



Dossier

Contentieux de la commande publique : de la passation à l'exécution...

Règlement de la consultation, langue de procédure et langue de travail

La décision du 8 février dernier, par laquelle le Conseil d'État s'est à nouveau prononcé sur les conditions de validité d'une clause imposant l'usage du français dans le cadre de l'exécution d'un marché public, est l'occasion de revenir plus largement sur la question des langues utilisées dans les contrats de la commande publique, tant au stade de leur passation que de leur exécution.

La question de la langue utilisée dans le cadre des contrats de la commande publique se situe au carrefour de plusieurs enjeux : l'effectivité de l'accès des opérateurs étrangers à ces contrats ; la bonne compréhension et la facilité des échanges entre l'acheteur et les candidats, puis entre l'acheteur et le titulaire ; ou encore, la bonne exécution du contrat lui-même. Autant les textes et la jurisprudence ont dessiné depuis quelques années déjà les contours du régime juridique relatif aux langues utilisées lors de la phase de passation, autant le régime applicable au stade de l'exécution, en « ébullition » soudaine depuis deux ans, est encore empreint d'incertitudes.

Langue et procédure de passation du contrat

En phase de passation du contrat, la question de la langue utilisée se pose sous plusieurs angles : celui des pièces remises par les candidats, à l'appui de leur candidature et de leur offre, et celui de la langue du contrat.

Langue et pièces constitutives de la candidature

Au stade de la candidature, et en matière de marchés publics tout d'abord, la ou les langues autorisées pour la remise des pièces doit figurer dans les avis de publicité des procédures formalisées^[1]. Aux termes de l'article R. 2143-6 du Code de la commande publique [CCP]^[2], l'acheteur peut exiger des candidats qu'ils « joignent

Auteur

Elisabeth Lançon
François Fourmeaux
Avocats
Cabinet ADAMAS

Références

CE 8 février 2019, Veolia Eau - Compagnie générale des eaux, req. n° 420296

Mots clés

Clause Molière • Documents de la consultation • Langue française
• Offres • Traduction

[1] Cf. Annexe V de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, Partie B.II.10] [avis de pré information servant de moyen d'appel à la concurrence] et Partie C.22] [avis de marché].

[2] Et CCP, art. R. 2343-19 pour les marchés publics de défense ou de sécurité.



une traduction en français aux éléments et documents rédigés dans une autre langue qu'ils remettent » à l'appui de leur candidature. Il s'agit donc là d'une simple faculté qui, dans la pratique, sera toutefois systématiquement recommandée aux acheteurs dès lors que, par hypothèse, la nationalité des candidats - et donc les langues utilisées, potentiellement très diverses - ne peut être connue à l'avance. Il résulte également de ces dispositions que, contrairement à l'ancien état du droit^[3], et à l'article 45 du Code des marchés publics abrogé^[4], l'acheteur ne peut exiger de manière générale une traduction certifiée : celle-ci est réservée à certains documents et subordonnée à une stricte condition. Ainsi, l'article R. 2143-5 du CCP^[5], relatif aux documents justificatifs et autres moyens de preuve, dispose que « lorsqu'il demande à un candidat de fournir un certificat, une attestation ou tout autre document prouvant qu'une exigence a été satisfaite, l'acheteur accepte tout document équivalent d'un autre État membre de l'Union européenne. Il n'impose pas la remise de documents sous forme d'original, de copie certifiée conforme ou de traduction certifiée, sauf lorsque cela est justifié par une raison impérieuse d'intérêt général ». Les obligations de traduction certifiées s'en trouvent donc sensiblement assouplies.

En matière de concessions ensuite, les textes sont plus succincts. L'article R. 3122-18 du CCP, relatif aux moyens de communication et échanges d'informations, et qui semble s'appliquer indistinctement aux pièces constitutives de la candidature et de l'offre, dispose que « l'autorité concédante peut exiger que les candidats et soumissionnaires joignent une traduction en français aux documents qu'ils ont remis rédigés dans une autre langue ».

Langue et pièces constitutives de l'offre

Au stade des offres, et en matière de marchés tout d'abord, l'acheteur mentionne dans les avis de publicité ou les documents d'invitation à présenter une offre^[6] la ou les langues autorisées pour leur remise (étant précisé qu'en dialogue compétitif, ce renseignement ne figure que dans l'invitation à remettre l'offre finale ; en revanche la langue utilisée pour le dialogue proprement dit est indiquée dès l'invitation à y participer^[7]). Il a déjà

été jugé que cette absence d'indication était constitutive d'un manquement de l'acheteur à ses obligations de publicité^[8].

Dans les documents de la consultation, « l'acheteur peut exiger que les soumissionnaires joignent une traduction en français aux documents rédigés dans une autre langue qu'ils remettent [à l'appui de leurs offres]. Il n'impose pas de traduction certifiée sauf lorsque cela est justifié par une raison impérieuse d'intérêt général »^[9]. L'esprit de ces dispositions est donc similaire à celles relatives à la candidature.

Antérieurement à la réforme des marchés intervenue en 2015 et 2016, la jurisprudence s'était prononcée sur l'appréciation de la régularité des offres à l'aune de la langue imposée par l'acheteur pour leur rédaction. Ainsi, la cour administrative d'appel de Douai avait jugé irrégulière l'offre comportant des documents en langue étrangère, non accompagnés de traduction, alors que les documents de la consultation exigeaient une rédaction de l'offre en langue française ; la cour relevant, de manière surabondante, que ces documents étaient « nécessaires à l'analyse des offres »^[10]. Le Conseil d'État s'est prononcé dans le même sens, jugeant incomplète, et donc irrégulière, l'offre comportant des certificats de normalisation en langue tchèque, alors que le règlement de la consultation prévoyait que les offres devaient être « entièrement rédigées en langue française, de même que les documents de présentation qui leur étaient associés »^[11].

À l'inverse, dans un arrêt du 13 février 2014, la cour administrative d'appel de Douai^[12] a jugé que, dès lors que les documents de la consultation n'exigeaient pas la remise d'offres rédigées entièrement en français, la présence dans l'offre d'un document technique en langue anglaise » n'entachait pas celle-ci d'irrégularité et ne faisait pas d'obstacle à son « examen complet et éclairé ».

L'esprit de ces deux séries de solutions devrait logiquement perdurer : les demandes de traductions de documents n'étant qu'une faculté, un candidat peut remettre des documents de l'offre en langue étrangère, sans que celle-ci ne soit *de facto* irrégulière. En revanche, si l'acheteur impose expressément une remise intégrale de l'offre en français, le cas échéant en demandant la

[3] Pour l'irrégularité d'une candidature qui, contrairement aux exigences des documents de la consultation, comportait un document traduit par un auteur « inconnu » : CAA Paris 2 mai 2007, Société Italienne ENEL SPA, req. n° D4PA02524.

[4] Le pouvoir adjudicateur peut exiger « une traduction en français, certifiée conforme à l'original par un traducteur assermenté, aux documents rédigés dans une autre langue qu'ils remettent en application du présent article ».

[5] Applicable également aux marchés publics de défense ou de sécurité (cf. CCP, art. R. 2343-7).

[6] Cf. Annexe V précitée, Partie B.10) [avis de pré information servant de moyen d'appel à la concurrence] et Partie C.22) [avis de marché] ; Annexe IX [contenu des invitations à présenter une offre, à participer au dialogue ou à confirmer l'intérêt : 1.b] ; CCP, art. R. 2144-9.

[7] CCP, art. R. 2144-9.

[8] CE 27 juillet 2001, Compagnie générale des eaux, req. n° 229566. Voir aussi CAA Marseille 20 juin 2011, Société Arizoli Bernard et Perre, req. n° 08MA04048.

[9] CCP, art. R. 2151-12, et CCP, art. R. 2351-11 pour les marchés publics de défense ou de sécurité.

[10] CAA Douai 16 mai 2012, Société NHV, req. n° 11DA00727.

[11] CE 29 juin 2012, Société Signature, req. n° 357617. Voir aussi TA Marseille 20 octobre 2016, Société Unowhy, req. n° 1607877.

[12] CAA Douai 13 février 2014, Inaer Helicopter France, req. n° 12DA00188.



traduction des documents écrits en langue étrangère, alors l'offre sera irrégulière^[13].

En matière de concessions ensuite, les annexes à la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 relatives aux informations devant figurer dans les avis n'indiquent pas expressément la langue de remise des offres. Toutefois le formulaire standard 24 du règlement d'exécution UE 2015/1986 du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis, le prévoit (rubrique IV.2.4). Pour le reste, l'article R. 3122-18 du CCP, précité, semble de nouveau applicable (possibilité de demander une traduction en français des pièces remises dans une autre langue).

Une nuance à l'état du droit ainsi exposé doit toutefois être apportée : elle concerne la langue du contrat lui-même.

Langue du contrat

Le droit interne comporte en effet une contrainte linguistique spécifique, inscrite à l'article 5 de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, dite loi Toubon^[14].

Il en résulte que « quels qu'en soient l'objet et les formes, les contrats auxquels une personne morale de droit public ou une personne privée exécutant une mission de service public sont parties sont rédigés en langue française. Ils ne peuvent contenir ni expression ni terme étrangers lorsqu'il existe une expression ou un terme français de même sens approuvés dans les conditions prévues par les dispositions réglementaires relatives à l'enrichissement de la langue française ». Concrètement, ces dispositions ont vocation à régir une large majorité des marchés publics et concessions, puisque leur champ d'application ne fait l'objet que de rares exceptions^[15].

S'il doit être impérativement rédigé en langue française, le contrat peut toutefois, toujours aux termes de l'article 5, « comporter, outre la rédaction en français, une ou plusieurs versions en langue étrangère pouvant également faire foi. Une partie à un contrat conclu en violation du premier alinéa ne pourra se prévaloir d'une disposition en langue étrangère qui porterait préjudice à la partie à laquelle elle est opposée ».

[13] À propos de la décision Société Signature, les commentateurs ont relevé qu'il ne fallait pas déduire de cette solution « que la présence d'un document en langue étrangère entache nécessairement la régularité de l'offre. La solution tient, en l'espèce, à ce que la présentation de tous les documents en langue française était une exigence posée par le règlement de la consultation » (*B/C/P* 2012, n° 84, p. 393, note Ph. T. et S. N.). Ce commentaire nous semble toujours d'actualité.

[14] Pour une étude approfondie de ce dispositif, voir Y. Claisse, « La langue du contrat », *CP-ACCP* n° 130, mars 2013.

[15] Aux termes de ce même article 5, sont exclus de son champ d'application les contrats (i) conclus par une personne publique gérant des activités à caractère industriel et commercial et par certains établissements - Banque de France, Caisse des dépôts - et (ii) qui sont exécutés intégralement hors du territoire national.

Se pose la question de l'articulation de cette loi avec le régime applicable aux modalités de remise des offres. Dans son arrêt précité du 13 février 2014, la cour administrative d'appel de Douai a jugé que l'article 5 de la loi Toubon n'est pas directement applicable « aux documents présentés dans le cadre d'un appel d'offres », qu'il n'a « pas vocation à régir »^[16]. Il semble donc qu'il faille opérer, parmi les pièces constitutives de l'offre, une distinction entre le contrat final lui-même, qui doit être rédigé langue française, et les éléments constitutifs de l'offre d'un candidat, qui n'ont d'ailleurs pas systématiquement vocation à avoir une valeur contractuelle.

Aussi, la position retenue par la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie, selon laquelle, en application de la loi Toubon, « l'offre doit être rédigée en français »^[17], nous semble devoir être légèrement nuancée ; car sinon, ce qui est présenté à l'article R. 2151-12 du CCP comme une simple faculté, devrait constituer une obligation.

En définitive, le Code de la commande publique permet que des éléments constitutifs de l'offre soient rédigés en langue étrangère (sans même qu'une traduction ne soit obligatoirement requise), mais le contrat final lui-même, tel qu'il sera conclu par la personne publique, devra être rédigé en français, comme l'impose la loi Toubon.

Une fois le contrat conclu, se pose ensuite la question des langues utilisées dans le cadre de son exécution.

Langue et exécution du contrat

Au stade de l'exécution du contrat, la question de la langue utilisée suscite d'autres problématiques. Dans sa décision du 8 février 2019, le Conseil d'État est revenu, dans le prolongement de sa décision très commentée du 4 décembre 2017^[18], sur les conditions de validité des clauses imposant l'usage de la langue française à l'occasion de l'exécution d'un marché public.

Chronologie d'un débat houleux

La notion de « clause Molière » provient d'une initiative angevine de 2016 : il s'agissait pour l'acheteur de prescrire l'usage du français sur le chantier ou d'imposer la présence d'un interprète lors de l'exécution des marchés publics. Cet outil a connu un engouement certain auprès de plusieurs collectivités, et ce à des fins - plus ou moins avouables et affichées, selon les cas - de protection des travailleurs, de protection d'emploi et d'entreprises locaux, voire de lutte contre le travail détaché.

[16] CAA Douai 13 février 2014, Inaer Helicopter France, req. n° 12DA00188.

[17] Fiche « Comment utiliser les formulaires européens », 1^{er} avril 2019, p. 18.

[18] CE 4 décembre 2017, Ministre d'Etat, Ministre de l'Intérieur c/ Région Pays de la Loire, req. n° 413366.



Le gouvernement s'était trouvé contraint de réagir en publiant une instruction interministérielle^[19] rappelant, d'une part, le droit de recourir aux travailleurs détachés, garanti par la directive européenne n° 96/71 CE du 16 décembre 1996 ; d'autre part, que le fait d'« imposer de façon systématique la maîtrise de la langue française pour l'exécution d'un marché public ou d'un contrat de concession constitue une violation du principe de non-discrimination », réserve faite du cas où cette maîtrise est en lien avec l'objet du marché (prestations de formation par exemple).

Cette instruction a visiblement avivé le zèle des préfets pour déférer devant le juge administratif les marchés qui leur semblaient litigieux, conduisant ainsi le Conseil d'État à se prononcer^[20] sur la légalité d'un « ersatz »^[21] de « clause Molière » inséré dans un marché de travaux par la région Pays de la Loire, et qui imposait au titulaire, dans un objectif de « protection sociale » et de « sécurité », d'avoir recours à un interprète en cas d'absence de maîtrise du français par le personnel.

Sur conclusions contraires du rapporteur public, la Haute juridiction a validé les deux clauses litigieuses. D'une part, le Conseil d'État a considéré que le juge des référés du tribunal administratif de Nantes n'a pas commis d'erreur en estimant que les clauses avaient un lien suffisant avec l'objet du contrat, au sens de l'article 38-I du l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Ce point pouvait toutefois donner lieu à débat^[22]. D'autre part, exerçant un contrôle de proportionnalité relatif à l'entrave que pourraient constituer lesdites clauses à l'égard de la libre prestation de services garantie par le TFUE, le Conseil d'État relève que les clauses (i) poursuivent des objectifs d'intérêt général - la protection sociale et la sécurité du personnel - (ii) dont elles garantissent la réalisation (iii) sans aller « au-delà de ce qui est nécessaire » pour les atteindre.

Force est toutefois de constater qu'en validant ces clauses, le Conseil d'État ne s'est pas privé d'en interpréter le contenu^[23]. Il relève respectivement que l'appréciation du niveau de maîtrise de la langue française se faisait « au cas par cas parmi les personnels », qu'un « échange oral, avant l'exécution des travaux, avec un interprète qualifié, c'est-à-dire toute personne en mesure d'expliquer aux travailleurs concernés leurs droits sociaux essentiels, permet à l'entreprise de répondre à ses obligations », que les risques de sécurités sont particulièrement élevés dans les chantiers de travaux, et que la mise en œuvre de ces clauses ne doit « pas occasion-

ner de coûts excessifs pour le titulaire du marché »^[24]. Se livrant ainsi à une « interprétation constructive »^[25], voire neutralisante, le Conseil d'État, plutôt que d'annuler les clauses, choisit d'en encadrer les conditions d'utilisation afin d'éviter qu'elles ne deviennent un outil de lutte contre le travail détaché.

Il est vrai que la situation était, à tout le moins sur le plan des apparences, quelque peu différente de l'affaire qui a donné lieu, quelques jours plus tard, à la décision par laquelle le tribunal administratif de Lyon a censuré la délibération du conseil régional d'Auvergne Rhône Alpes, approuvant le dispositif régional de lutte contre le travail détaché. Celui comportait l'insertion, dans les CCAP des marchés de travaux, d'une clause exigeant que le titulaire « 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 »^[26]. Le juge relève qu'en l'espèce l'objectif - clairement affiché - n'était pas d'assurer la protection de la santé ou de la sécurité du personnel, mais bien d'exclure les travailleurs détachés des marchés publics régionaux et de valoriser les entreprises régionales.

Se dessinaient ainsi, par ces premières solutions jurisprudentielles, une première variété de « clauses Molière », et l'appréciation éminemment casuistique de leurs conditions de validité. La décision du Conseil d'État du 8 février 2019 complète le panel.

Il y a « exécution » et « exécution », « clause Molière » et « clause Molière »

Dans cette affaire, un syndicat interdépartemental d'assainissement avait lancé une procédure de passation pour désigner l'actionnaire d'une SEMOP constituée en vue de l'exploitation d'une usine d'épuration. Le marché, attribué à la société Veolia Eau, a été déféré par le préfet, au motif que les documents de la consultation comportaient « des dispositions imposant l'usage du français portant atteinte aux principes du droit de l'Union européenne de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et d'interdiction de discrimination en raison de la nationalité ». Débouté en première instance, le préfet obtient gain de cause devant la cour administrative d'appel de Paris, qui a suspendu l'exécution du contrat au motif que l'article 8.5 du règlement de la consultation, intitulé « Langue et rédaction des propositions et d'exécution des prestations », et selon lequel « la langue de travail pour les opérations préalables à l'attribution du marché et pour son exécution est le français exclusivement » était de nature à créer un doute sérieux sur la validité du contrat.

Le Conseil d'État censure cette analyse, en jugeant que ces stipulations « régissent seulement les relations entre les parties au contrat et n'imposent pas le prin-

[19] Instruction du 27 avril 2017, NOR : ARCB1710251J.

[20] CE 4 décembre 2017, Ministre d'État, ministre de l'Intérieur c/ Région Pays de la Loire, précité.

[21] L. Robert, « Clause Molière, Acte II : le coup de théâtre du tribunal administratif de Nantes », *JCPA* n° 36, 2017, 2218, p. 1.

[22] Voir F. Brenet, « Légalité [très] conditionnée de la clause Molière », *DA* n° 2, février 2018, comme 8.

[23] Voir L. Robert, « Clauses Molière Acte III : les faux-semblants du Conseil d'État », *JCPA* n° 5, 5 février 2018, 2043, p. 3.

[24] Voir F. Brenet, précité.

[25] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Molière si tu savais ! », *Contrats et marchés publics* 2018, repère 1.

[26] TA Lyon 13 décembre 2017, req. n° 1704697.



cipe de l'usage de la langue française par les personnels » dans le cadre de l'exécution du contrat. Il retient également que les documents de la consultation prévoyaient la faculté pour la société d'avoir recours à des sous-traitants et salariés étrangers, de sorte que n'était pas imposé « ni directement, ni indirectement, l'usage ou la maîtrise de la langue française par les travailleurs étrangers susceptibles d'intervenir ». Par ce raisonnement, le Conseil d'État s'exonère donc de tout contrôle de proportionnalité d'une clause qui ne peut selon lui s'apparenter à une restriction du recours aux travailleurs détachés.

La Haute juridiction s'inscrit dans le sillage des conclusions du rapporteur public^[27] qui avait relevé, d'une part, l'absence de valeur contractuelle de la stipulation litigieuse (insérée dans le règlement de la consultation) ; d'autre part, qu'en évoquant la langue française au stade de l'exécution », il s'agissait « d'envisager, à l'évidence, les échanges administratifs entre les parties et non d'imposer l'usage ou la maîtrise de la langue française par les travailleurs étrangers » ; enfin, que l'objectif poursuivi par l'acheteur ne pouvait être celui d'une atteinte à la libre prestation de services dès lors que le CCAP prévoyait expressément la possibilité du recours à des intervenants étrangers.

Cette décision vient donc compléter le nuancier des « clauses Molière » : après la distinction opérée entre

« clauses Molière » au sens strict et « clauses d'interprétariat », que d'aucuns ont pu juger de « superficielle », comme l'avait fait Gilles Pellissier dans ses conclusions sous la décision du 4 décembre 2017^[28], c'est maintenant sur l'ambivalence du terme « d'exécution » du contrat que le Conseil d'État s'arrête : cette exécution peut soit désigner la communication et les échanges entre l'acheteur et le titulaire, au cours de l'exécution du contrat ; soit désigner la maîtrise du français par le personnel affecté à l'exécution du contrat, et qui, si elle est imposée, entre plus frontalement en contradiction avec le droit de recourir aux travailleurs détachés.

Aussi, cette « nouvelle validation » du Conseil d'État ne doit pas faire oublier la variété des clauses « imposant l'usage du français », lesquelles ne sauraient se voir adoucies de manière générale. L'on retiendra surtout, comme principe directeur essentiel dégagé par le Conseil d'État, celui d'un examen de la clause par sa finalité, et ce au travers d'une méthode d'interprétation, parfois discutable, qui vise à en neutraliser au maximum les effets pervers. Il ne serait toutefois pas inutile que la Cour de justice de l'Union européenne se saisisse du sujet pour mettre sa pierre à l'édifice^[29].

[27] Que nous remercions pour la communication de ses conclusions.

[28] Cité par N. Saïdi, « Clause Molière : Acte II «Bon droit à besoin d'aide» », *Contrats publics*, n° 184, février 2018. Voir aussi S. d'Auzon, « La clause Molière des Pays de la Loire validée par le Conseil d'État », 4 décembre 2017, *LeMoniteur.fr*.

[29] L. Robert, « Clauses Molière Acte III : les faux-semblants du Conseil d'État », précité.