



HAL
open science

Clause Molière, Acte II. Le coup de théâtre du TA de Nantes. Note ss TA Nantes, 7 juill. 2017, Préfète de la Région Pays de la Loire.

Loïc Robert

► **To cite this version:**

Loïc Robert. Clause Molière, Acte II. Le coup de théâtre du TA de Nantes. Note ss TA Nantes, 7 juill. 2017, Préfète de la Région Pays de la Loire.. La Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales, 2017, p. 2218. hal-04047122

HAL Id: hal-04047122

<https://univ-lyon3.hal.science/hal-04047122>

Submitted on 14 Apr 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Clause Molière, Acte II : le coup de théâtre du Tribunal administratif de Nantes

Loïc ROBERT, MCF en droit public

Lyon III – EDIEC-CEE

Résumé :

Note sous TA Nantes, 7 juillet 2017, n° 1704447, *Préfète de la Région Pays de la Loire*.

Saisi par la Préfète de la Région Pays de la Loire, le juge des référés précontractuels du Tribunal administratif de Nantes a statué pour la première fois, dans son ordonnance du 7 juillet 2017, sur la désormais célèbre « Clause Molière ». Le juge nantais valide la clause insérée dans un marché public de travaux par la Région Pays de la Loire au terme d'un raisonnement critiquable. En effet, le droit de l'Union européenne, pourtant central dans cette affaire, est laissé de côté. En outre, le raisonnement relatif à l'absence de discrimination est empreint de lacunes et de confusions.

L'œuvre de Molière est faite de rebondissements inattendus, de coups de théâtre qui ravivent et captivent l'attention du spectateur. C'est peut-être ce qu'avait à l'esprit le juge des référés du Tribunal administratif de Nantes au moment de rendre son ordonnance le 7 juillet 2017 ; il s'en faudrait toutefois de beaucoup, à la lecture de la présente ordonnance, pour qu'on l'affuble des habits du *deus ex machina*...

La Région Pays de la Loire avait lancé en avril 2017 un appel public à concurrence en vue de l'attribution d'un marché public de travaux. Le cahier des clauses administratives particulières (ci-après « CCAP ») contenait une clause dite « d'interprétariat » imposant la présence d'un interprète afin de garantir la protection sociale des travailleurs d'une part, leur sécurité d'autre part, dans l'hypothèse où ces derniers ne maîtriseraient pas la langue française. Ces stipulations étaient assorties d'une clause de non-respect.

La présence de ces clauses a conduit la Préfète de la Région Pays de la Loire à saisir le Tribunal administratif de Nantes dans le cadre d'un référé précontractuel conformément à l'instruction ministérielle du 27 avril 2017 par laquelle le Gouvernement a considéré de clauses « Molière » illégales et demandé aux Préfets de les traiter comme telles¹. Pour la Préfète, la présence d'une clause d'interprétariat dans le CCAP portait atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Les arguments développés tenaient en trois points. En premier lieu, l'introduction d'une telle clause serait contraire au « droit commun de la commande publique »² et, plus particulièrement, aux principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité entre les candidats. En deuxième lieu, la clause porterait une atteinte disproportionnée à la libre circulation des travailleurs ainsi qu'à la libre prestation de services, protégées par les articles 45 et 56 TFUE. En troisième et dernier lieu, la clause constituerait un détournement de procédure en ce qu'elle

¹ Instruction ministérielle 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.

² CC, 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit ; *AJDA*, 2003, p. 2348, note É. FATOME et L. RICHER, p. 1353, note J.-D. DREYFUS, p. 1404, note É. FATOME, p. 1391, note J.-É. SCHOETTL, p. 1652, note P. GONOD ; *Dr. adm.* 2003, comm. 191, note A. MENEMENIS ; *JCP A*, 2003, n° 1890, note F. LINDITCH ; *RDP*, 2003, p. 1163, note F. LICHERE.

viserait à contrôler, en dehors du régime légal mis en place par le Code du travail, les conditions du recours au travail détaché.

Pour la première fois, un Tribunal était donc saisi de la fameuse clause « Molière » ou, plus exactement, d'un ersatz de celle-ci. La clause originale insérée dans un marché public de la Ville d'Angoulême³, prévoyait l'obligation pour les salariés présents sur les chantiers de parler et comprendre le français et, à défaut, l'obligation pour l'entreprise de s'adjoindre les services d'un interprète. La clause de la Région Pays de la Loire renverse pour sa part la clause Molière « classique » : elle oblige les entreprises à s'adjoindre les services d'un interprète, sauf dans l'hypothèse où celles-ci parviennent à démontrer que tous leurs salariés parlent et comprennent le français. Si cette différence de formulation nous paraît sans conséquence sur la validité de la clause litigieuse, elle témoigne néanmoins de l'effort rédactionnel manifesté par les collectivités ayant opté pour la clause Molière afin d'éviter une censure du juge administratif.

Force est de constater en tout cas que les précautions rédactionnelles employées par la Région Pays de la Loire auront su convaincre le Tribunal administratif de Nantes qui, dans son ordonnance du 7 juillet 2017, a rejeté le recours de la Préfète aux motifs que les clauses litigieuses ne constituaient pas une discrimination, le moyen relatif au détournement de procédure étant par ailleurs inopérant. On laissera de côté ce dernier point, spécifique à l'office du juge des référés précontractuels, et sur lequel on peut sans doute souscrire à l'analyse du Tribunal. On se focalisera donc sur le reste d'une décision que l'on qualifiera de sommaire – certains diraient « lapidaire »⁴ – est assez surprenante.

L'affaire semblait pourtant entendue : dans le premier acte de la pièce, la doctrine⁵, le Gouvernement⁶ ou encore la Commissaire européenne à l'emploi⁷ avaient unanimement considéré que la clause dite « Molière », visant à imposer l'usage du français sur les chantiers, méconnaissaient les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité entre les candidats, ainsi que les règles relatives aux libertés de circulation. À la suite de la publication de l'instruction ministérielle, on avait ainsi pronostiqué l'épilogue⁸ ou encore la tombée de rideau⁹ sur cette clause. C'était donc sans compter sur le Tribunal administratif de Nantes, qui offre ainsi un rebondissement inattendu à la plus grande joie des promoteurs de la clause, lesquels se sont immédiatement félicités du « *bon sens* »¹⁰ de la justice administrative.

³ S. D'AUZON, « Marchés publics : imposer l'usage du français sur le chantier, une pratique "borderline" », *Le Moniteur*, 17 mars 2016.

⁴ N. KHALID, « Clause Molière : un juge nantais donne sa bénédiction », *Le Moniteur*, 11 juillet 2017.

⁵ L. ROBERT, « Molière, les marchés publics et le travailleur détaché », *JCP A* 2017, n° 6, pp. 14-18 ; A. MANGIAVILLANO, « La clause Molière, une tartufferie ? », *D.* 2017, n° 17, p. 968 ; W. SALAMAND, « Clause Molière : un remède imaginaire », *Le Moniteur*, 28 mars 2017. Voir néanmoins *contra* : P. LIGNIERES, « "Clause Molière" : le juriste peut-il se contenter d'être un censeur ? », *Dr. adm.* 2017, n° 4, Repère 4.

⁶ Instruction ministérielle du 27 avril 2017, préc.

⁷ M. LORNAZZI, « Clause Molière : "C'est une discrimination", accuse la commissaire européenne à l'emploi », *Le Parisien*, 19 mars 2017

⁸ « Travailleurs détachés et obligations du maître d'ouvrage : vers l'épilogue de la clause "Molière" ? », *Revue Lamy de la concurrence*, 2017, n° 63, p. 13.

⁹ « Le rideau tombe sur la clause "Molière" ! », *Revue Lamy de la concurrence* 2017, n° 62, p. 13.

¹⁰ Communiqué de presse de Bruno Retailleau, 10 juillet 2017.

D'un point de vue strictement juridique, la décision rendue par le juge nantais apparaît toutefois contestable, en raison principalement des multiples carences dont il fait preuve dans l'examen du recours préfectoral. C'est d'ailleurs moins la conclusion à laquelle le Tribunal parvient que la manière d'y parvenir et les lacunes entachant son raisonnement qui posent problème. On ne peut tout d'abord qu'être surpris par l'absence de l'un des protagonistes de l'affaire, à savoir le droit de l'Union européenne, dont le juge ne dit mot (I). En outre, le caractère confus et lacunaire de l'analyse relative à l'existence d'une discrimination ne permet pas d'éclairer véritablement la question de la légalité des clauses linguistiques (II).

I – Un grand absent : le droit de l'Union européenne

Le droit de l'Union européenne est incontestablement l'un des protagonistes de la pièce dans laquelle s'inscrit la clause Molière. dont l'existence, pour ses promoteurs, serait justifiée par le dumping social généré par la directive 96/71/CE¹¹ sur les travailleurs détachés. Elle prend par ailleurs place au sein de contrats de marchés publics, régis par la directive 2014/24/UE¹². C'est donc avec une certaine surprise que l'on constate qu'aucune référence au droit de l'Union n'est présente dans la décision rendue (A). Plus problématique encore, le moyen relatif aux libertés de circulation est resté sans réponse (B).

A – L'absence de toute référence au droit de l'Union

Hormis dans les arguments des requérants, aucune mention n'est faite du droit de l'Union européenne qu'il s'agisse du droit primaire, du droit dérivé ou encore de la jurisprudence de la Cour de justice. L'analyse des visas de la décision est sur ce point tout à fait éclairante : aucune mention n'est faite ni de la directive 2014/24/UE, ni du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, pourtant invoqué en substance par la Préfète à travers le moyen relatif aux libertés de circulation.

Certes, la directive n'est pas applicable en tant que telle, dès lors qu'elle a été transposée par l'ordonnance du 23 juillet 2015¹³. Il faut cependant rappeler que le juge national est tenu à une obligation d'interprétation conforme des dispositions de droit national au regard du droit de l'Union¹⁴, ce qui aurait dû inciter le juge à se référer au texte européen. Il n'est d'ailleurs pas rare de voir le juge administratif viser tout à la fois une directive et sa mesure de transposition¹⁵. En l'espèce, cela aurait peut-être conduit le Tribunal à garder en tête que si les conditions d'exécution des marchés publics peuvent prendre en compte des exigences sociales, celles-ci doivent « être appliquées conformément à la directive 96/71/CE [...] 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

¹¹ Dir. du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JOCE n° L 18 du 21 janvier 1997, p. 1.

¹² Dir. 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, JOUE n° L 94, 28 mars 2014, p. 65.

¹³ Ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF n° 169 du 24 juillet 2015 p. 12602.

¹⁴ CJCE, 10 avril 1984, aff. 14/83, *Von Colson et Kamann*, point 28. Pour une application récente du principe, voir CE, 27 juin 2016, n° 399024, *AFEP et autres* ; AJDA 2016, p. 2444, note V. BARBE

¹⁵ Voir par exemple, pour le juge des référés précontractuels : CE, 2 juin 2009, n° 311798, *Commune de Saint-Germain-en-Laye*, JCP A 2010, n° 6, p. 29, note X. BIGAS.

États membres»¹⁶. Autant dire que la consécration du « critère social » en droit de la commande publique n'a donc jamais impliqué la mise à l'écart du principe de non-discrimination de l'article 18 TFUE.

La jurisprudence de la Cour de justice est également absente de la décision commentée. Pourtant il arrive au juge des référés précontractuels de la viser¹⁷ et il aurait sans doute été pertinent en l'espèce de se référer, à l'instar de l'instruction ministérielle du 27 avril 2017, à la manière dont celle-ci envisage - de manière fort convaincante - les discriminations indirectes dans le cadre des procédures de passation des marchés publics¹⁸.

En définitive, on ne peut donc que regretter que le juge nantais n'ait pas envisagé la question posée à travers le prisme du droit de l'Union européenne, dont on rappelle s'il en était besoin qu'il régit intégralement le droit de la commande publique.

B – L'absence de réponse au moyen relatif aux libertés de circulation

À cette absence de toute mention explicite du droit de l'Union, s'ajoute le silence du juge des référés quant à une éventuelle entrave aux libertés de circulation. Le moyen avait pourtant bien été soulevé par la Préfète, qui estimait dans ses écritures qu'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, [la clause litigieuse est] disproportionnée et contraire tant à la libre circulation des travailleurs qu'à la libre prestation de services* ». Pourtant, le Tribunal ne dit pas un mot du droit du marché intérieur. Ce silence est tout à fait contestable pour deux raisons.

1. La méconnaissance de l'exigence de motivation

En premier lieu, il méconnaît l'exigence de motivation des décisions de justice, qui constitue l'une des garanties fondamentales du procès équitable de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁹. Cette exigence s'applique bien évidemment, et depuis bien longtemps²⁰, au procès administratif en application de l'article L. 9 du Code de justice administrative. Or, l'obligation de motivation implique en principe pour le juge de répondre à l'ensemble des moyens soulevés par les parties. Si la motivation peut être sommaire²¹, il n'en demeure pas moins que l'absence de toute référence au moyen soulevé par la Préfète en l'espèce devrait logiquement être censuré par le Conseil d'Etat s'il devait être saisi. Ce dernier considère de jurisprudence constante que l'absence de réponse explicite à un moyen de l'une des parties constitue un défaut de motivation justifiant l'annulation²².

¹⁶ Dir. 2014/24/UE, préc., considérant n° 37.

¹⁷ CE, 6 avril 2007, n° 298584, *Département de l'Isère, Dr. Adm.* 2007, n°8-9, comm. 113, note A. MENEMENIS ; *BJCP*, 2007, n° 53, p. 293, concl. N. BOULOUIS.

¹⁸ CJCE, 3 juin 1992, aff. C-360/89, *Commission c/ Rép. Italienne*.

¹⁹ Voir notamment Cour EDH, 19 février 1998, *Higgins et autres c. France*, req. n° 20124/92. Le Conseil d'Etat rattache également l'obligation de motivation au droit au procès équitable. Voir CE, 14 décembre 1992, n° 130261, *Lanson*.

²⁰ Le Conseil d'Etat imposait dès 1818 aux Conseils de Préfecture de motiver leurs décisions : CE, 12 décembre 1818, *Fouquet*, S., t. 1, p. 234. Sur la question, voir notamment T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *RDP* 1955, pp. 5-51.

²¹ CEDH 19 avril 1994, *Van de Hurk c. Pays-Bas*, req. n°16034/90

²² Pour un exemple dans le cadre d'un référé précontractuel, voir notamment CE, 31 mars 2010, n° 333970, *Syndicat mixte de la région d'Auray-Belz-Quiberon, Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 209, F. LLORENS.

Il existe certes des exceptions bien connues à l'obligation de motivation devant les juridictions administratives²³. En particulier, le juge administratif peut rejeter de manière implicite les moyens inopérants²⁴. Cependant, cette faculté s'avère tout d'abord assez critiquable²⁵. On observera ensuite que dans son ordonnance, le juge des référés a bel et bien motivé le rejet d'un moyen inopérant, si bien qu'en admettant même que celui relatif aux libertés de circulation le soit, on peine à comprendre pourquoi il n'a pas eu l'honneur d'être rejeté de manière explicite. Enfin et surtout, le moyen en question ne saurait de toute évidence être considéré comme inopérant. On peine ainsi à comprendre les raisons qui ont conduit le juge à statuer *infra petita*, ni l'office du juge des référés, ni le principe de l'économie de moyens ne pouvant expliquer un tel silence.

2. Une entrave non contrôlée

En second lieu, il a déjà été démontré que les clauses linguistiques constituent nécessairement des entraves à la libre prestation de service ainsi qu'à la liberté de circulation des travailleurs²⁶. Or, s'il n'est pas contesté que la protection des salariés constitue une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une atteinte à ces libertés, il est plus que douteux, à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice, que de telles clauses soient proportionnées²⁷.

Certes, les précautions rédactionnelles de la clause visée en l'espèce doivent être prises en considération. D'une part, à la différence de la clause angoumoisine, la clause litigieuse ne prévoit pas que l'interprète devra être assermenté auprès des tribunaux ; d'autre part, s'agissant du volet sécurité en tout cas, la présence d'un interprète ne semble pas devoir être continue sur toute la durée du chantier²⁸. Ces éléments doivent bien entendu être pris en compte dans le cadre du contrôle de proportionnalité, même s'il nous paraît douteux qu'ils suffisent à valider la clause litigieuse au regard du droit du marché intérieur.

Cela étant, en ne répondant pas au moyen fondé sur le droit du marché intérieur, le juge des référés n'a nécessairement pas pu s'interroger sur le nécessité de l'entrave, en procédant au test de l'entrave minimale²⁹ ou « *d'interchangeabilité* »³⁰. Cette absence de réponse à un moyen pourtant sérieux se double par ailleurs d'une réponse confuse et lacunaire quant à l'existence d'une discrimination.

II – L'absence de discrimination : un raisonnement confus, une motivation lacunaire

Pour oser la métaphore théâtrale, on dira que le TA de Nantes aurait gagné à se montrer plus généreux en didascalies. Le raisonnement poursuivi se révèle en effet difficile à saisir, d'une part

²³ Pour un état des lieux exhaustif, voir notamment J.-M. SOREL, « La motivation des décisions du juge administratif français », in S. CAUDAL (dir.), *La motivation en droit public*, Dalloz, 2013, pp. 213-230, spec. pp. 216 s.

²⁴ Voir notamment CE, 17 décembre 2008, n°316411, *Zanzi*.

²⁵ J.-M. SOREL, « La motivation des décisions du juge administratif français », préc., p. 217.

²⁶ L. ROBERT, « Molière, les marchés publics et le travailleur détaché », préc. ; W. SALAMAND, « Clause Molière : un remède imaginaire », préc.

²⁷ Voir notamment, CJUE, 1^{er} octobre 2015, aff. C-340/14 et C-341/14, *Trijber*, point 74

²⁸ Cette présence n'est en effet requise qu'au cours d'une « *formation spécifique* » portant uniquement sur « *la réalisation de tâches [...] présentant un risque pour la sécurité des personnes et des biens, notamment en cas de coactivité* ».

²⁹ Pour une présentation du test, voir les conclusions de l'Avocat Général Y. BOT sous CJUE, 23 décembre 2015, aff. C-333/14, *The Scotch Whisky Association et autres*, point 75.

³⁰ M. FALLON, « Le détachement européen des travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictualistes », *Revue critique de droit international privé* 2008, pp. 781-818, spéc. p. 788.

en raison de certaines confusions (A), d'autre part du fait du caractère lacunaire de la motivation (B).

A – Un raisonnement empreint de confusions

Deux confusions entachent le raisonnement tenu par le Tribunal. En premier lieu, celui-ci ne semble pas distinguer clairement les notions de discriminations directes et indirectes. En second lieu, il assimile de façon contestable les deux objectifs distincts poursuivis par les clauses litigieuses.

1. Un raisonnement confus sur l'existence d'une discrimination

Le raisonnement suivi relatif à l'existence d'une discrimination manque sans doute de clarté, en particulier du fait de la confusion entre les notions de discriminations directes et indirectes. Ainsi, le Tribunal estime dans son ordonnance « *que si [les clauses litigieuses] 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* ». Le juge procède ensuite à un contrôle – succinct – de proportionnalité.

Il y a là une importante confusion. Si l'application systématique des clauses à toutes les entreprises, indépendamment de la nationalité des travailleurs, permet d'exclure toute discrimination directe, elle ne peut en aucun cas permettre d'acter l'inexistence d'une discrimination indirecte. On rappelle en effet que le propre d'une discrimination indirecte est de reposer sur une mesure neutre, mais qui, dans les faits, va pénaliser un groupe de personnes déterminé³¹. En outre, la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité n'a en de sens que dans l'hypothèse d'une discrimination indirecte, une discrimination directe fondée sur la nationalité ne pouvant, en principe, jamais être justifiée³².

Il aurait ainsi été tout à fait bienvenu que le juge des référés distinguât les deux types de discriminations. Il aurait ainsi pu exclure d'emblée toute discrimination directe en raison de la neutralité apparente de la clause. Dans un second temps, le juge aurait pu contrôler si cette clause n'avait pas pour effet – et non pour objet – de pénaliser les entreprises étrangères européennes. En cas de réponse affirmative, il aurait alors pu procéder à un contrôle de proportionnalité spécifique.

2. L'assimilation critiquable de deux objectifs distincts

Pour valider la clause introduite par la Région, le juge des référés considère dans un premier temps que les objectifs poursuivis s'inscrivent dans le champ d'application de l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, qui prévoit 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* ». A l'évidence, il était donc possible pour le pouvoir adjudicateur de prévoir des

³¹ Sur la notion de discrimination indirecte, voir notamment, P. GARRONE, « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *RTD Eur* 1994, pp. 425-449 ; A. ILIOPOULOU, « Le principe de non-discrimination devant les juges communautaire et national », in J. ROSETTO et A. BERRAMDANE (dir.), *Regards sur le droit de l'Union européenne après l'échec du Traité constitutionnel*, PUF, 2007, pp. 243-261.

³² Sur ce point, voir les conclusions de l'avocat général Sharpston sous CJUE, 13 avril 2010 aff. C-73/08, *Nicolas Bressol e.a. et Céline Chaverot e.a.*

conditions d'exécution favorisant la protection sociale des salariés ; sans-doute pouvait-on encore rattacher au « domaine social » de l'article 38 l'objectif de sécurité des travailleurs.

Cependant, ces deux objectifs ne sauraient en aucun cas être confondus. Le CCAP lui-même les distinguait précisément, prévoyant l'intervention d'un interprète selon des modalités différentes en fonction des hypothèses³³. Or, dès lors que le juge procède à un contrôle de proportionnalité, la poursuite de deux objectifs différents aurait dû commander de procéder à deux contrôles distincts. D'une part, l'examen de la proportionnalité d'une condition d'exécution ne peut être que spécifique à chaque objectif poursuivi. Ainsi, pour chacun d'entre eux, il convient de déterminer si une mesure moins contraignante aurait été à même de satisfaire l'objectif. Il se pourrait ainsi que l'une des clauses d'interprétariat soit justifiée et pas l'autre. D'autre part, au vu des différentes modalités d'intervention de l'interprète, il n'était pas possible de ne procéder qu'à un seul et unique contrôle.

C'est pourtant bien ce qu'a fait le Tribunal en l'espèce. Celui-ci estime que les clauses litigieuses entraînent dans le champ d'application de l'article 38 « *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* ». Une telle assimilation de deux objectifs distincts au sein d'un seul « double objectif » ne permet ainsi aucunement de procéder à un contrôle de proportionnalité suffisamment poussé. On ne s'étonnera donc pas du caractère particulièrement lacunaire de la motivation relative à l'absence de discrimination.

B – Une motivation lacunaire

Le contrôle de proportionnalité opéré par le Tribunal s'avère pour le moins minimaliste. Cela tient sans doute en partie à l'absence de distinction entre les deux objectifs distincts poursuivis par la clause : en ne les distinguant pas, le juge ne peut pas procéder aux contrôles d'aptitude et de nécessité spécifique à chacun de ces objectifs.

Ainsi, le Tribunal se contente d'affirmer, de manière quelque peu péremptoire, qu'il « *ne résulte pas davantage de l'instruction qu'elles [...] 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* ». Outre la brièveté de la formule, on observera qu'elle ne permet en rien de savoir si le juge s'est effectivement interrogé sur l'existence de mesures moins contraignantes permettant de satisfaire également les objectifs poursuivis.

S'agissant de la protection sociale des salariés, on peut légitimement penser que la distribution de documents traduits dans les langues parlées par les salariés pourrait largement suffire à informer correctement ceux-ci de leur droit et de la législation applicable. C'est d'ailleurs justement ce que prévoit l'article L. 1262-4-5 du Code du travail introduit par la loi « Travail »³⁴. En ce qui concerne la « prévention de sécurité », on peine toujours à comprendre pourquoi une formation devrait être dispensée en français et non pas simplement dans une langue comprise par tous.

³³ L'article 8.4.1 du CCAP consacré à la protection sociale ne prévoit pas de durée définie de présence de l'interprète. L'article 8.4.2 du CCAP consacré à la prévention de sécurité prévoit pour sa part une présence limitée à la durée d'une formation spécifique.

³⁴ L n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, *JORF* n° 184, 9 août 2016.

Certes, le délai d'instruction est nécessairement réduit dans le cadre d'un référé précontractuel, encore qu'en l'espèce, le délai de 20 jours pour statuer prévu par l'article R. 551-5 du CJA n'a pas été respecté. Cela explique sans doute pourquoi le contrôle opéré se montre relativement superficiel. On reste malgré tout frustré par une décision qui, indépendamment même de sa conclusion, n'éclaire pas véritablement la question des clauses linguistiques dans les marchés publics.

Autant dire que c'est avec une profonde impatience que l'on attend le troisième acte de la pièce, alors qu'en coulisses la tension politique et diplomatique sur la réforme de la directive 96/71/CE est montée d'un cran. Le troisième acte devrait débiter par la décision que s'appête à rendre le Tribunal administratif de Lyon : saisi par l'opposition régionale de la Région Auvergne-Rhône-Alpes, il devra cette fois statuer sur un recours dirigé contre une délibération de l'assemblée régionale. Espérons donc que l'office du juge de l'excès de pouvoir lui permettra de rendre une décision plus convaincante.