



**HAL**  
open science

# Clauses Molière Acte III : les faux-semblants du Conseil d'État

Loïc Robert

► **To cite this version:**

Loïc Robert. Clauses Molière Acte III : les faux-semblants du Conseil d'État. La Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales, 2018, Commentaire n°2043. hal-04047126

**HAL Id: hal-04047126**

**<https://univ-lyon3.hal.science/hal-04047126>**

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.

## Clauses Molière Acte III : les faux-semblants du Conseil d'Etat

*Note sous CE, 4 déc. 2017, n° 413366, Ministre de l'Intérieur c/ Région Pays de la Loire*

Loïc ROBERT, MCF en droit public

Lyon III, EDIEC-CEE

**Résumé :** Saisi par un pourvoi du Ministre de l'Intérieur contre l'ordonnance du Tribunal administratif de Nantes du 7 juillet 2017, la Conseil d'Etat s'est prononcé pour la première fois, dans un arrêt du 4 décembre 2017, sur la validité des clauses linguistiques insérées par certains pouvoirs adjudicateurs dans leurs marchés publics de travaux. Si le Conseil valide les clauses élaborées par la Région Pays de la Loire, il en neutralise cependant les effets au prix d'une réécriture complète de celles-ci.

Alors que Molière s'est attelé dans son œuvre à moquer les faux-semblants de son époque, il aurait sans doute bien ri à la lecture l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 4 décembre 2017 dans l'affaire *Ministre de l'intérieur contre Région Pays de la Loire*. Plus encore, il aurait sans doute jubilé en observant les défenseurs de la clause qui porte son nom se féliciter de leur grande victoire. Car, si victoire il y a, elle est à la Pyrrhus.

Rappelons qu'à l'origine de cette décision se trouve la procédure engagée par la région Pays de la Loire en vue de la passation d'un marché public de travaux, et, plus particulièrement, les clauses dites « d'interprétariat » figurant dans le cahier des clauses administratives particulières (CCAP). Saisi d'un référé précontractuel par la Préfète de la Région des Pays de la Loire, le Tribunal administratif de Nantes, dans une ordonnance du 7 juillet 2017, a rejeté la demande d'annulation de la procédure litigieuse ainsi que la suppression des clauses contestées (*TA Nantes, 7 juill. 2017, n° 1704447, Préfète de la Région Pays de la Loire : JurisData n° 2017-013716, JCP A n° 36, 11 septembre 2017, 2218, comm. L. Robert*). Sur pourvoi du Ministre de l'Intérieur, le Conseil d'Etat devait donc se pencher, pour la première fois, sur la légalité des clauses linguistiques insérées par un certain nombre de collectivités territoriales dans leurs marchés de travaux (sur ces clauses, voir notamment *L. Robert, Molière, les marchés publics et le travailleur détaché, JCP A 2017, 2047 ; A. Mangiavillano, La clause Molière, une tartufferie ? : D. 2017, n° 17, p. 968 ; W. Salamand, Clause Molière : un remède imaginaire : Mon. TP 28 mars 2017. V. néanmoins contra : P. Lignières, « Clause Molière » : le juriste peut-il se contenter d'être un censeur ? : Dr. adm. 2017, repère 4*). Alors que le rapporteur public Gilles Pellissier (que nous remercions de nous avoir communiqué ses remarquables conclusions) avait conclu à l'annulation de la procédure de passation, le Conseil d'Etat rejette le pourvoi, validant ainsi du même coup les deux clauses insérées par la Région des Pays de la Loire.

Afin de bien circonscrire l'enjeu de l'affaire, il convient de s'attarder un instant sur le communiqué de presse du Conseil d'Etat accompagnant sa décision (*Communiqué de presse du Conseil d'Etat, Le Conseil d'Etat rejette un recours contre les « clauses d'interprétariat » prévues par un marché public de travaux, 4 décembre 2017*), lu en combinaison avec le jugement rendu, quelques jours plus tard, par le Tribunal administratif de Lyon concernant le dispositif mis en place par la Région Auvergne-Rhône-Alpes (*TA Lyon, 13 déc. 2017, n° 1704697, Préfet de la région Auvergne-Rhône-Alpes : JurisData n° 2017-025062 ; JCP A 2017, act. 874*). Le premier affirme en effet que les « clauses d'interprétariat » en cause, « ne doivent pas être confondues avec les clauses dites "Molière", qui visent à imposer l'usage exclusif du français sur les chantiers ». La formule peut surprendre pour deux raisons.

D'une part, le Conseil d'Etat, ou en tout cas son service presse, laisse à penser qu'il considère les clauses « Molière » comme une véritable catégorie juridique, qu'il conviendrait de distinguer d'autres stipulations contractuelles. En réalité il existe sans doute autant de versions de clauses linguistiques que de cahiers des charges dans lesquelles elles s'insèrent, si bien que la séparation du bon grain et de l'ivraie opérée par le Conseil n'est peut-être pas des plus explicatives. D'autre part, « l'invention » du syntagme « clause Molière » est à mettre à l'actif de Vincent You, adjoint au maire d'Angoulême, dont la clause prévoyait également le recours à un interprète lorsque les salariés présents sur les chantiers ne maîtrisent pas le français (*S. d'Auzon, Marchés publics : imposer l'usage du français sur le chantier, une pratique « borderline » : Mon TP, 17 mars 2016*). La distinction entre « clauses Molière » et « d'interprétariat » apparaît donc, pour reprendre les termes de Gilles Pellissier, « assez superficielle ».

La distinction opérée dans le communiqué de presse prend cependant tout son sens à la lumière de la délibération du 9 février 2017 par laquelle le conseil régional d'Auvergne-Rhône-Alpes a approuvé un « *dispositif régional de lutte contre le travail détaché* ». L'annexe de cette délibération précise en effet que « *des mesures concrètes ont été prises afin de combattre efficacement le recours au travail détaché sur les chantiers de la région* », à savoir l'obligation pour les entreprises attributaires de fournir une attestation sur l'honneur de non-recours au travail détaché, ou encore l'insertion de clauses de langue française dans le cahiers des charges précisant que « *le titulaire du marché s'engage à ce que tous ses personnels, quel que soit leur niveau de responsabilité et quelle que soit la durée de leur présence sur le site, maîtrisent la langue française* ». Pis, la délibération prévoit l'instauration de contrôles sur sites ainsi que des sanctions en cas de non-respect de ces clauses, applicables même lorsque le travailleur détaché est en règle vis-à-vis de l'inspection du travail ! Devant une violation aussi grossière, et, plus grave encore, aussi assumée, des principes généraux de la commande publique, il ne faisait aucun doute que la délibération en cause serait annulée par le juge administratif. Et c'est ce qui a été fait par le Tribunal administratif de Lyon dans sa décision du 13 décembre 2017, en tant qu'elle est entachée de détournement de pouvoir puisqu'elle « *a été adoptée, non pour assurer la protection de la santé et de la sécurité des salariés, mais pour exclure les travailleurs détachés des marchés publics régionaux et favoriser les entreprises régionales* ».

Dès lors, la décision du Conseil d'Etat doit être considérée comme spécifique aux clauses ligériennes. Elle ne peut donc pas être transposée à l'ensemble des clauses linguistiques, et encore moins à celle de la Région Auvergne-Rhône-Alpes qui s'apparente à une violation délibérée des règles de la commande publique dans le seul but de servir un discours populiste.

Pour en revenir au litige en cause dans la présente affaire, on soulignera l'immense mansuétude du Conseil d'Etat vis-à-vis du juge nantais. Alors que ce dernier avait ignoré le moyen tiré de l'entrave à la libre prestation de service et qu'il n'avait pas cru nécessaire d'opérer un contrôle spécifique pour chacune des deux clauses, le juge de cassation conclut étonnamment à l'absence d'erreur de droit. Il aurait sans doute été préférable, d'un point de vue de la rigueur juridique, qu'il censure l'ordonnance du Tribunal administratif de Nantes, quitte, en jugeant l'affaire au fond, à parvenir à une conclusion identique à celle à laquelle il est parvenu en l'espèce.

Cela étant dit, on ne peut qu'être frappé par la malice du Conseil d'Etat dont la décision pourrait se résumer à la formule « qui gagne perd ». Car, si le Conseil valide bien les clauses d'interprétariat (1), ce n'est qu'au prix d'une interprétation particulièrement constructive de celles-ci dont la conséquence est de les neutraliser (2).

## 1 – La validation des clauses d’interprétariat

La décision rendue par le Conseil d’Etat s’articule en deux temps. Dans le premier, le Conseil reconnaît, de façon assez contestable, le lien entre les clauses litigieuses et l’objet du marché (A). Dans le second, en faisant abstraction du contexte dans lequel ces clauses ont été introduites par la Région, il justifie l’entrave qu’elles constituent à la libre prestation de service (B).

### ***A – La reconnaissance contestable d’un lien suffisant avec l’objet du marché***

Les clauses d’interprétariat insérées dans le cahier des charges de la Région Pays de la Loire se fondent sur l’article 38 de l’ordonnance du 23 juillet 2015 (*Ord. n°2015-899, 23 juill. 2015, relative aux marchés publics : JO 24 juill. 2015 p. 12602*) prévoyant les différentes considérations sociales et environnementales pouvant être prises en compte dans les conditions d’exécutions du marché. Or, cette disposition, qui transpose fidèlement l’article 70 de la directive 2014/24 (*PE et Cons. UE, dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014, sur la passation des marchés publics : JOUE n° L 94, 28 mars 2014, p. 65*), ne permet d’inclure des exigences liées au développement durable dans les documents du marché qu’à la condition que celles-ci soient liées à l’objet du marché. A défaut, l’inclusion de telles clauses, indépendamment de leur rédaction ou de leur portée, serait impossible (la jurisprudence de la Cour de justice sur ce type de clause est particulièrement fournie. Pour s’en tenir à l’utilisation de critères sociaux : *CJCE, 20 sept. 1988, aff. 31/87, Beentjes c/ État des Pays-Bas : Rec. CJCE 1988, p. 4635 ; CJCE, 3 avr. 2008, aff. C-346/06, Rüffert : Rec. CJCE 2008, I, p. 1989 ; CJUE, 18 sept. 2014, aff. C-549/13, Ruckerei GmbH c/ Stadt Dortmund ; CJUE, 17 nov. 2015, RegioPost GmbH, aff. C-115/14 : Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 1, note G. Eckert*).

Le rapporteur public avait considéré que le Conseil d’Etat devait, après un contrôle entier relatif à l’existence d’un tel lien, conclure à son absence. Il soulignait fort justement que les clauses litigieuses relevaient plus de la législation du travail que de conditions spécifiques imposées de façon forcément variable par chaque pouvoir adjudicateur. Ces clauses ne visent en effet qu’à mettre en œuvre des obligations déjà existantes en droit du travail, à savoir l’obligation d’assurer la sécurité du salarié et de l’informer sur ses droits sociaux. L’objectif de ces clauses est donc fondamentalement différent de celui poursuivi par les clauses sociales visant, par exemple, à favoriser l’emploi de personnes en réinsertion (*CE, 25 mars 2013, n° 364950, Dpt Isère : JurisData n° 2013-005637 ; Rec. CE 2013, p. 55. – AJDA 2013, p. 655, note J. Martin ; RDI 2013, p. 365, obs. S. Braconnier*). Celles-ci promeuvent un objectif social qui ne pourrait être atteint par le seul respect de la législation en vigueur. Ainsi, admettre que la possibilité d’inclure des clauses telles que celles en cause dans la présente espèce, c’est en quelque sorte acter que la législation actuelle est insuffisante. On peut évidemment le penser, mais il nous semble que cela doit conduire, le cas échéant, à modifier la loi, et non à autoriser une pratique qui se révélera forcément aléatoire car tributaire de la volonté de chaque pouvoir adjudicateur.

Le Conseil d’Etat n’a cependant pas suivi son rapporteur public sur ce premier point, en estimant de manière laconique, aussi bien pour la clause « protection sociale » que pour la clause « sécurité des travailleurs », « *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* ». Il semble ainsi s’en tenir à un contrôle restreint de l’appréciation portée par le juge du fond et s’abstient de donner la moindre précision quant au raisonnement l’ayant conduit à conclure en ce sens. On pourra ainsi regretter que le Conseil n’ait pas profité de l’occasion qui lui était donnée de préciser davantage les conditions auxquelles doivent répondre les clauses relatives

au développement durable insérées dans les marchés publics pour être considérées en lien avec l'objet de ces marchés. Au vu de l'enjeu fondamental que constitue la mobilisation de la commande publique au service d'intérêts non économiques (P. Idoux, *Les considérations sociales et environnementales*, RFDA 2016, p. 260), de telles précisions auraient assurément été utiles.

### ***B – La justification décontextualisée de l'entrave à la libre prestation de service***

Une fois admis le lien avec l'objet du marché, il restait encore à contrôler l'entrave que ces clauses constituent à l'égard de la libre prestation de service. Contrairement au juge nantais qui avait largement ignoré la question, le Conseil d'Etat a bien procédé à l'analyse de cette entrave, non sans avoir préalablement malmené l'orthodoxie du droit du marché intérieur. Pour les deux clauses litigieuses, il estime en effet que dès lors qu'elles « *s'applique[nt] indistinctement à toute entreprise quelle que soit sa nationalité, [elles ne sont] pas discriminatoire[s] ni ne constitue[nt] une entrave à la libre circulation* », avant de s'interroger sur le point de savoir si ces clauses sont « *susceptible[s], par [leurs] effets, de restreindre l'exercice effectif d'une liberté fondamentale garantie par le droit de l'Union* ». En premier lieu, on rappellera que l'application indistincte à toute entreprise quelle que soit sa nationalité ne suffit pas à exclure toute discrimination puisque la discrimination indirecte consiste justement en une mesure neutre en apparence. Or, l'exclusion de toute discrimination indirecte n'allait pas de soi (voir en ce sens notre précédente étude *Molière, les marchés publics et le travailleur détaché, préc.*). En second lieu, il est curieux de rejeter l'existence d'une entrave avant, dans le même considérant, d'envisager que la mesure puisse restreindre une liberté fondamentale, c'est-à-dire constituer... une entrave !

Quoi qu'il en soit, le Conseil d'Etat opère ensuite à un contrôle tout à fait classique des restrictions à la libre prestation de service imposées par les deux clauses. On relèvera, et c'est à saluer, que contrairement au juge nantais, le Conseil d'Etat a bien pris soin de distinguer les deux en procédant à un contrôle spécifique à chacune. Il identifie tout d'abord, dans les deux cas, un objectif d'intérêt général. Tandis que la première clause poursuit un but de « *protection sociale des travailleurs du secteur de la construction* » et « *[d']accès [effectif] de personnels peu qualifiés à leurs droits sociaux essentiels* », la seconde vise à s'assurer « *que chaque travailleur directement concerné par l'exécution de tâches risquées sur le chantier est en mesure de réaliser celles-ci dans des conditions de sécurité suffisantes* ». Il examine ensuite la proportionnalité des stipulations en cause, considérant que celles-ci sont aptes à atteindre les objectifs d'intérêt général poursuivis, et qu'elles ne vont pas « *au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre* ».

Si la démarche est à saluer (le Conseil d'Etat assumant pleinement son rôle de juge de droit commun du droit de l'Union), la méthode ne manquera pas de surprendre. En effet, pour arriver à cette conclusion, le Conseil d'Etat procède tout d'abord à une réécriture des clauses ligériennes (cf. *infra*) et réalise ensuite, de manière sans doute trop sommaire au regard des exigences de la Cour de justice, les tests d'aptitude et d'entrave minimale. Enfin, et c'est ce qui retiendra notre attention, il fait entièrement abstraction du contexte dans lequel elles s'inscrivent. En effet, si elles poursuivent officiellement des objectifs qui relèvent indiscutablement de l'intérêt général, force est de constater que la volonté politique qui les sous-tend est avant tout animée par la volonté de lutter contre le travail détaché. Il suffit pour s'en convaincre de se référer, comme l'a fait le rapporteur public, à la délibération adoptée par le Conseil régional des Pays de la Loire les 14-16 décembre 2016, qui affirmait sans détour que « *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 ». Or, si un raisonnement purement positiviste invite, pour examiner la légalité de la norme contractuelle, à ne s'en tenir qu'à une lecture littérale celle-ci, il faut admettre que le contexte, en ce qu'il permet d'en déceler les motivations profondes, aurait dû inciter le Conseil d'Etat à prendre ces clauses pour ce qu'elles sont – un moyen de renchérir le coût du travail détaché, donc une entrave injustifiée à la libre prestation de service – et non pas pour ce qu'elles semblent être – un outil au service des droits sociaux et de la sécurité des travailleurs. C'est d'ailleurs la position constante de la Cour de justice qui n'hésite pas pour sa part à s'interroger sur le « mobile » réel des dispositions nationales qu'elle examine à la lumière de la libre prestation de service. C'est d'ailleurs tout l'objet du « test de cohérence et de systématicité » de l'entrave, au terme duquel la Cour a été amené à considérer qu'une entrave n'était pas justifiée, et ce alors même qu'elle était en apparence apte et strictement nécessaire à la poursuite d'un objectif d'intérêt général (voir notamment, concernant une législation nationale accordant un monopole public à l'activité de jeux de hasard au nom de la lutte contre la ludopathie, tout en tolérant des campagnes publicitaires intensives de la part de l'acteur détenant le monopole, CJUE, 8 sept. 2010, aff. jtes C-316/07, C-358/07 à C-360/07, C-409/07 et C-410/07, *Stoß et a.*). Pour la Cour, il ne fait donc pas de doute que des éléments extérieurs à la mesure constitutive de l'entrave doivent être pris en considération dans l'examen de la justification de celle-ci. On regrettera donc d'autant plus que le Conseil d'Etat n'en ait pas fait de même dans la présente espèce.*

En définitive, au terme d'un arrêt certes formellement convenable du point de vue du droit de l'Union, le Conseil valide des clauses qui, par leur motivation profonde, sont par essence incompatible avec le droit du marché intérieur. Cependant, si l'on regrettera que les juges n'aient pas fait preuve d'une plus grande fermeté, il faut admettre que cette validation ne constitue qu'un faux-semblant. Pour oser une énième référence à l'œuvre de Molière, on dira que le Conseil d'Etat a rendu sa cassette à Harpagon, mais en ayant pris soin d'en prélever l'essentiel des louis d'or des et pistoles qui s'y trouvaient.

## **2 – La neutralisation des clauses d'interprétariat**

La décision du Conseil d'Etat s'apparente à un tour que les personnages les plus malicieux de l'œuvre de Molière n'auraient pas renié. Il se livre en effet à une habile réécriture des clauses d'interprétariat qui en neutralise les effets escomptés (A) et compromet ainsi vraisemblablement l'avenir de ces clauses (B).

### ***A – La réécriture des clauses par le Conseil d'Etat***

C'est sans doute là le point le plus spectaculaire de l'arrêt commenté. Alors que le rapporteur public avait assez logiquement mis en exergue l'imprécision des clauses litigieuses, le Conseil d'Etat tire avantageusement parti du flou de ces stipulations pour mettre en œuvre une interprétation constructive, sinon une compétente réécriture de celles-ci. On pourra sans doute y voir la volonté d'interpréter la norme contractuelle conformément au droit de l'Union. Sans doute également pourra-t-on considérer que le juge va au-delà de son office et qu'il aurait été préférable de censurer directement ces clauses.

Quoi qu'il en soit, il estime aussi bien en ce qui concerne la sécurité que les droits sociaux, que la mise en œuvre de ces clauses par le maître d'ouvrage « *ne doit pas occasionner de coûts excessifs au titulaire du marché* ». Le Conseil se fait d'ailleurs plus précis en ce qui concerne l'interprétariat relatif

à la protection sociale des travailleurs, puisqu'il livre un véritable mode d'emploi de la clause litigieuse. Celle-ci se bornerait selon lui à exiger 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* ». Alors que l'on pouvait valablement s'interroger sur ce qu'il fallait entendre par « interprète qualifié », le Conseil d'Etat considère qu'il suffit que l'un des salariés de l'entreprise soit en mesure de traduire à ses collègues les différents droits sociaux dont ils jouissent pour que l'entreprise satisfasse à son obligation. En cas de difficulté dans l'exercice de traduction, on pourra d'ailleurs recommander à l'interprète de solliciter de la part du maître d'ouvrage une copie de l'affichage obligatoire prévu par l'article L. 1262-4-5 du Code du travail, traduit dans la langue des travailleurs détachés présents sur le chantier.

En interprétant les clauses d'interprétariat de la sorte, le juge neutralise leurs effets. La clause est certes validée, mais vidée de sa substance. Plus exactement, le Conseil d'Etat fait perdre tout intérêt aux clauses si celui-ci est de lutter contre la prétendue concurrence déloyale des entreprises ayant recours au travail détaché. En effet, elles ne pourront en aucun cas être utilisées pour renchérir le coût du détachement de travailleurs.

En définitive, la position du Conseil d'Etat a ainsi pour conséquence de rendre parfaitement inutiles les clauses telles que celles figurant de le marché ligérien litigieux. Mises en œuvre conformément à l'interprétation du juge administratif, elles resteront sans aucun impact dans la perspective de lutter contre le travail détaché. A défaut, dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaiterait véritablement se servir de telles clauses comme d'un levier au service de la lutte contre le travail détaché (en exigeant par exemple que l'interprète soit un professionnel), le juge de l'exécution du contrat devra alors prendre le relais du juge de la passation pour sanctionner de tels comportements.

### ***B – L'avenir des clauses linguistiques compromises***

Alors que les promoteurs des clauses linguistiques se sont réjouis de la décision du Conseil d'Etat (Pour « l'inventeur » de la clause Molière notamment, « *C'est une grande victoire qui signe la fin de l'impuissance publique face au développement du travail détaché* », in S. D'AUZON, *La clause Molière des Pays de la Loire validée par le Conseil d'Etat, Mon. TP, 4 déc. 2017*), il leur faudra admettre que le rideau est cette fois-ci bel et bien tombé, bien que le feuilleton jurisprudentiel ne soit sans doute pas épuisé.

En premier lieu, dans le cadre du marché litigieux, ou d'un autre marché ligérien comportant les mêmes clauses, il est tout à fait envisageable que le juge administratif soit de nouveau saisi dans le cadre d'un contentieux d'exécution. On peut légitimement penser qu'une entreprise sanctionnée des pénalités prévues par le CCAP pour ne pas avoir respecté les stipulations relatives à l'interprétariat saisira nécessairement le juge administratif afin d'obtenir l'annulation desdites pénalités. Plus vraisemblablement encore, il est probable que la Région se montre frileuse dans la mise en œuvre de ces clauses qui resteront alors de simples figures de style.

En second lieu, il n'est pas impossible que d'autres juges administratifs soient saisis, notamment dans le cadre de référés précontractuels de la part d'entreprises évincées ou de nouveau par un Préfet. En effet, on peut sans trop s'avancer affirmer que parmi les multiples clauses linguistiques insérées jusqu'à présent dans les marchés de travaux des collectivités territoriales, nombre d'entre-elles ne satisfont pas aux exigences posées par le Conseil d'Etat. Il en va ainsi par exemple de la clause angoumoisine qui prévoyait à l'origine « *l'intervention d'un interprète agréé auprès des*

*tribunaux*» en permanence sur le chantier. A n'en pas douter, au vu du coût que représente un interprète agréé (30€/h en semaine, 49,5€/h le week-end), il est clair que cela constituera un « coût excessif » au sens de la décision du Conseil d'Etat. Quant à la clause rhône-alpine prévue par la délibération annulée par le Tribunal administratif de Lyon, il est à peine besoin de préciser que son sort paraît des plus compromis.

Enfin, il n'est pas exclu que la Cour de justice finisse par être saisie. Certes, l'éventualité d'un recours en manquement introduit par la Commission paraît peu probable au vu de l'enjeu plutôt restreint des clauses linguistiques et des réserves posées par le Conseil d'Etat quant à leur mise en œuvre. Certes également, le Conseil d'Etat n'a pas jugé opportun en l'espèce d'interroger la Cour. D'ailleurs, si l'on imagine que son office particulier a pu plaider en faveur d'une telle abstention, sans doute cela pourrait-il ultérieurement lui être reproché. La Cour de justice tolère en effet qu'un juge des référés s'abstienne de la saisir, mais uniquement en raison du caractère provisoire de sa décision (*CJCE, 23 mai 1978, aff. 102/77, Hoffmann-La Roche : Rec. CJCE 1978, I, p. 1139 ; CJCE, 27 oct. 1982, aff. 35/82 et 36/82, Morson et Jhanjan : Rec. CJCE 1982, p. 3723*). Or, le juge des référés précontractuel est un juge du fond et sa décision est définitive. En tout état de cause, certains juges du fond pourraient quant à eux être tentés d'introduire un renvoi préjudiciel en interprétation, ce qui aurait le mérite de clore, définitivement cette fois, une farce qui, aussi plaisante soit-elle pour le commentateur, n'a sans doute que trop duré.