

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NANTES**

N° 1704447

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

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

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mlle Wunderlich
Juge des référés

Le juge des référés

Ordonnance du 7 juillet 2017

Vu la procédure suivante :

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

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

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

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

Elle soutient que :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Vu :

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

- le code de justice administrative.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ORDONNE

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

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

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

Fait à Nantes, le 7 juillet 2017.

Le juge des référés,

Le greffier,

A.-C. WUNDERLICH

M.-C. MINARD

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

Pour expédition conforme,
Le greffier,