Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

MINISTERE DE L'ECONOMIE ET DES FINANCES

MINISTERE DU TRAVAIL, DE L'EMPLOI, DE LA FORMATION PROFESSIONNELLE ET DU DIALOGUE SOCIAL

MINISTERE DE L'AMENAGEMENT DU TERRITOIRE, DE LA RURALITE ET DES COLLECTIVITES TERRITORIALES

MINISTERE DE L'INTERIEUR

Paris, le 27 AVR. 2017

Le ministre de l'économie et des finances

La ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social

Le ministre de l'aménagement du territoire, de la ruralité et des collectivités territoriales

Le ministre de l'intérieur

à

Mesdames et Messieurs les préfets de département de métropole et d'outre-mer

NOR : ARCB1710251J

Objet : Instruction interministérielle relative aux délibérations et actes des collectivités territoriales imposant l'usage du français dans les conditions d'exécution des marchés

Réf :
- Directive n° 96/71 CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services ;
- Directive n° 2014/24/UE du 26 février 2014 du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ;
- Articles L. 1262-4-1, L. 4121-1 et suivants, L. 5221-1 et suivants, L. 8222-1 et suivants, R. 4121-1 et suivants du code du travail ;
- Article 45 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et 51 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics ;
- Arrêté ministériel du 29 mars 2016 fixant la liste des documents et renseignements pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.

La présente instruction décrit l'état du droit dont vous pourrez vous prévaloir dans le traitement que vous apporterez aux actes des collectivités territoriales qui tendraient à limiter, voire interdire, le recours aux travailleurs détachés. Un développement particulier est consacré à la clause dite « Molière », qui vise à imposer l'usage du français par les salariés des candidats aux marchés publics.

En règle générale, une telle pratique est illégale. Elle ne saurait non plus se réclamer valablement de la volonté de protéger les travailleurs, compte tenu des garanties qui leur sont apportées par le droit européen et national.

I. Actes tendant à limiter l'emploi de travailleurs détachés

L'interdiction du recours à des travailleurs détachés par un acheteur ou une autorité concédante est illégale. Elle est en effet contraire à la directive n° 96/71 CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, mais aussi au principe de la libre prestation des services posé par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui implique la liberté pour une entreprise d'un Etat membre d'exercer librement son activité dans un autre Etat membre. Le juge européen a confirmé, par une jurisprudence abondante et constante, qu'une telle interdiction, ou même une restriction, à ces principes, constitue une entrave dont le caractère discriminatoire ne fait pas de doute (exemple : CJCE, 4 mai 1993, Distribiduores Cinematográficos, aff. C-17/92).

Dans le cas particulier des marchés publics, si la directive n°2014/24 reconnaît la légitimité de principe de mesures destinées à assurer la protection des travailleurs, elle ajoute que celles-ci « devraient être appliquées conformément à la directive n°96/71/CE du Parlement européen et du Conseil et d'une manière qui garantisse l'égalité de traitement et ne crée pas de discriminations directes **ou indirectes** à l'égard des opérateurs économiques et des travailleurs d'autres États membres ».

En conséquence, sera interdite toute mesure constituant une discrimination indirecte, entendue comme une mesure apparemment neutre mais susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour les entreprises étrangères, alors même qu'elle n'est pas justifiée par un objectif légitime et qu'elle ne consiste pas en un des moyens appropriés et nécessaires pour réaliser cet objectif. La Cour de justice considère ainsi que l'interdiction des discriminations indirectes dans l'accès à la commande publique a pour effet de prohiber « non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat » (CJCE, 3 juin 1992, Commission c/ République Italienne, aff. C-360/89).

Les textes nationaux organisent par ailleurs la lutte contre le travail illégal, y compris contre l'emploi irrégulier de travailleurs détachés.

Le code du travail impose ainsi à l'employeur qui détache en France l'un de ses salariés des obligations de forme (déclaration préalable, désignation d'un représentant) et de fond (application d'un socle minimal de garanties ou « noyau dur » de droits pour les salariés détachés).

Ce « noyau dur » de droits renvoie aux dispositions légales et conventionnelles applicables prévues par le droit du travail français dans les matières énoncées aux 1° à 10° de l'article L. 1262-4, parmi lesquelles la durée du travail, le salaire minimum (y compris les majorations pour heures supplémentaires et les accessoires de salaire), la santé et sécurité au travail ou encore le travail illégal.

De même, un devoir de vigilance incombe aux maîtres d'ouvrage et aux donneurs d'ordre et a été renforcé par les dispositions législatives prises entre 2014 et 2016. Ces dispositions ont pour objet d'assurer un respect plus effectif du « noyau dur » et une lutte plus efficace contre la concurrence sociale déloyale des entreprises fraudeuses. Elles sont issues de la loi n°2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale, de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques et de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

Ainsi :

- le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre doit s'assurer du respect par le prestataire concerné de son obligation de déclaration préalable du détachement et de désignation d'un représentant en France (article L. 1262-4-1). Il satisfait à cette obligation en obtenant de la part du prestataire, avant le début du détachement, copie de ces deux documents ;
- il revient aux maîtres d'ouvrage et donneurs d'ordre d'effectuer la déclaration de l'accident du travail dont est victime un salarié détaché par un prestataire de service cocontractant direct du maître d'ouvrage (article L. 1262-4-4). Cette déclaration est transmise, à la différence des déclarations d'accident du travail des salariés affiliés à un organisme de sécurité sociale français, directement à l'inspection du travail compétente. Les mesures réglementaires d'application de ces dispositions législatives sont prévues par un décret en cours d'examen au Conseil d'Etat ;
- le maître d'ouvrage ou donneur d'ordre est soumis à une « obligation de diligence » qui le conduit à enjoindre sans délai son cocontractant direct ou le sous-traitant de l'un de ses cocontractants directs de régulariser les manquements consistant dans le non-paiement total ou partiel des rémunérations des salariés détachés par eux, dont il a été informé par un agent de contrôle (article L. 1262-4-3). Il dénonce le contrat de prestation de service en cas de persistance de ce manquement, sous peine d'être tenu solidairement responsable au paiement des rémunérations dues après un délai de sept

jours suivant l'information par l'agent de contrôle sur ce manquement (articles R. 1263-16 et suivants).

Enfin, tant les manquements aux obligations de vigilance et de diligence au titre des articles L. 1232.4-1 et L. 1262-4-4 du code du travail rappelées ci-dessus que les manquements de l'employeur à ses obligations formelles sont sanctionnés par des amendes administratives infligées selon les conditions et les modalités prévues aux articles L. 1264-2 et L. 1264-3, à savoir des amendes administratives plafonnées à 2 000€ par salarié détaché (4 000€ en cas de réitération), dans une limite globale de 500 000€.

Le droit du travail prévoit donc le dispositif nécessaire à la lutte contre l'emploi irrégulier des travailleurs détachés. Ce dispositif rend inutile l'utilisation, en tout état de cause illégale, des instruments de la commande publique pour maîtriser le recours au travail détaché.

A cet égard, l'acheteur ne saurait notamment solliciter des candidats à un marché public la remise d'une déclaration sur l'honneur de non recours au travail détaché.

Il ressort en effet de l'application combinée des articles 45 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 et 51 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics que la liste des documents pouvant être demandés au stade de l'examen des candidatures est limitativement fixée par un arrêté du 25 mars 2016, à l'exception de ceux nécessaires à l'appréciation de la capacité économique et financière des candidats et du cas spécifique des marchés publics de défense ou de sécurité. Dès lors, un acheteur ne peut exiger des soumissionnaires la remise d'un document tel que la déclaration sur l'honneur précitée. Par ailleurs, si aucun texte ne vient préciser les documents à remettre par l'attributaire d'un marché public, exiger la remise d'une telle déclaration par ce dernier n'apparaît pas juridiquement utile dès lors que cela ne permet en aucun cas d'exonérer l'acheteur de sa responsabilité en matière de vigilance contre les fraudes au travail détaché.

II. <u>Clause dite « Molière »</u>

L'article L. 5221-3 du code du travail dispose : « *L'étranger qui souhaite entrer en France en vue d'y exercer une profession salariée et qui manifeste la volonté de s'y installer durablement atteste d'une connaissance suffisante de la langue française sanctionnée par une validation des acquis de l'expérience ou s'engage à l'acquérir après son installation en France* ». A ce titre, l'article L. 5221-1 du même code précise que ces dispositions sont applicables, sous réserve de celles des traités, conventions ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés et publiés, et notamment des traités instituant les communautés européennes ainsi que de celles des actes des autorités de ces communautés pris pour l'application de ces traités.

Il ressort de ces dispositions que le code du travail n'impose pas l'obligation de parler ou de comprendre le français à l'égard des ressortissants de l'Union européenne, des étrangers qui ne s'installent pas durablement en France, ainsi que des salariés détachés. A l'occasion du débat sur la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, ont eu lieu diverses tentatives d'introduire une disposition imposant la maîtrise du français par les travailleurs détachés ; ces amendements n'ont pas été adoptés.

L'article L. 1262-4-5 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi du 8 août 2016 prévoit au contraire que sur les grands chantiers du bâtiment (ceux qui sont assujettis à l'obligation de mettre en place un collège inter-entreprise de santé et de sécurité au travail), le maître d'ouvrage porte à la connaissance des salariés détachés, par voie d'affichage sur les lieux de travail, les informations sur la réglementation qui leur est applicable. Ces informations doivent être facilement accessibles et traduites dans l'une des langues officielles parlées dans chacun des Etats d'appartenance des salariés détachés.

Les collectivités qui adoptent de telles délibérations vont par conséquent au-delà de ce que le législateur a prévu. En tout état de cause, les dispositions du code du travail s'imposent aux entreprises, sans qu'il appartienne aux stipulations du marché public ou du contrat de concession de les confirmer.

Au regard des règles applicables à la commande publique, 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 qui gouverne la passation desdits contrats, qu'une telle obligation figure dans une délibération ou dans les clauses contractuelles.

Les actes obligeant les entreprises à respecter de telles conditions présentent un caractère discriminatoire et portent une atteinte non justifiée au principe d'égal accès à la commande publique. Par ailleurs, de telles délibérations pourraient caractériser un détournement de pouvoir si le but avéré de ces actes était d'accorder la priorité aux entreprises locales ou d'exclure des travailleurs étrangers et non la bonne exécution du marché public ou du contrat de concession.

Dans la mesure où les articles 51 et 38 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, tout comme les articles 45 et 33 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, imposent que les conditions de participation des candidats aux procédures d'attribution des marchés publics et des contrats de concession ainsi que les conditions d'exécution de ces contrats soient liées et proportionnées à l'objet du contrat en cause, une telle clause ne peut être licite, par exception, que si elle est en lien avec l'objet du marché public ou du contrat de concession et nécessaire à son exécution. Tel pourrait être le cas par exemple d'une clause imposant la maîtrise du français dans le cadre de certaines prestations de formation.

Enfin, l'argument selon lequel l'introduction de « clause Molière » dans les marchés publics est nécessaire pour préserver les petites et moyennes entreprises n'est pas fondé. Les dispositions de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 prévoient en effet divers mécanismes tendant à améliorer l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique, notamment en imposant l'allotissement à tous les acheteurs, en exigeant qu'une part soit réservée à ce type d'entreprise dans les marchés de partenariat ou encore en allégeant les frais et les procédures grâce à la dématérialisation.

Il va de soi que les éléments communiqués par la présente instruction concernant la « clause Molière » valent aussi pour les langues régionales.

Au total, les « clauses » précédemment décrites sont illégales et vous les traiterez comme telles, qu'il s'agisse de délibérations prévoyant de tels dispositifs ou de marchés publics ou contrats de concession contenant ces clauses.

Vous nous ferez connaître les cas que vous aurez rencontrés ainsi que les suites que vous y aurez données. Pour le cas où vous auriez besoin d'une expertise plus poussée sur un cas particulier, un soutien renforcé a été créé au pôle interrégional d'appui au contrôle de légalité. Les modalités de ces comptes-rendus et de cet appui vous seront communiquées par message du directeur général des collectivités locales.

Michel SAPIN

Myriam EL KHOMRI

Jean-Michel BAYLET

Matthias FEKL