de prendre des mesures afin que *"les travailleurs et/ou leurs représentants [soient] informés de toutes les mesures à prendre en ce qui concerne leur sécurité et leur santé sur le chantier. / 2. Les informations doivent être compréhensibles pour les travailleurs concernés."*

Ensuite, la maîtrise de la langue française est-elle indispensable pour assurer l'intelligibilité des directives orales proférées sur un chantier ? S'il nous semble nécessaire que ces directives soient comprises de tous, cet objectif peut être atteint autrement que par une

maîtrise suffisante du français par tous les participants. D'une part, elles peuvent être proférées dans une autre langue comprise par tous ou du moins, puisque la clause évoque notamment la coactivité, par les personnels exécutant la tâche commune. D'autre part, elles peuvent être communiquées par gestes, ou au moyen d'un vocabulaire commun très réduit, éventuellement transmises par un autre membre du personnel parlant une langue commune et comprenant le français, sans que la présence d'interprètes qualifiés dans toutes les langues soit nécessaire, voire même opportun. Qu'on se figure seulement des interprètes parcourant en tous sens les chantiers et leurs échafaudages pour porter à l'oreille des différents ouvriers des ordres qui seront beaucoup plus sûrement et rapidement transmis de l'un à l'autre, sans mettre en danger la propre sécurité des interprètes qui ne sont pas formés pour intervenir dans ce genre de contexte.

Nous pensons donc que si le marché public pouvait par exemple prévoir que le titulaire s'engage à ce que les directives de chantier soient comprises de tous les personnels intervenant pour l'exécution du marché, ce qui n'aurait été que la reprise d'une obligation générale résultant de la réglementation du travail applicable à tous, il ne pouvait imposer la présence permanente d'interprètes.

D'autant que, comme pour l'obligation précédente, les modalités d'exécution de cette obligation ne sont pas précisées, tant en ce qui concerne l'exigence de qualification de l'interprète qu'en ce qui concerne le niveau de maîtrise du français en-deçà duquel l'obligation s'applique ou les tâches risquées pour la réalisation desquelles cette obligation s'impose, dont il est seulement indiqué qu'elles sont signalées comme telles par « le coordonnateur en matière de sécurité et de protection de la santé, le maître d'œuvre ou le maître d'ouvrage ».

Les obligations imposées par ces clauses nous semblent enfin poser un certain nombre de problèmes communs.

Tout d'abord, leur imprécision sur plusieurs éléments constitutifs confère à la personne publique cocontractante un pouvoir discrétionnaire quant à l'appréciation de leur respect, qui comporte un risque de traitement arbitraire et, partant, discriminatoire, des titulaires : la première est ainsi subordonnée à une demande du maître d'ouvrage, qui pourra donc décider de l'imposer à tel ou tel titulaire, dans telle ou telle circonstance, sans aucune cohérence. Toutes mettent le titulaire sous la menace permanente d'un contrôle du maître d'ouvrage à qui il suffira de constater qu'à tel moment, sur un chantier, un ouvrier ne maîtrisait pas suffisamment le français et n'avait pas un interprète qualifié à ses côtés et de répéter ce constat pour justifier de la résiliation du marché. Même si cela ne se produit pas, la simple possibilité de telles mesures fait peser sur le titulaire une insécurité juridique qui, en elle-même, représente une restriction excessive à la libre prestation de services.

Ce problème rejoint celui que nous évoquions à propos du lien de ces clauses avec l'objet du marché : dès lors qu'elles visent à imposer des obligations générales au nom d'objectifs applicables à tous les marchés de travaux, le fait de permettre à tel ou tel pouvoir adjudicateur de les insérer dans certains de ses marchés nous semble constituer une source de différence de traitement entre les opérateurs économiques que rien, dans l'objet particulier du marché, ne justifie. Pour le dire plus brutalement, de telles mesures générales qui ajoutent des garanties supplémentaires à une réglementation de base existante ont leur place dans cette

réglementation du travail et non dans les conditions d'exécution d'un marché dont l'objet ne justifie pas spécialement de telles garanties.

Il nous semble en dernier lieu difficile d'analyser ces restrictions en faisant complètement abstraction du contexte de leur édicition. Plusieurs arrêts de la Cour de justice montrent qu'elle ne s'en tient pas à l'objectif d'intérêt général affichés mais recherche « si elle répond véritablement au souci de l'atteindre d'une manière cohérente et systématique » (CJCE, 10 mars 2009, *Hartlauer*, aff. C-169/07, pt 55 ; CJUE, 30 avril 2014, aff. C-390/12 ; CJUE, 22 octobre 2014, aff. C-344/13), en particulier lorsque, comme nous l'avons vu, la proportionnalité de la mesure ne s'impose pas avec évidence. La cour n'hésite pas, dans ces circonstances, à rechercher quel est l'objectif réellement poursuivi par l'autorité nationale.

Or, en l'espèce, les différents problèmes que posent ces clauses doivent être rapprochés du contexte de leur intervention et notamment de la délibération des 14-16 décembre 2016 que nous avons citée au début de nos conclusions par laquelle le conseil régional affirme clairement l'intention de la Région Pays-de-la-Loire d'utiliser cette obligation d'interprétariat pour lutter contre le travail détaché, c'est-à-dire pour faire échec à l'application d'une législation européenne destinée à assurer la libre prestation de services sur le marché intérieur. Cette délibération réaffirme une volonté déjà exprimée par la même assemblée quelques mois plus tôt (14-15 avril 2016) en approuvant un rapport qui prévoit pour "soutenir les entreprises, particulièrement les tissus des TPE/PME" et afin de lutter contre le « recours abusif au travail détaché » d'insérer dans certains marchés publics de la région une clause qui « obligera le titulaire du marché public à prendre à sa charge des prestations d'interprétariat ». Certes, après que le préfet de région eut demandé à la collectivité de retirer cette clause en raison de son illicéité, le conseil régional a réaffirmé sa volonté de la maintenir en insistant sur les objectifs de protection des droits sociaux des travailleurs. Mais ce soudain revirement ne nous paraît pas de nature à effacer l'impression d'instrumentalisation qui entache les finalités affichées des stipulations litigieuses et renforce le doute que nous avons de leur validité.

L'ensemble des considérations qui précèdent nous conduisent à penser qu'aucune des obligations imposées par les stipulations litigieuses ne présente un caractère proportionné à l'objectif d'intérêt général qu'elles prétendent poursuivre : non seulement elles sont très contraignantes et des mesures moins contraignantes poursuivant les mêmes fins existent déjà dans la réglementation nationale, qui s'appliquent de manière non discriminatoire à l'ensemble des employeurs, mais elles livrent, par l'imprécision de leur contenu et les conséquences qu'elles sont susceptibles de produire, le titulaire à un pouvoir excessivement discrétionnaire voire arbitraire du maître d'ouvrage. Elles sont donc de nature à dissuader les entreprises employant légalement des personnels non francophones et respectant par ailleurs le droit du travail de concourir, ce qui représente une méconnaissance des principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats.

En jugeant le contraire, l'auteur de l'ordonnance attaquée nous paraît avoir commis une erreur de droit. Nous vous proposons donc d'annuler son ordonnance et, réglant l'affaire au fond, d'annuler la procédure engagée par la région Pays-de-la-Loire en vue de la passation du marché public de travaux du lycée Ambroise Paré à Laval.

Tel est le sens de nos conclusions.