

L'égalité H/F dans la commande publique

« Le marché passé par l'administration avec l'entrepreneur est en réalité un marché passé avec l'entreprise considérée comme un tout organique. **Cette perspective corporative explique que les cahiers des charges interviennent fortement dans les relations du patron avec les ouvriers** »

M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 10^{ème} éd., 1921

Le droit positif envoie des messages contradictoires qui pourraient expliquer en partie la frilosité des juristes dans la rédaction de stipulations relatives à l'égalité H/F dans les marchés publics. En effet, au-delà de considérations sociologiques liées au conservatisme bien connu des juristes, le droit de la commande publique n'offre pas un cadre très clair pour le concours à une telle politique publique. Pourtant, il y a lieu de trouver de multiples ressources argumentatives, parfois dans des recoins assez reculés de l'ordre juridique pour favoriser cela. De ce point de vue, peut-être écartée une objection de fond souvent entendue : « la commande publique, c'est de l'achat, c'est une question d'argent et de satisfaction d'un besoin, voilà tout ». Un tel propos paraît résulter d'une grande méconnaissance de l'utilisation de l'achat par les administrations depuis le milieu du XIX^{ème}.

En effet, la commande publique est un levier bien connu des politiques publiques depuis lors et même avant nous diraient sans doute les historien.ne.s du droit. Devant cette frilosité, le présent document vise à donner quelques outils, quelques ressources pour ne pas laisser les juristes fermer le débat et ouvrir la possibilité à des expérimentations.

Il s'agit de choses connues mais on peut rapidement rappeler que les objectifs de développement durable peuvent intervenir 1) à l'occasion de la définition du besoin et des objectifs, par exemple la construction d'un lycée répondant à certaines spécifications 2) dans le cadre d'un marché réservé 3) en veillant sur les interdictions de soumissionner (aujourd'hui motifs d'exclusion) aux marchés publics 4) dans la définition des conditions d'exécution (Comme pour une clause d'insertion) ou 5) encore dans la définition des critères d'attribution comme pour les critères d'insertion.

On pourrait passer en revue chacun de ces leviers en réfléchissant à des axes argumentatifs mais cela demanderait un temps que nous n'avons pas. Je vais donc rappeler la matrice générale de réflexion sur la définition des critères d'attribution (I), mettre en avant un puissant levier à disposition en matière d'interdiction de soumissionner (II) et enfin développer sur un levier relatif aux conditions d'exécution (III)



I. Penser son critère d'attribution relatif à l'égalité H/F

L'utilisation du critère d'attribution bénéficie d'une certaine liberté sous réserve que leur définition repose sur un lien avec l'objet du marché. Brièvement il faut rappeler le régime général applicable aux critères de sélection et d'exécution. De ce point de vue, les critères et modalités d'exécution ont précisément pour objet de discriminer. Rappelons de manière générale que la discrimination, c'est-à-dire le fait, littéralement, de distinguer, n'est pas interdit par l'ordre juridique. Par exemple, le processus d'embauche repose sur une discrimination censée s'opérer sur la base de critères liés à la compétence des personnes candidates. En revanche, des contraintes pèsent sur les critères sur la base desquels s'opèrent les discriminations.

Pour approfondir :

Une décision du [Conseil d'Etat rendue en mai 2019](#) rappelle bien le cadre applicable en précisant que « **pour sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, mettre en œuvre des critères comprenant des aspects sociaux, c'est à la condition, notamment, qu'ils soient liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution** ; qu'à cet égard, des critères à caractère social, relatifs notamment à l'emploi, aux conditions de travail ou à l'insertion professionnelle des personnes en difficulté, **peuvent concerner toutes les activités des entreprises soumissionnaires, pour autant qu'elles concourent à la réalisation des prestations prévues par le marché** ; que **ces dispositions n'ont, en revanche, ni pour objet ni pour effet de permettre l'utilisation d'un critère relatif à la politique générale de l'entreprise en matière sociale, apprécié au regard de l'ensemble de son activité et indistinctement applicable à l'ensemble des marchés de l'acheteur, indépendamment de l'objet ou des conditions d'exécution propres au marché en cause** ».

Dès lors, la discrimination ne peut s'opérer légalement que sur la base de critères ayant un rapport avec l'objet du marché. Le critère négatif mis en avant paraît assez éclairant, il n'est pas question de porter d'appréciation sur la politique générale de l'entreprise dans les critères de sélection. L'appréciation doit donc porter sur le *segment relationnel* existant entre l'administration et l'entreprise à l'occasion de la prestation réalisée. C'est-à-dire que l'appréciation doit porter sur ce qui se passe à l'occasion de la réalisation de prestation achetée et dans le cadre de cette prestation achetée, l'objet du marché.

Exemple :

A l'occasion de la construction d'un lycée n'est pas acceptable un critère portant sur la répartition de la masse salariale en fonction du sexe au moment de la candidature.

En revanche, est acceptable un critère portant sur un programme de sensibilisation sur les questions d'inégalité liée au sexe qui se déroulera au cours de la réalisation de la prestation et concernera les salarié-e-s accomplissant la prestation pour l'acheteur.

II. « Désolé, vous êtes blacklisté »¹

Il s'agit là d'un premier levier assez puissant pour promouvoir l'égalité H/F dans le cadre. En effet l'article L. 2141-4 du Code de la commande publique définit une exclusion de plein droit pour les entreprises condamnées au titre de l'article L. 1146-1 du Code du travail ou de l'article 225-1 du Code pénal.

La première disposition prévoit une **sanction d'un an d'emprisonnement et une amende de 3 750 €** pour le « fait de **méconnaître les dispositions relatives à l'égalité professionnelle** entre les femmes et les hommes, prévues par les articles L. 1142-1 et L. 1142-2 » lesquelles renvoient à la **mention d'un critère relatif au sexe ou à la situation familiale de la personne dans une offre d'emploi, prendre une mesure interne en considération, du sexe, de la situation familiale d'une éventuelle grossesse, ou encore de prendre en compte de tels critères pour la définition de la rémunération, la promotion** etc.

L'article **225-1 du Code pénal** renvoie lui **aux critères en raison desquels il est interdit d'effectuer une discrimination**. Au passage, même si cela semble évident, la promotion de l'égalité H/F dans la CP par la mise en place de stipulations relative à la promotion des femmes échappe elle-même à la qualification de discrimination illégale puisque l'article 225-3 4° du Code pénal prévoit une exception à la discrimination fondée sur les sexes « lorsque cette discrimination est justifiée par (...) la promotion de l'égalité des sexes ou des intérêts des hommes ou des femmes ».

Par ailleurs, une **autre exclusion de plein droit est prévue pour les entreprises qui n'ont pas mis en œuvre « Une négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, portant notamment sur les mesures visant à supprimer les écarts de rémunération, et la qualité de vie au travail »** avant le 31 décembre de l'année précédant le lancement de la procédure de passation lorsqu'il existe dans l'entreprise une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives.

Dès lors, **une entreprise qui veut pouvoir être candidate à l'attribution d'un marché public ne doit pas avoir été condamnée définitivement depuis moins de 5 ans pour des raisons liées à une discrimination illégale**. Elle doit de plus avoir engagé des négociations sur l'égalité homme femme concernant notamment les écarts de rémunération. Attention à la notion de condamnation définitive qui renvoie au moins à un jugement de cour d'appel pour l'ordre juridictionnel français.

Points forts :

- Demander des justificatifs après attribution ;
- Sensibilisation ;

Points faibles :

- Déclaration au moment de la passation ;
- Difficulté d'accès à la liste des entreprises sanctionnées à ce titre ;

¹ D. Simon, « Désolé, vous êtes « blacklisté » vous ne respectez pas l'égalité... », 8 mars 2018, Legibase, Disponible [en ligne](#).



III. L'égalité H/F dans l'exécution

Pour ce qui est des conditions d'exécution, des choses sont à imaginer puisque le [paragraphe 98 de la directive 2014/24/UE du Parlement](#) relative à la passation des marchés publics **met en avant la possibilité d'intégrer des « mesures destinées à promouvoir l'égalité des hommes et des femmes au travail, une plus grande participation des femmes au marché du travail et la conciliation de la vie professionnelle et de la vie privée**, la protection de l'environnement ou le bien-être animal, à assurer le respect pour l'essentiel des dispositions des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT), ainsi qu'à recruter davantage de personnes défavorisées que ne l'exige la législation nationale ».

Toutefois, la portée de cet énoncé doit être nuancée par le rappel de la position de cet énoncé. En effet il s'agit d'un extrait, d'un considérant d'une directive. La valeur de ce texte peut difficilement être considérée comme expressément contraignante aussi explicite soit-il. **De ce fait il faut être prudent dans sa mise en œuvre et c'est sans doute ce que vous opposerez les juristes présent.e.s dans les administrations dans lesquelles vous proposerez des dispositifs de promotion de l'égalité H/F. Pour autant, le droit de l'Union ne s'y oppose pas et il y a lieu ici de s'opposer à une approche plus restrictive que pourrait porter le droit interne.**

Exemple :

En réfléchissant, on peut imaginer un système de paquet d'heures d'insertion avec un bonus en fonction du public accomplissant ces heures. Ainsi 1 heure accomplie par une femme de 55 ans au chômage depuis 12 mois ou plus serait équivalente à 5 heures effectuées par un homme de 30 ans au chômage depuis 3 mois.

Pour conclure rapidement, ne vous laissez jamais entendre que le droit positif s'oppose strictement à la promotion de l'égalité H/F. Il y a cependant un équilibre à trouver entre un critère de candidature consistant à ne retenir que des entreprises dont la direction est assurée par des femmes et le refus de tout dispositif. Comme souvent en droit administratif, il s'agit de concilier la liberté des personnes privées avec l'action administrative parfois intrusive et contraignante.

Toujours est-il que des possibilités existent et même au-delà de ce qui a été rapidement développé. On peut ainsi par exemple penser à l'utilisation de labels comme les labels diversité et égalité professionnelle entre F et H ou encore la définition de critères d'attribution en rapport avec l'objet du marché qui promeuvent l'égalité H/F. Il faut être vigilant et pédagogique avec les différents acteurs de l'écosystème de la commande publique mais il est possible de proposer des choses. Cette possibilité peut d'autant plus être encouragée que le décret relatif à l'achat innovant couvre ce qu'on appelle l'innovation sociale. À la lumière d'un calcul d'opportunité intégrant en effet le risque



contentieux, des mécanismes contractuels de promotion de l'égalité H/F peuvent tout à fait s'imaginer. Comme pour la clause d'insertion à ses débuts nous n'en sommes aujourd'hui qu'au balbutiement de ces dispositifs d'insertion des femmes. Les juristes se sont encore peu aventuré-e-s sur ces territoires expliquant le peu de jurisprudence dont on dispose sur ces clauses en particulier.

Francois.curan@maximilien.fr